T-532-14

Sentencia T-532/14

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

De un lado, existe carencia actual de objeto por hecho superado, la cual tiene lugar cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y aquél en que se produce el fallo, se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo; tal sería el caso, por ejemplo, de una acción dirigida a lograr la orden de práctica de una cirugía en la que, antes de la expedición de la sentencia, ésta efectivamente se realiza. De otra parte, existe la denominada carencia actual de objeto por daño consumado, la cual se refiere a aquellos eventos en los que la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha tenido como consecuencia que el perjuicio que se pretendía evitar efectivamente ocurre, de modo tal que ya no sería posible adoptar medidas para prevenirlo sino que lo único que podría resultar procedente es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

Aun cuando se constate la existencia de una carencia actual de objeto –bien sea por un hecho superado, daño consumado o cualquier otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela–, esta circunstancia no impide que el juez constitucional pueda efectuar un pronunciamiento de fondo sobre si, en el caso concreto, existió o no una vulneración de los derechos fundamentales de los afectados, salvo en la hipótesis de daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo, evento en el que ésta debe ser declarada improcedente en virtud de lo previsto en el numeral 4, artículo 6, del Decreto 2591 de 1991.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Si al momento de dictar sentencia en sede de revisión se establece que ya se produjo el nacimiento, se configura el supuesto de carencia actual de objeto por daño consumado

El daño vendría dado por la circunstancia de que la mujer no tuvo la posibilidad de acceder a un servicio que debía serle prestado en un espacio de tiempo determinado, agotado el cual, éste resulta de imposible satisfacción. A esto se refiere precisamente la doctrina alemana, la cual, a través de la teoría de la separación o Trennungslehre, ha planteado que en estos casos el daño se encuentra precisamente en la lesión de la libertad de procreación que se reconoce en determinadas circunstancias.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-La accionante no pudo acceder al servicio de interrupción voluntaria del embarazo solicitado

DESPENALIZACION DE LA INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Tres causales específicas en la sentencia C-355 de 2006

La Corte Constitucional identificó tres situaciones en las cuales el aborto no debe ser considerado como delito: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Regulación legal y reglamentaria

A pesar de que en el Congreso han sido presentados diversos proyectos de ley para regular el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, a la fecha no existe ninguna norma legal en relación con este asunto. Hoy en día no existe ninguna regulación legislativa en materia de interrupción voluntaria del embarazo y que, en materia de reglamentación, solo se encuentran vigentes la Circular No. 000003 de 2013, la cual no ha sido ni suspendida ni anulada por el Consejo de Estado, y la regulación relativa a la inclusión en el POS de los métodos para practicar el procedimiento de IVE.

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Caso en que se niega la interrupción de embarazo por encontrarse la accionante en avanzado estado de gestación

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Improcedencia por tratarse de un embarazo con estado de gestación muy avanzado, cuyo feto, en principio tendría posibilidades de sobrevivir de manera autónoma por fuera del vientre

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Prevenir a EPS para que, en adelante, responda con la celeridad requerida a las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se le formulen

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Instar al Congreso de la República para que expida la regulación referente a el establecimiento de un término máximo para el trámite de estudio y aprobación de las solicitudes de IVE que se formulen ante las EPS

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Instar al Congreso de la República para que expida la regulación referente a la definición de si hay lugar a prever la existencia de una limitación temporal para la práctica de este tipo de la IVE

Referencia: Expediente T-4.280.589

Acción de tutela instaurada por la señora CAM contra Famisanar EPS, DDD IPS y Clínica RRR

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil catorce (2014).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, el 28 de diciembre de 2013, y por el

Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el 24 de enero de 2014, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Aclaración preliminar

Teniendo en cuenta que el proceso que aquí se analiza compromete el derecho a la intimidad de la accionante, la Sala, como medida de protección, ordenará la supresión en esta providencia y en toda futura publicación de ella, de los datos que permitan su identificación.

Adicionalmente, y atendiendo a las consideraciones que ha efectuado la Corte Constitucional en casos como el presente, en el que se solicita la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en relación con la necesidad de crear condiciones que favorezcan el acceso a la justicia a las mujeres que se encuentran en esta situación y de proteger sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, en la parte resolutiva de esta sentencia se dispondrá también restringir el acceso al expediente a las partes del proceso y ordenar que tanto éstas como los jueces de instancia y la Secretaría de esta Corte, guarden estricta reserva respecto de la identidad de la parte actora en este proceso, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a orden judicial[1].

2. Hechos

El 17 de diciembre de 2013, la señora CAM formuló acción de tutela contra Famisanar EPS, DDD IPS y la Clínica RRR, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, a la seguridad social y a la salud, con base en los hechos que a continuación se reseñan.

2.1. La señora CAM tiene 31 años de edad y está afiliada al Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, a la empresa Famisanar EPS. Es madre de una menor que a la fecha tiene 6 años de edad.

2.2. A finales del mes de septiembre del año 2013, la actora tuvo conocimiento de que se encontraba nuevamente en estado de embarazo.

2.3. De acuerdo con el registro que consta en la historia clínica, por considerar que no se encontraba ni psicológica ni económicamente preparada para afrontar lo que significa tener otro hijo, la accionante se dirigió a la institución privada Orientame, con el fin de solicitar la práctica de un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo – IVE[2]. Sin embargo, no pudo acceder al servicio por no contar con los recursos para el efecto.

2.4. El 20 de noviembre de 2013, la accionante, para la fecha con un embarazo en edad gestacional de 17 semanas y 2 días[3], se dirigió a DDD IPS, institución que presta servicio ambulatorio en los niveles I, II y III, con el fin de solicitar la interrupción voluntaria del embarazo por estar en riesgo su salud emocional. La ginecóloga que la atendió ordenó la práctica de una ecografía y de exámenes de laboratorio, y la remisión de la paciente para que un profesional en psicología efectuara la valoración correspondiente. Dicha valoración, sin embargo, no pudo ser realizada ese día porque el psicólogo de la institución ya había terminado su turno.

2.5. Pasados 7 días, el 27 de noviembre de 2013, la actora se dirigió nuevamente a la IPS. Según aduce, ese día una psicóloga de la entidad le manifestó que "encontraba una afectación como tal y me dijo que radicara la carta de solicitud […]"[4], por lo que ella procedió a presentar un derecho de petición a fin de que se le autorizara la práctica del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, bajo la consideración de que "se está viendo afectada mi salud emocional, debido a que tengo una niña de 5 años, vivo con mi papá un adulto mayor de (87) años y mi mamá murió hace 4 años y medio, mi padre debido a su edad depende de mi. Yo me encuentro terminando mi carrera profesional"[5].

2.6. El 2 de diciembre de 2013, la accionante recibió una llamada de la Clínica RRR, donde se le informa que debía acercarse el día 4 de diciembre para realizar nuevas valoraciones ginecológicas y psicológicas a fin de dar comienzo al proceso a través de la entidad TTT.

2.7. El día 4 de diciembre de 2013, la actora acudió a la cita a la Clínica RRR, donde fue valorada por una ginecóloga y una psicóloga. Esta última profesional consideró que la accionante no se encontraba en ninguna de las causales establecidas en la jurisprudencia constitucional para que fuera dable realizar el procedimiento de IVE[6]. En todo caso, se le

indicó que era necesario esperar unos días más para efectos de que la entidad adoptara la decisión definitiva.

2.9. Finalmente, el 13 de diciembre la accionante recibió una llamada de Famisanar mediante la cual le informaron que el procedimiento solicitado había sido aprobado y que el día 16 de diciembre debía dirigirse al Centro de Servicios Amigables en Salud Sexual y Reproductiva del Cami ZZZ.

2.10. El 16 de diciembre, la actora fue atendida en el Centro señalado y remitida al Hospital YYY para realizar el procedimiento esa misma tarde.

2.11. En el Hospital YYY fue valorada por un psicólogo, quien le diagnosticó "trastorno mixto de ansiedad y depresión", al presentar "confusión, inseguridad, miedo, acceso de llanto. Ánimo deprimido o tristeza, Baja autoestima, Pérdida de apetito, Dificultad con la memoria y la concentración, dificultad para conciliar el sueño"[7]. Sin embargo, al ser valorada por el ginecólogo de la entidad, éste le informó que debido a lo avanzado de su estado de embarazo, para la fecha de 22 semanas de gestación, resultaba necesario efectuar un feticidio previo[8] al procedimiento de IVE, el cual no se realiza en el Hospital YYY. En consecuencia, ordenó su remisión a una institución donde se le pudiera dar continuidad al proceso.

2.12. A la fecha de interposición de la acción de tutela, no había sido posible que ninguna institución realizara el procedimiento de IVE.

3. Fundamentos de la acción y solicitud

La actora afirma que las entidades accionadas han vulnerado sus derechos fundamentales, al no haberle prestado el servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

Para la accionante, con fundamento en las reglas que sobre esta materia fueron fijadas en la Sentencia C-355 de 2006, es claro que ella tiene derecho a que se le practique el procedimiento solicitado, por cuanto, tal y como lo certificó un sicólogo adscrito a la EPS accionada, se encuentra en una de las causales de despenalización del aborto, específicamente, la referida a que esté en riesgo la vida o la salud de la madre, en su caso, desde la perspectiva de la salud mental.

Además, en la narración de los hechos que le dan sustento a esta acción, la actora indica que durante el proceso que se siguió en las entidades accionadas, distintos profesionales que la atendieron fueron irrespetuosos, impertinentes y efectuaron juicios de valor frente a su decisión, lo cual también comportó una vulneración de sus garantías constitucionales.

En consecuencia, solicita, como pretensiones principales, que se le ordene a Famisanar EPS que encuentre un prestador del servicio de IVE para la edad gestacional que se presenta en su caso, que le brinde todo el acompañamiento que ella requiera, y que se haga responsable de los gastos en los que ha tenido que incurrir durante este proceso. Además, pretende que se le ordene a Famisanar poner en práctica el protocolo de IVE que debe existir en virtud de la Sentencia C-355 de 2006 y establecer convenios con IPS que realicen este procedimiento como es debido.

En cuanto a DDD IPS y a la Clínica RRR, solicita que se les ordene acompañar a las usuarias que requieran de procedimientos de IVE para que cuenten con este servicio.

De otro lado, la actora pretende que se le compulsen copias al Ministerio de Salud, al Tribunal de Ética Médica, a la Secretaría Municipal de Salud y a la Superintendencia de Salud para que hagan las investigaciones correspondientes a raíz de los hechos que se presentaron en este caso, así como para que se las conmine a cumplir con sus funciones en relación con este tema.

Finalmente, y como pretensiones subsidiarias, solicita que Famisanar EPS se haga responsable por la manutención del menor que llegare a nacer por la renuencia de las entidades involucradas a practicar el procedimiento de IVE, que se la declare responsable del daño a la salud y a la moral que pueda sufrir la actora por estos hechos y que se le exija realizar un acompañamiento al proceso que deberá afrontar la accionante y su núcleo familiar al asumir una maternidad no planeada ni deseada.

4. Trámite de primera instancia y respuesta de las entidades accionadas

El Juzgado Once Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá, mediante auto de 17 de diciembre de 2013, asumió el conocimiento de la presente acción de tutela y ordenó notificar de su admisión a Famisanar EPS, a DDD IPS y a la Clínica RRR, así como

al Ministerio de Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Secretaría Distrital de Salud y al Tribunal de Ética Médica. Adicionalmente, dispuso citar a la actora para que, mediante declaración, ampliara los hechos que dan sustento a la acción de tutela. Por último, el despacho negó la medida provisional solicitada, por considerar que no se encontraba demostrada la afectación de la vida o la salud de la madre de no ordenarse inmediatamente la interrupción del embarazo.

4.1. El 19 de diciembre de 2013 se realizó la diligencia de ampliación y aclaración de los hechos de la tutela decretada por el despacho. A ella acudió la señora CAM, quien manifestó que tuvo conocimiento de que estaba embarazada cuando tenía aproximadamente "dos meses largos" de gestación.

Además de relatar nuevamente el proceso que ha seguido para solicitar la interrupción voluntaria del embarazo, la accionante reiteró que esta situación ha puesto en riesgo su salud mental, puesto que el embarazo "no fue planeado, desde el principio tomé la decisión que no quería continuar con el embarazo, está afectado (sic) muchas cosas en mi vida, no está incluido en mis proyectos, primero no tendría quien lo cuidara, segundo estoy totalmente sola, la manutención de un niño es muy alta, yo ya tengo una niña de 5 años, lo he pensado lo he meditado y no le puedo dar una buena calidad de vida es una tortura, también está afectando la relación con mi hija, siento que el mundo se me viene encima, continuar con esto arruinaría mi vida pues yo no puedo tener un hijo bien y el otro mal"[9].

Sobre su situación económica, indicó: "Tengo un empleo fijo, trabajo con […], yo soy asesora de la ofician [sic] de centro comercial […] tengo contrato de medio tiempo y mis ingresos ascienden a casi a $860.000 y mis gastos equivalen a $1.500.000".

Por último, sostuvo que tiene conocimiento de que en otras IPS, como la Clínica Magdalena, el Hospital de Kennedy, el Hospital de Engativá y la Fundación Santa Fe de Bogotá, han realizado procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo incluso en la semana 24 de gestación.

4.2. Dentro del término fijado por el despacho, se recibieron las siguientes respuestas a la demanda de tutela:

4.2.1. DDD IPS

La Coordinadora de Atención al Usuario de DDD IPS manifestó que la encargada de autorizar el servicio es la EPS a la que se encuentra afiliada la usuaria, de manera que ella no puede atender las pretensiones de la actora.

4.2.2. Secretaría Distrital de Salud de Bogotá

La Subdirectora de Gestión Judicial de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá manifestó que por tratarse de una persona afiliada al régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud, no hay lugar a que la entidad pública asuma la prestación del servicio solicitado. En consecuencia, solicitó que se desestimara la acción en lo que se relaciona con la Secretaría.

4.2.3. Tribunal de Ética Médica de Bogotá

El Presidente del Tribunal de Ética Médica de Bogotá, sostuvo que los hechos que le dan sustento a esta acción no comprometen las actuaciones del Tribunal, sino de la EPS a la que se encuentra afiliada la actora, razón por la cual solicita denegar la tutela incoada.

4.2.4. Ministerio de Salud

El Director Jurídico del Ministerio de Salud afirmó que esa entidad no tiene a su cargo la prestación directa de ningún servicio de salud, por lo que nada le atañe en relación con los hechos que dan sustento a la acción de tutela[10].

4.2.5. Superintendencia Nacional de Salud

La Jefe (E) de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud indicó que no está dentro de sus competencias ordenar o autorizar el procedimiento solicitado por la actora, de manera que existe falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que corresponde a esa entidad.

4.2.6. Caja de Compensación Familiar TTT

Mediante apoderado judicial, TTT informó que esa entidad es una caja de compensación familiar que, entre otros, presta servicios como institución de salud, pero únicamente

cuando éstos han sido autorizados de manera previa por la empresa promotora de salud correspondiente.

Para el caso concreto, adujo que la paciente acudió a la Clínica RRR el 4 de diciembre de 2013, donde fue valorada por un psicólogo de la entidad, quien consideró que ella no mostraba alteraciones en su estado de salud mental, de manera que la accionante no se encontraba en ninguno de los supuestos previstos para que fuera dable ordenar la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo.

En ese sentido, afirma que se brindaron los servicios a los que había lugar, de manera que si existe otro concepto médico distinto al señalado, será Famisanar la obligada a remitir a la paciente a una institución con la que tenga convenio para la realización del procedimiento de IVE.

En consecuencia, solicitó que la acción de tutela sea negada en relación con la entidad que representa.

4.2.7. Famisanar EPS

En respuesta a la acción de tutela, Famisanar EPS manifestó que ella no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la accionante.

Indicó que para el 27 de noviembre de 2013, momento en el que la actora acudió a solicitar que se le practicara el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, ella ya se encontraba en la semana 18.2 de gestación, es decir, estaba en una etapa avanzada del embarazo. Posteriormente, al ser valorada el 4 de diciembre de 2013 por un psicólogo de la Clínica RRR, éste certificó que la accionante no presentaba alteraciones de su estado de salud mental por cuenta de su gravidez.

A pesar de ello, y sin que en el escrito se dé cuenta de que entre los días 4 a 12 de diciembre haya tenido lugar una nueva valoración o dictamen médico, el 12 de diciembre de 2013, Famisanar EPS autorizó la práctica del procedimiento de IVE en el Hospital YYY.

El día 16 de ese mismo mes y año, un psicólogo del Centro de Referencia para la Salud Sexual y Reproductiva concluyó que la actora efectivamente sufría de un trastorno mixto de ansiedad y depresión como consecuencia de su estado de embarazo. Sin embargo, el

gineco-obstetra de la entidad consideró que por lo avanzado de su estado de embarazo era necesario efectuar un feticidio previo a la interrupción, lo que impedía continuar con el proceso en el Hospital YYY por cuanto allí no se realizan ese tipo de intervenciones.

Ante esta situación –la cual tuvo lugar con posterioridad a la presentación de la acción de tutela–, la EPS realizó una búsqueda con otras instituciones para efectos de lograr la prestación del servicio de IVE a la accionante, entre ellas, el Hospital KKK, a donde la actora acudió el 23 de diciembre de 2013; no obstante, el médico que la atendió también se negó a practicar el procedimiento precisamente por lo avanzado de su estado de embarazo.

A pesar de ello, Famisanar asignó una nueva cita a la señora CAM -quien a la fecha presenta un embarazo de 5 meses y una semana-, en ese mismo Hospital pero con otro médico, cita que fue programada para el 26 de diciembre de 2013, a fin de lograr que algún profesional le preste el servicio requerido.

Por todo lo anterior, afirmó que la situación en la que se encuentra la accionante no se deriva de alguna omisión en la que haya incurrido Famisanar, sino del hecho cierto de que ella acudió de manera muy tardía a solicitar el servicio de interrupción voluntaria del embarazo. De ahí que, aun cuando la EPS haya autorizado el servicio y esté dispuesta a brindarlo, "no tiene mi representada forma legal alguna de obligar a ningún profesional de la salud a que despliegue una actividad médica con la que no se encuentra de acuerdo".

Finalmente, y sobre las condiciones particulares de la accionante, adujo que es una mujer de 30 años de edad, que ya tiene a su cargo una menor de 5 años y quien, de conformidad con la historia clínica, ya se había sometido con anterioridad a un aborto inducido. De acuerdo con la información que obra en el sistema de Famisanar, se encuentra afiliada como segunda cotizante de un grupo familiar, reportando ingresos mensuales de $1.214.000; el cotizante principal figura con un ingreso base de $2.164.000.

5. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Copia de la ecografía realizada a la actora el día 20 de noviembre de 2013 -en donde consta que para la fecha presentaba un embarazo de 17 semanas y 2 días, con edad gestacional de 19 semanas-, así como copia de los exámenes clínicos realizados ese día a la

señora CAM .[11]

b. Copia de la solicitud del procedimiento de IVE presentado por la actora a Famisanar EPS.[12]

c. Copia de la ecografía realizada el día 4 de diciembre de 2013 en la Clínica RRR.[13]

d. Copia de la pre-autorización de servicios expedida por Famisanar EPS.[14]

e. Copia de la valoración por psicología realizada en el Hospital YYY el 16 de diciembre de 2013.[15]

f. Copia de la escanografía realizada el 16 de diciembre de 2013 a la accionante, donde consta que a la fecha presenta un embarazo de 21 semanas de gestación y 3 días.[16]

g. Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.[17]

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia de 28 de diciembre de 2013, el Juzgado Once Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, decidió conceder el amparo solicitado.

Para el a quo, como quiera que en el presente caso existe un concepto médico que da cuenta de que el estado de embarazo de la señora CAM le genera una alteración de su salud mental, la actora se encuentra en una de las causales previstas por la jurisprudencia constitucional para que sea procedente la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

En ese sentido, considera que la EPS accionada no está garantizando que la actora pueda acceder al servicio solicitado, ya que, aun cuando ha intentado direccionarla a diversos profesionales para lograr tal cometido, el hecho de que no cuente con médicos idóneos para estos efectos implica un incumplimiento de la Circular Externa No. 000003 de 26 de abril de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud.

Adicionalmente, estima que "respecto del límite temporal para la realización de la IVE se tiene que ni la Sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE que después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante, y, en todo caso, del deseo de la misma".

Por lo anterior, ordena al representante legal de Famisanar EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, "encuentre, ubique una IPS o un médico capacitado para realizar el procedimiento bien sea dentro de su red de IPS contratadas o externo, que proceda dentro de éste mismo término a la Interrupción Voluntaria del Embarazo solicitado por la señora CAM y autorizado por la EPS; intervención que debe estar precedida del consentimiento de la señora CAM una vez se le informe sobre todos los riesgos del procedimiento a realizar, dado su avanzado estado de embarazo; además, deberá brindársele el debido acompañamiento psicológico y médico". Finalmente, ordena a la Superintendencia Nacional de Salud que realice las investigaciones del caso y que, de haber mérito para ello, imponga las sanciones que corresponda.

2. Impugnación

Dentro del término legal previsto para el efecto, Famisanar EPS impugnó la decisión de primera instancia.

En su escrito, la empresa insiste en que la situación que se ha presentado en este caso tiene como causa la demora de la actora en solicitar el servicio de IVE, ya que aun cuando tuvo conocimiento de su embarazo desde finales del mes de septiembre de 2013, solo acudió a la EPS a finales de noviembre de ese mismo año. Lo avanzado de su estado de gravidez ha generado que los diversos médicos que la han atendido se hayan negado a practicar el procedimiento.

De hecho, en la última valoración que se llevó a cabo el día 26 de diciembre de 2013, esta vez en la Clínica HHH, el médico especialista en gineco-obstetricia de la institución indicó

que al tratarse de un embarazo de 25 semanas, se estaba ante un "FETO PROBABLEMENTE VIABLE EL CUAL REQUERIRÁ MANIOBRAS DE SOPORTE VITAL Y HOSPITALIZACIÓN EN UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO NEONATAL QUIEN TIENE BAJAS PROBABILIDADES DE SOBREVIVIR POR PESO FETAL E INMADUREZ, PERO AL TENER PROBABILIDAD NEONATAL DE SOBREVIDA SE DEBEN REALIZAR DICHAS MANIOBRAS EN EL MOMENTO EN QUE SE REALICE EL PROCEDIMIENTO SOLICITADO POR LA PACIENTE [...] ES IMPORTANTE QUE LA PACIENTE CONOZCA QUE EL RECIÉN NACIDO TIENE PROBABILIDADES DE SOBREVIVIR Y ES NUESTRO DEBER MÉDICO REALIZAR TODAS LAS MANIOBRAS NECESARIAS PARA AYUDAR AL NEONATO, [...] ADICIONALMENTE SE DEBERÁ INFORMAR A LA EPS Y A LA INSTITUCIÓN SI EL NEONATO SOBREVIVE SI ELLA SE HARÁ CARGO DEL NEONATO O SERÁ ENTREGADO AL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. OTRO PUNTO FUNDAMENTAL ES QUE POR LA POSIBILIDAD DE SOBREVIDA DEL FETO SE DEBERA REALIZAR CESAREA PARA NO AUMENTAR LA MORBIMORTALIDAD NEONATAL PUES POR SU BAJO PESO E INMADUREZ TENER UN NACIMIENTO POR PARTO VAGINAL SE INCREMENTARÍAN DICHOS RIESGOS"[18].

No obstante, Famisanar EPS ha continuado en la búsqueda de un profesional que le preste el servicio a la accionante, para lo cual ha acudido tanto a la red de prestadores con la que cuenta[19] como a otras instituciones, incluyendo las que la actora refirió en la declaración rendida ante el despacho de primera instancia, con quienes Famisanar no tiene convenio. Sin embargo, del conjunto de instituciones consultadas, algunas no han dado respuesta y otras han manifestado no tener disponibilidad de camas.

De fondo, para la accionada este caso plantea un debate de tipo bioético, ya que por lo avanzado del estado de gravidez se está frente a un feto que cuenta con una formación completa de todos sus órganos internos, siente dolor, tiene expresión facial, es capaz de escuchar, presenta reflejo de presión y puede patear, de manera que el procedimiento de interrupción del embarazo exigiría de la realización de un feticidio previo.

3. Segunda instancia

Mediante sentencia de 24 de enero de 2014, el Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá decidió confirmar la decisión impugnada, bajo la consideración de que el hecho de que no exista un límite legal o reglamentario para la

práctica del procedimiento de IVE, hace que sea suficiente la presentación de la certificación médica sobre la alteración de la salud de la madre para que se haga exigible la realización del misma.

En ese sentido, para el ad quem, Famisanar debe agotar todas las gestiones que sean del caso para garantizar que la actora cuente con el servicio solicitado, incluso si eso implica acudir a una institución particular, como aquella a la que la actora adujo acudir en un primer momento.[20]

4. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

4.1. Con el fin de establecer el estado actual de los hechos que dieron fundamento a esta acción, el despacho del Magistrado Sustanciador estableció comunicación telefónica con la abogada que ha asesorado a la señora CAM a lo largo del trámite de tutela.

La abogada indicó que finalmente la accionante, con el apoyo de su padre, había culminado el embarazo, por lo que hoy en día es madre de una menor que se encuentra en buenas condiciones de salud.

4.2. La Sala recibió además un escrito remitido por esa misma profesional y otra abogada, las dos pertenecientes al colectivo La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, quienes solicitaron que se adopten las medidas que sean del caso para investigar las conductas que, a su juicio, constituyeron barrera de acceso al servicio requerido por la accionante; para que se reparen los daños causados a la actora y, finalmente, para que se reafirmen las obligaciones de las empresas promotoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, el personal médico y, en general, los participantes del sistema, en los casos en los que se solicita la interrupción voluntaria del embarazo.

Adicionalmente, en ese documento se reseñaron algunas otras situaciones que se habrían presentado en este caso, con posterioridad a la presentación de la acción de tutela:

a. El 10 de enero de 2014, la accionante fue convocada a una reunión en la sede administrativa de Famisanar EPS, donde le habrían indicado que debía pensar en la posibilidad de llevar el embarazo a término y que sería valorada por psiquiatría.

b. El 14 de enero de 2014, la señora CAM fue valorada por un médico psiquiatra del

Grupo Cisne Ltda., Centro de Investigaciones del Sistema Nervioso, quien habría corroborado la afectación que estaría presentando en su salud mental.

c. Como quiera que no se había practicado el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, la accionante inició un incidente de desacato. No obstante, Famisanar EPS habría convocado a la actora a una nueva reunión para solicitarle el desistimiento del mismo, a cambio de recibir una incapacidad médica por el término del embarazo hasta la semana 37 y acompañamiento psiquiátrico constante para que ello no tuviera que acudir a su lugar de trabajo.

d. La accionante, solicitó entonces a la juez de primera instancia que se modificaran las órdenes iniciales y se ordenara a la EPS el manejo integral del embarazo, parto y posparto.

e. La señora CAM no pudo acudir al tratamiento psiquiátrico de manera constante, según se explica, "en razón a la significativa disminución de sus ingresos por el pago parcial de la incapacidad médica que tenía". Sin embargo, su salud mental siguió deteriorándose.

f. Según se aduce, la accionante asumió la maternidad en medio de sus carencias económicas y de su difícil situación emocional, aunque se vio obligada a suspender indefinidamente sus estudios universitarios y a rechazar el tratamiento farmacológico para el manejo de su estado por ser incompatible con la gestación y la lactancia.

g. De otro lado, aducen que aunque en la historia clínica había constancia de que la actora sufre de hipotiroidismo, ninguno de los profesionales que la atendieron le explicó sobre las complicaciones de esta condición en relación con el embarazo, lo que, en su criterio, "significa que además de la afectación de su salud emocional, CAM no pudo sopesar el riesgo que la maternidad generaba para su salud física".

h. Finalmente, el 28 de mayo de 2014, la señora CAM se realizó un procedimiento de esterilización definitiva (ligadura de trompas).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión del fallo proferido en el trámite de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los hechos descritos en el acápite de antecedentes, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, a la seguridad social y a la salud de la señora CAM, al no haberle garantizado el acceso al servicio de interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de que existe un concepto médico que concluye que el estado de gravidez ha generado una afectación de su salud mental, lo cual la ubicaría en una de las hipótesis de despenalización del delito de aborto previstas en la Sentencia C-355 de 2006 –la relacionada con la amenaza para la vida o la salud de la madre–.

Para tal fin, esta Sala reiterará la jurisprudencia constitucional respecto de: i) el fenómeno de la carencia actual de objeto; ii) el alcance de la Sentencia C-355 de 2006 en relación con la despenalización del aborto en tres circunstancias específicas, y iii) el marco normativo al que se encuentra sujeto este asunto, para luego, finalmente, efectuar el análisis del caso concreto.

3. El fenómeno de la carencia actual de objeto en la jurisprudencia constitucional

3.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial, cuyo objetivo principal es "la protección inmediata de [los] derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública", o por la de los particulares en los casos que determine la ley.

En los términos del mandato constitucional en cuestión, esta acción está prevista para atender situaciones en las que resulta necesario brindar una protección inmediata de derechos fundamentales, cuando su efectividad está siendo amenazada o vulnerada.

Sin embargo, es posible que hechos sobrevinientes a la instauración de la acción de tutela, alteren los supuestos fácticos en los que se fundó la solicitud de amparo, y que, tal circunstancia, haga que desaparezca esa necesidad de protección inmediata que es connatural a estos asuntos. Este fenómeno se conoce como la carencia actual de objeto.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

"[…] el juez constitucional debe examinar si existe una afectación de derechos fundamentales, teniendo en cuenta que la acción de tutela tiene como objeto la protección de éstos cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados[21], por lo cual no resulta viable en los casos en que el amparo (ii) no tenga como pretensión principal la defensa de garantías superiores o (ii) la acción u omisión que atenta contra las mismas no sea existente, es decir, el amparo carezca actualmente de objeto[22].

3.4. En relación con la segunda situación, esta Corporación ha sostenido que cuando hechos sobrevinientes a la instauración de la acción de tutela, alteran de manera significativa el supuesto fáctico sobre el que se estructuró el reclamo constitucional, al punto que desaparece todo o parte principal de su fundamento empírico, decae la necesidad de protección actual e inmediata que subyace a la esencia del amparo" [23].

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la carencia actual de objeto puede tener lugar por dos vías distintas.

De un lado, existe carencia actual de objeto por hecho superado, la cual tiene lugar cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y aquél en que se produce el fallo, se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo; tal sería el caso, por ejemplo, de una acción dirigida a lograr la orden de práctica de una cirugía en la que, antes de la expedición de la sentencia, ésta efectivamente se realiza.

En estos eventos, ha dicho la Corte, es necesario que se demuestre que, en realidad, se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, de manera tal que cualquier orden de protección judicial que se profiriera resultaría innecesaria e inocua. Verificado lo anterior, en la parte resolutiva de la sentencia debe procederse a declarar la existencia de un hecho superado, con independencia de que el juez de tutela considere necesario prevenir a los demandados para que no vuelvan a incurrir en conductas que

puedan constituir violación de derechos fundamentales y advertirles de las sanciones que pueden llegar a generarse en caso de que las mismas se repitan.

De otra parte, existe la denominada carencia actual de objeto por daño consumado, la cual se refiere a aquellos eventos en los que la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha tenido como consecuencia que el perjuicio que se pretendía evitar efectivamente ocurre, de modo tal que ya no sería posible adoptar medidas para prevenirlo sino que lo único que podría resultar procedente es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la carencia actual de objeto por daño consumado se puede configurar ante la ocurrencia de dos supuestos que han sido definidos de la siguiente manera:

i) "Cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que 'la acción de tutela no procederá… cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado […]'." [24]

De verificarse esta circunstancia, el juez deberá declarar la improcedencia del amparo en la parte resolutiva. Además, si lo considera pertinente, podrá compulsar copias del expediente a las autoridades a las que corresponda investigar la conducta de los demandados con cuya conducta se causó el daño.

ii) "Cuando el daño se consuma en el transcurso del trámite de la acción de tutela -en primera o segunda instancia e incluso en el trámite de revisión-."[25]

En este caso, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, resulta perentorio que las autoridades judiciales correspondientes:

(i) "Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la

demanda, lo cual incluye, en el caso del juez/a de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado.

(ii) Hagan una advertencia 'a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (…)', al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991.

(iii) Informen al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño.

(iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el mencionado daño."[26]

Pero, además, la Corte Constitucional ha establecido que es posible que el fenómeno de la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un hecho superado o de un daño consumado, sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto. A manera de ejemplo, ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, la tutelante perdiera el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo[27].

3.2. Así las cosas, como se desprende las consideraciones atrás anotadas, aun cuando se constate la existencia de una carencia actual de objeto –bien sea por un hecho superado, daño consumado o cualquier otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela–, esta circunstancia no impide que el juez constitucional pueda efectuar un pronunciamiento de fondo sobre si, en el caso concreto, existió o no una vulneración de los derechos fundamentales de los afectados, salvo en la hipótesis de daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo, evento en el que ésta debe ser declarada improcedente en virtud de lo previsto en el numeral 4, artículo 6, del Decreto 2591 de 1991[28].

Lo anterior adquiere un valor adicional cuando el proceso se encuentra para fallo en sede de revisión, como quiera que, en ejercicio de su función de "guarda de la integridad y

supremacía de la Constitución" (artículo 241 de la C.P.), las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional tienen como función, además de dar solución a los casos concretos, unificar la jurisprudencia constitucional y/o aclarar el alcance general de las normas de la Carta Política (artículo 35 del Decreto 2591 de 1991).

3.3. Ahora bien, la Corte Constitucional ha indicado que en aquellos casos en los que a través del ejercicio de la acción de tutela se busca que se ordene la autorización o práctica del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, y al momento de dictar sentencia en sede de revisión se establece que ya se produjo el nacimiento, se configura el supuesto de carencia actual de objeto por daño consumado.

Esa fue precisamente la consideración que se planteó, por ejemplo, en las Sentencias T-209 de 2008[29] y T-946 de 2008[30], en las cuales las Salas Novena y Tercera de Revisión de la Corte Constitucional indicaron que, en tanto las entidades de salud accionadas se habían negado a practicar el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo a las actoras, resultado de delitos contra la integridad sexual de los que fueron víctimas, y eso había tenido como consecuencia que ellas dieran a luz, ya no era posible emitir orden judicial alguna para retrotraer la situación, de manera que se estaba frente al fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado.

Sin embargo, en este punto, la Sala encuentra necesario precisar que en tales eventos lo que se define como daño no es el hecho mismo del nacimiento, ya que, a la luz de los principios y valores de la Carta Política de 1991, el alumbramiento de una criatura, así sea en circunstancias adversas o indeseadas, no puede ser calificada, bajo ningún supuesto, como el acaecimiento de un daño. Aducir lo contrario, constituiría una grave lesión del derecho a la dignidad del menor, reduciendo su existencia a las cargas personales y económicas que su crianza puede generar, y desconociendo que el ordenamiento constitucional identifica la vida como un derecho y un valor fundamentalmente protegidos.

3.4. Pues bien, en el presente caso, encuentra la Sala que durante el trámite de revisión la accionante dio a luz a una menor con la que hoy en día convive. En ese sentido, en aplicación de la jurisprudencia constitucional a la que atrás se ha hecho referencia, es claro que se ha configurado el fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado, el

cual consistió en el hecho de que la actora no pudo acceder al servicio de salud solicitado.

Sin embargo, a pesar de esta circunstancia, tratándose de un asunto de especial relevancia constitucional -en tanto aún se encuentra en un proceso de construcción y de definición de los criterios de interpretación constitucional aplicables-, y estando en el centro del debate el alcance de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, la Sala estima relevante proceder a dictar un fallo de fondo y analizar si la conducta desplegada por las entidades accionadas comportó o no una vulneración de los derechos fundamentales de la actora.

4. La sentencia C-355 de 2006 y la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales específicas.

4.1. El 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-355, mediante la cual se efectuó el juicio de constitucionalidad de los artículos 32-7, 122, 123 (parcial) y 124 de la ley 599 de 2000, "por la cual se expide el Código Penal"[32].

De acuerdo con los demandantes, las normas acusadas, mediante las cuales se penalizaba el delito de aborto en todos los casos, constituían una vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad, a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía reproductiva, a la salud y a las obligaciones internacionales relacionadas con los derechos humanos de las mujeres, al establecer una limitación desproporcionada e irrazonable de las garantías y libertades de la mujer gestante.

Luego de analizar las normas acusadas, referidas al delito de aborto, esta Corporación concluyó que la penalización de esa conducta de manera general y en todas las circunstancias, implicaba la "completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional". En ese sentido, la falta de valoración del contexto dentro del cual la mujer acude a la interrupción voluntaria del embarazo, implicaría un desconocimiento de los derechos fundamentales de la afectada, vulnerando su dignidad y reduciéndola a "un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses

constitucionalmente relevantes que ameriten protección".

Bajo tal consideración, este Tribunal sostuvo que existen determinados supuestos en los que resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación, ya que esto supondría la total anulación de sus derechos fundamentales. Y si bien para la Corte la determinación de esos supuestos correspondería en primer lugar al legislador, frente a la ausencia de una regulación legal sobre el tema, el juez constitucional es el llamado a adoptar las decisiones que sean del caso para impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada.

En ese contexto, la Corte Constitucional identificó tres situaciones en las cuales el aborto no debe ser considerado como delito:

"a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico;

b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico;

c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto."

En estos tres casos, la interrupción voluntaria del embarazo no puede ser considerada como un delito, de manera que esta Corporación declaró la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, en el entendido de que no se incurre en el delito de aborto cuando éste se produce con la voluntad de la mujer, y la interrupción se produce en los tres casos atrás indicados.

4.2. Para lo que interesa a esta causa, y con relación a la causal relacionada con la existencia de un riesgo para la vida o la salud de la mujer, esta Corporación indicó:

"[…] resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre

el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.

Como ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos[33] y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional."

Según lo dicho por esta Corporación, la existencia de un riesgo cierto para la vida o para la salud de la madre gestante, debidamente certificado por un "profesional de la medicina" que deberá actuar conforme a los estándares éticos de su profesión, hace que en estos casos la interrupción voluntaria del embarazo no constituya una conducta merecedora de sanción penal.

En la sentencia se aclaró, además, que "esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica."

4.3. Con posteridad a la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, esta Corporación ha proferido varios pronunciamientos relativos al tema de la interrupción voluntaria del embarazo.

Adicionalmente, esta Corporación ha fijado algunos presupuestos generales aplicables en esta materia, dentro de los cuales cabe resaltar los relativos a la necesidad de garantizar que los servicios de interrupción del embarazo, bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006, estén disponibles en todo el territorio nacional, a la obligación de confidencialidad que deben cumplir los profesionales de la salud y, en general, el personal que atienda este tipo de solicitudes, y al hecho de que ni las mujeres que demanden el procedimiento ni quienes atiendan su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de

prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos, o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.

Estas reglas deben ser observadas por todos los involucrados en procesos de interrupción voluntaria del embarazo, a fin de garantizar que las mujeres gestantes que se encuentren en las hipótesis de despenalización del delito de aborto previstas en la Sentencia C-355 de 2006, puedan acceder al servicio de IVE en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad.

5. La regulación legal y reglamentaria en materia de interrupción voluntaria del embarazo

5.1. En la Sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional señaló que no resultaba necesaria la existencia de una regulación legal o reglamentaria de las hipótesis determinadas como no constitutivas del delito de aborto, para que fuera de inmediata aplicación la regla de decisión contenida en esa providencia. Sin embargo, esta Corporación especificó que era posible que "el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud", con la advertencia de que el legislador no podía establecer requisitos que terminaran imponiendo cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, o barreras que impidieran la práctica del aborto.

5.2. A pesar de que en el Congreso han sido presentados diversos proyectos de ley para regular el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, a la fecha no existe ninguna norma legal en relación con este asunto.

5.3. Por su parte, el Ejecutivo sí ha expedido reglamentaciones en torno a este tema a distintos niveles, aun cuando, como se verá, en su mayoría ellas no conservan hoy su vigencia.

En efecto, el 13 de diciembre de 2006, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4444 de 2006, mediante el cual se reglamentaba "la prestación de unos servicios de salud sexual y

reproductiva", estableciendo reglas relativas a la disponibilidad del servicio, la forma de financiamiento del mismo y la objeción de conciencia, entre otros asuntos. Sin embargo, la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante Sentencia de 13 de marzo de 2013[34], lo declaró nulo, por considerar que el Gobierno había excedido la facultad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, toda vez que "es presupuesto sine qua non para que se pueda hacer uso de tal facultad, la existencia de una ley o decreto ley que requiera ser desarrollada en virtud del reglamento". Con posterioridad a esa decisión, el Gobierno no ha proferido ninguna norma sobre el tema.

Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió dos reglamentaciones relacionadas con el procedimiento de IVE:

i) La Resolución No. 4905 de 2006, "Por la cual se adopta la Norma Técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo -IVE-, se adiciona la Resolución 1896 de 2001 y se dictan otras disposiciones", y

ii) La Circular 0031 de 2007, dirigida a los Directores Departamentales y Distritales de Salud, y a los Gerentes de Entidades Promotoras de Salud, con el fin de poner en su conocimiento información sobre la "provisión de servicios seguros de interrupción voluntaria del embarazo, no constitutiva del delito de aborto".

Sin embargo, dado que una y otra fueron dictadas al amparo del Decreto 4444 de 2006 -el cual, como atrás se indicó, fue declarado nulo por el Consejo de Estado-, su vigencia resulta, por lo menos, discutible, concretamente por la consideración de que es posible que en este caso haya operado el fenómeno del decaimiento del acto administrativo[35].

Además, en la reglamentación que expidió esa entidad en relación con la cobertura del plan obligatorio de salud, Resolución 5521 de 2013, se incluyen también unas normas relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo. En efecto, en el Anexo 1 de la misma, relativo a la oferta de procedimientos y servicios del POS se encuentra la "evacuación por aspiración del útero para terminación del embarazo"[36], y el "legrado uterino obstétrico para terminación del embarazo"[37]; y en el Anexo 2, se incluye el medicamento misoprostol, indicado también para casos de IVE[38].

De otro lado, la Superintendencia Nacional de Salud expidió las Circulares Externas Nos.

0058 de 27 de noviembre de 2009 y 000003 de 27 de septiembre de 2011; la primera dirigida a las "Entidades Administradoras de Planes de Beneficios" sobre "Adiciones, modificaciones y exclusiones de la Circular Única 47 de 2007 modificada por las Circulares 48, 49, 50, 51, 52 de 2008 y 57 de 2009", y la segunda, a "[l]os prestadores de servicios de salud, las entidades promotoras de salud del régimen contributivo, las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, los regímenes especiales o excepcionales, las entidades administradoras de planes voluntarios de salud y las entidades territoriales", sobre "[c]umplimiento de las directrices de las Sentencias C-355 de 2006 y T-388 de 2009 de la Corte Constitucional".

Estas Circulares también fueron demandadas ante el Consejo de Estado, bajo la consideración de que la Superintendencia Nacional de Salud no tenía competencia para reglamentar la interrupción voluntaria del embarazo. El Consejo de Estado, luego del análisis de los fundamentos normativos que habían sido invocados para la expedición de los actos y de considerar el hecho de que en ellos se habían reproducido algunas normas del Decreto 4444 de 2006, concluyó que, en efecto, la Superintendencia carecía de competencia para dictar normas relacionadas con esa materia. En consecuencia, declaró la nulidad de los actos acusados[39].

Posteriormente, el 26 de abril de 2013, alegando como fundamento la jurisprudencia constitucional, la Superintendencia expidió la Circular 000003, mediante la cual "se imparten instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Constitucional y se deroga la Circular 03 de 2011". En ella se incluyen instrucciones sobre las medidas administrativas que deben ser adoptadas por los prestadores de servicios de salud, la objeción de conciencia y el derecho al diagnóstico, entre otros asuntos.

Sin embargo, alrededor de este acto se han suscitado fuertes debates relacionados con la competencia de esa entidad para proferir la reglamentación señalada y con la circunstancia de que, de acuerdo con algunos sectores, en ella se reproducen disposiciones que habían sido contempladas en los actos administrativos que ya fueron anulados por el Consejo de Estado. De hecho, en el mes de junio del año 2013, se presentó una demanda solicitando su nulidad ante el Consejo de Estado, la cual actualmente está en curso.

No obstante lo anterior, como quiera que este proceso aún se encuentra en trámite y ella no ha sido suspendida, debe considerarse, prima facie, que se trata de un acto administrativo vigente[40].

5.4. De esta manera, es claro que hoy en día no existe ninguna regulación legislativa en materia de interrupción voluntaria del embarazo y que, en materia de reglamentación, solo se encuentran vigentes la Circular No. 000003 de 2013, la cual no ha sido ni suspendida ni anulada por el Consejo de Estado, y la regulación relativa a la inclusión en el POS de los métodos para practicar el procedimiento de IVE.

5.5. Teniendo en cuenta tanto los presupuestos jurisprudenciales a los que se hizo referencia en el acápite anterior como las reglamentaciones atrás señaladas, pasa la Sala a efectuar entonces el análisis del caso concreto.

6. Caso concreto

La señora CAM, interpone la presente acción de tutela contra Famisanar EPS, DDD IPS y la Clínica RRR, por considerar que estas entidades han vulnerado sus derechos a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad, a la seguridad social y a la salud.

De acuerdo con los argumentos planteados en la acción de tutela, dicha vulneración deviene del hecho de que las entidades accionadas no le garantizaron el acceso al servicio de interrupción voluntaria del embarazo, aun cuando un profesional médico certificó que su estado de embarazo afecta su salud mental.

Por su parte, las IPS accionadas indicaron que la encargada de autorizar la práctica del procedimiento es la empresa promotora de servicios de salud a la que se encuentra afiliada la actora. La Caja de Compensación Familiar TTT sostuvo, además, que el profesional que valoró a la accionante en la Clínica RRR consideró que ella no se encontraba en ninguno de los supuestos previstos en la jurisprudencia constitucional para que hubiere lugar a autorizar la práctica del procedimiento.

Famisanar EPS, en lo fundamental, indicó que aun cuando el servicio de IVE solicitado sí fue autorizado, los distintos profesionales que han atendido a la actora se han negado a practicarlo teniendo en cuenta lo avanzado de su estado de embarazo, sin que la entidad

cuente con alguna facultad legal que le permita obligarlos.

Los jueces de instancia, coincidieron en afirmar que en este caso se había generado una vulneración de los derechos de la actora, al no habérsele garantizado el acceso al servicio de interrupción voluntaria del embarazo. En consecuencia se les ordenó a las accionadas disponer lo que fuere necesario para efectos de que fuera posible realizar el procedimiento señalado.

Sin embargo, como se indicó en el acápite de antecedentes de esta providencia, finalmente la señora CAM dio a luz a una niña con la que actualmente convive.

6.1. El trámite de la solicitud de IVE formulada por la señora CAM

Revisado el trámite que se siguió en este caso, en relación con la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo que formuló la actora, la Sala encuentra que la solicitud formulada por la señora CAM no fue atendida con la prontitud y urgencia que demanda este tipo de procedimientos.

En efecto, si bien la vigencia de la norma en la que se establece un plazo de cinco días para la provisión de los servicios de IVE -esto es, el artículo 5 de la Resolución 0495 de 2006-, resulta, como atrás se indicó, discutible, la Corte Constitucional ha señalado que, en todo caso, este tipo de solicitudes deben ser resueltas con la mayor prontitud y celeridad posibles, dada la naturaleza y complejidades propias que plantea de este asunto. Así, esta Corporación ha dicho:

"Desde la expedición de la resolución 000495 de 2006 del Ministerio de Protección Social, se consideró que un plazo razonable para dar respuesta a la petición de IVE y llevarla a cabo –si ello es médicamente posible- son cinco días, término que es mucho menor a un mes e incluso más reducido que los quince (15) días estipulados en el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo para dar respuesta al derecho de petición. La brevedad de este plazo responde precisamente a la urgencia de la realización del procedimiento en aras de minimizar su complejidad y riesgos.

La resolución mencionada estaba parcialmente fundada en el decreto 4444 de 2006 actualmente suspendido de forma provisional por la Sección Primera del Consejo de Estado

el 15 de octubre de 2009, razón por la cual se puede cuestionar la posibilidad de su aplicación, al menos en este momento. Sin embargo, la Sala estima que su vigencia durante aproximadamente tres años sirvió para que todas las E.P.S. e I.P.S. advirtieran su obligación de responder las solicitudes y practicar las IVE en un corto tiempo. De modo tal que no puede la E.P.S. demandada argumentar que tomarse un mes para apenas iniciar las gestiones tendientes a contestar una petición de IVE es razonable y no constituye un incumplimiento de su obligación de garantizar el derecho fundamental a la IVE, pues desde 2006 sabía que es su deber dar respuesta a estas solicitudes en un breve lapso".[41] (Se resalta)

Esta consideración, fue reproducida en la Circular 000003 de 2013, en cuyo artículo décimo primero se resaltó que "[l]os Prestadores de Servicios de Salud, las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, públicos o privados, de carácter laico o confesional y la Entidades Territoriales, deben responder de forma oportuna las solicitudes de IVE […]."

Advierte la Sala que en el presente caso concurren unas condiciones particulares, derivadas del hecho de que la accionante acudió a solicitar el servicio de IVE en un estado de gestación bastante avanzado y sin acompañar un certificado médico en torno a una afectación de su salud derivada del embarazo y que la ubicase en los supuestos de la Sentencia C-355 de 2006. Con todo, puede señalarse que la señora CAM se acercó a solicitar el servicio a una IPS de la red con la que tiene convenio su empresa promotora de servicios de salud, el día 20 de noviembre de 2013, no obstante lo cual, la autorización del procedimiento por parte de la EPS solo tuvo lugar el 12 de diciembre de 2013 y su programación el día 16 de ese mismo mes y año, lo que significa que el trámite de esta solicitud duró 26 días.

Si bien la Sala no puede desconocer que en el presente caso la solicitud se presentó en un estado de gestación avanzado y sin el debido soporte médico, y que, según indicó la propia EPS, existieron criterios médicos encontrados sobre la verdadera afectación que el embarazo generaba en el estado de salud mental de la accionante, es preciso indicar que, incluso cuando hay controversia en relación con este tema, resulta necesario que las EPS adelanten las gestiones que sean del caso para que la solicitud sea resuelta con la mayor prontitud y urgencia.

La Sala concluye que, no obstante las anotadas circunstancias, en este caso la EPS demandada no actuó con la celeridad requerida, particularmente en la instancia inicial, cuando se precisaba la verificación de la condición de salud de la accionante a partir de la cual se solicitaba la IVE, deficiencia que resulta censurable si se tiene en cuenta que, tratándose de un procedimiento de IVE, y más aún cuando se solicita en un estado gestacional avanzado, cada día que pasa en el desarrollo del embarazo hace más riesgosa y compleja su interrupción.

En este contexto y en la medida en que la EPS, después de establecer con los profesionales de su red de servicios que la accionante estaba dentro de uno de los supuestos que de acuerdo con la Sentencia C-355 de 2006 habilita la IVE, autorizó la práctica del procedimiento e hizo la remisión correspondiente, no es posible concluir que su conducta haya sido violatoria de los derechos fundamentales de la accionante. Sin embargo, en razón a la referida falta de celeridad en el trámite, la Sala advertirá a la EPS accionada que, en adelante, para la definición de las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo deberá actuar con la mayor prontitud y celeridad posibles. Además, se ordenará a la Superintendencia de Salud que, en ejercicio de sus competencias, investigue y, de ser el caso, sancione las posibles faltas en las que pudo incurrir en este caso la EPS accionada.

De otra parte, en la acción de tutela se indica que la actora habría recibido tratos injustos por parte de algunos de los profesionales de la salud que la atendieron, lo cual también podría constituir una inobservancia de los deberes de los médicos en los casos de IVE.

Si bien esta afirmación no fue probada en el proceso, ni tampoco pudo ser controvertida en tanto dichos profesionales no fueron vinculados al mismo, en la parte resolutiva de esta providencia se ordenará la remisión de esta actuación al Tribunal de Ética Médica de Bogotá, a fin de que esa entidad indague si los médicos que atendieron a la accionante durante el trámite de la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, incurrieron en alguna falta a la ética profesional.

Además, de manera general se advertirá a todos los profesionales de la salud que se vean involucrados en casos de IVE, que, al margen de las consideraciones a las que haya lugar sobre la ocurrencia o no de la causal que se alega como fundamento del procedimiento, no les es dable descalificar o censurar la situación de la mujer que se acerca a solicitar el

servicio, so pena de incurrir en las sanciones correspondientes por faltas al ejercicio profesional.

6.2. Oportunidad para la práctica del procedimiento de IVE

6.2.1. Como se indicó en el acápite de antecedentes de la presente providencia, en este caso a pesar de que la EPS accionada autorizó el servicio de interrupción voluntaria del embarazo, lo cierto es que éste no se pudo llevar a cabo debido a que los distintos médicos que atendieron el caso se negaron a practicar el aborto en atención a lo avanzado del estado de gestación.

Estos profesionales, adujeron, de manera general, que realizar una interrupción voluntaria del embarazo en esa etapa, implicaba dar muerte previa al feto para luego extraerlo del vientre de la mujer. De no realizarse este procedimiento, el resultado de una cesárea sería la extracción de un feto vivo, con posibilidades de sobrevivir de manera autónoma y separada de su gestante.

Para efectos de analizar si las anteriores razones resultan o no atendibles, la Sala analizará algunos parámetros de decisión relacionados con la existencia o no de un límite temporal para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, lo cual permitirá revisar si con esta actuación se generó una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

6.2.2. Pues bien, en primer lugar, debe indicarse que en la Sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional no efectuó una revisión particular del tema de si existe o no un límite temporal para efectos de que sea posible practicar un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. En efecto, como ha tenido oportunidad de indicarlo esta Corporación en algunos pronunciamientos posteriores al citado fallo, no existe en esa providencia un análisis expreso de este asunto, ni tampoco la fijación de una regla de decisión en relación con ese tema.

Por ser éste un aspecto relevante de la política pública que se establezca en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, este es un asunto que debe ser fijado por el legislador al momento de dictar las reglas a las que se sujeta este tema. Sin embargo, en tanto el Congreso no ha expedido la regulación correspondiente, hoy en día no existe norma legal

que haya determinado hasta qué momento de la gestación es posible practicar procedimientos de IVE, lo cual no puede entenderse como que, por defecto, exista una regla que permita o autorice a llevarlo a cabo en cualquier momento.

6.2.3. En el ámbito del derecho comparado, las distintas regulaciones han optado por fórmulas muy variadas en relación con este tema, las cuales oscilan entre aquellas que no prevén la existencia de ningún límite temporal, hasta algunas otras que fijan un término referido a la semana de gestación en la que se encuentra la mujer.

Así, por ejemplo, en Argentina la legislación no prevé un límite temporal para que sea posible practicar un aborto consentido, siempre que con ello se busque "evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios", o que se demuestre que el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer con grave afectación mental permanente[42]. Sin embargo, en la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles, expedida por el Ministerio de Salud de dicho país, se establecen algunas indicaciones particulares para los casos en los que la interrupción del embarazo se produce con posterioridad a la semana doceava de embarazo, reconociendo que, por lo menos desde el punto de vista médico, se está frente a supuestos con particularidades muy distintas.

Por su parte, en España, a partir de la expedición de la Ley Orgánica 2 de 3 de marzo de 2010 "de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", es posible que una mujer en estado de gravidez solicite la práctica de un aborto siempre que se encuentre dentro de las primeras catorce semanas de gestación, y sean cumplidos los siguientes requisitos: "a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención"[43].

Según la citada legislación, cuando la interrupción encuentra su causa en razones de tipo médico relacionadas con el feto o con la mujer gestante, hay lugar a aplicar unas reglas específicas distintas, relacionadas, fundamentalmente, con la etapa del embarazo en la que se encuentra la solicitante:

“a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.”[44]

En Francia, el Código de Salud Pública y el Código Penal, establecen que durante las primeras doce semanas de gestación la mujer puede solicitar que se practique el aborto si el embarazo le ha generado un estado de angustia, para lo cual el médico deberá informarle sobre los riesgos que implica la interrupción del embarazo y los posibles efectos secundarios, así como sobre la guía de derechos y asistencia que la ley otorga para la interrupción voluntaria del embarazo y las opciones de adopción; la mujer debe, además, reunirse con una trabajadora social[45].

Más allá de las doce semanas de gestación, solo puede solicitarse el aborto cuando quiera que exista un grave riesgo para la salud de la mujer o una gran posibilidad de que el feto sufra de una afección particularmente grave, reconocida como incurable al momento del diagnóstico. Esta circunstancia debe ser acreditada por lo menos por dos de los miembros de un equipo multidisciplinario que deberá conformarse en cada caso para el manejo de la situación.[46]

Las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos permiten considerar que existen actualmente diferentes modalidades de regulación del aborto lícito, en particular, cuando se está frente a la causal de peligro para la salud o la vida de la mujer. Así, mientras que en algunos se ha optado por establecer una limitación temporal, de manera tal que el aborto es considerado lícito solo dentro de un plazo o etapa del embarazo, en otros, el aborto puede tener ocurrencia sin limitación temporal alguna. No obstante, en estos últimos, aunque no se establezca un término máximo, sí se exige el cumplimiento de unas ciertas exigencias cualificadas que habilitan a la mujer para solicitar

la práctica del procedimiento de IVE; así, por ejemplo, en Argentina se exige que el peligro que sufre la vida de la madre o del feto, "no pued[a] ser evitado por otros medios"; o, en España, se requiere que se hayan detectado "anomalías fetales incompatibles con la vida" o "una enfermedad extremadamente grave e incurable [del feto] en el momento del diagnóstico".

6.2.4. En Colombia, la falta de una normativa que de manera expresa determine si debe o no existir límite máximo del periodo de gestación dentro del cual pueda solicitarse la práctica de un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, ha supuesto una abundante fuente de conflictos entre las mujeres que solicitan el aborto, las empresas promotoras de servicios de salud, las IPS y los médicos que deben atender estos casos.

Dichas diferencias, encuentran razón, de un lado, en el hecho cierto de que, desde una perspectiva médica y científica, realizar un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo en etapas avanzadas del mismo es distinto a practicarlo dentro de las primeras semanas de gestación, ya que el primero implica dar muerte al feto antes de extraerlo del vientre de la mujer. Y, del otro, en la circunstancia de que, como también se ha demostrado científicamente, pasado determinado término del embarazo el feto tiene posibilidad de sobrevivir por fuera del vientre de la mujer, es decir, podría llegar a tener vida independiente de su progenitora.

Como se observa, una y otra razón encuentran sustento en circunstancias objetivas, verificables desde el punto de vista médico y científico.

Pues bien, para la Sala, en ausencia de norma legal o reglamentaria que disponga un límite máximo para la práctica del aborto, resulta razonable que sean los médicos quienes, enfrentados a casos límite como el que motiva esta causa, y dentro del marco de su autonomía profesional, decidan si pueden o no practicar el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, con fundamento precisamente en criterios médicos, como puede ser el relacionado con lo avanzado del estado de embarazo y la posibilidad de que ya no se esté frente a un feto por completo dependiente de la mujer gestante.

Esta conclusión, encuentra apoyo en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los que se ha generado un espacio en el que cabe que los profesionales de la salud planteen reservas médicas para la práctica del procedimiento de IVE, cuando quiera que se

esté frente a embarazos que se encuentran en las últimas etapas de la gestación.

En efecto, distintas Salas de Revisión que se han enfrentado a este debate, directamente o por vía de referencia, han considerado que, en ausencia de regulación legal sobre el tema, el criterio médico resulta ser fundamental como factor determinante para la solución de estas situaciones, y que lo avanzado del estado de embarazo de la gestante es un aspecto relevante a considerar dentro de la determinación de la conducta en estos casos.

Así, por ejemplo, en la Sentencia T-988 de 2007[47], la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional se pronunció frente al caso de una joven discapacitada[48] que había quedado en embarazo como consecuencia de una violación que fue denunciada ante las autoridades competentes.

La juez que conoció de este asunto en primera instancia consideró que la situación planteada se encuadraba dentro de los supuestos previstos en la jurisprudencia constitucional para que fuera procedente el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, en el expediente existía un informe médico que daba cuenta de que "superadas las 15 semanas de embarazo se aumentan las posibilidades de complicación para la vida y la salud de la paciente, al realizarse una aborto son mayores al punto de presentar riesgo de muerte", situación especialmente grave en el caso de la accionante, quien sufría de unas condiciones médicas muy complicadas. A partir de dicho informe, emitido por una entidad diferente a la EPS accionada, la funcionaria consideró que no era posible ordenar el procedimiento por la vía de la acción de tutela precisamente en aras de proteger la vida de la joven embarazada.

Sobre este particular, la Sala Séptima de Revisión sostuvo que "las consideraciones realizadas por la juez de conocimiento respetaron el precedente constitucional y estuvieron acordes con la ratio contenida en la sentencia C-355 de 2006. Por esa razón, procederá a confirmar parcialmente el fallo emitido por la juez a quo […]", por existir carencia actual de objeto, ya que el despacho del Magistrado Sustanciador constató que, con anterioridad a la sentencia, la joven ya no se encontraba en estado de gestación y tampoco había dado a luz.

Este fallo muestra cómo lo avanzado del estado de embarazo no resulta totalmente indiferente, por lo que podría considerarse justificable que los médicos, en atención al

mismo, concluyeran que no es posible efectuar el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. Esto, debe insistirse, en particular por lo existencia de un vacío normativo -legal y reglamentario- que fije unas pautas generales para estos eventos.

En el mismo sentido, en la sentencia T-636 de 2011[49], la Sala Novena de Revisión analizó el caso de un mujer que solicitaba la práctica del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, bajo la consideración de que sus médicos tratantes le habían manifestado que su condición como paciente epiléptica y los medicamentos que tenía que tomar constituían un riesgo para la salud del feto, que podría nacer con malformaciones congénitas. La empresa promotora de salud, había negado el servicio argumentando, entre otras razones, que resultaba necesaria una valoración concreta emitida por un especialista y que, en tanto la actora ya contaba para ese momento con 6 meses de embarazo, "la vida ya se ha dado, por tal razón sí se puede concluir que allí ha existido un asesinato hacia una criatura que aún no ve la luz […]".

Si bien en ese caso se concluyó que existía un hecho superado, como quiera que la accionante había desistido de la solicitud de IVE teniendo en cuenta valoraciones médicas posteriores que habían demostrado que el feto no presentaba ninguna malformación, la Sala consideró necesario pronunciarse frente a las manifestaciones efectuadas por la EPS accionada, en particular, en cuanto a la relacionada con la imposibilidad de practicar un aborto en atención a lo avanzado del estado de embarazo de la accionante.

En ese orden de ideas, indicó que "[e]l juicio de valor que califica al aborto después de seis meses como un homicidio de un ser indefenso es ajeno a las funciones de la entidad. Solo los conceptos médicos determinan cuándo es procedente la intervención en cada caso concreto. Si la experiencia enseña que a los seis meses no es aconsejable la intervención, ello debe ser establecido por los médicos tratantes, y no por la EPS de manera abstracta. Y si el juicio de valor constituye una desviación de su objeto, la calificación de la conducta como homicidio representa, además, una intromisión en el ámbito de competencia de los jueces penales de la república" (Negrita fuera de texto).

Así, de nuevo, en ausencia de regulación legal, esta Corporación consideró que el criterio médico, y no los preconceptos que pudiera tener la EPS accionada, resultaba ser el factor determinante para establecer si es o no procedente la interrupción voluntaria del embarazo.

Finalmente, en esta misma línea, en la sentencia T-841 de 2011, la Sala Octava de Revisión se pronunció frente al caso de una menor de 12 años que estaba embarazada, fruto de una relación sexual sostenida con su novio, también menor de edad. El médico tratante, no adscrito a la EPS de la actora, había considerado que esta condición ponía en riesgo tanto la salud emocional de la afectada -en quien se observaba frustración y depresión-, como su salud física, al existir peligro por complicaciones obstétricas debido a su edad. Sin embargo, la EPS accionada había negado la práctica del procedimiento bajo la consideración de que, de un lado, en la historia clínica de la paciente no se evidenciaban conceptos que hubieran considerado procedente el procedimiento, y, del otro, de que la orden médica no había sido impartida por un médico adscrito a la entidad.

El juez que conoció de la acción de tutela, consideró que no se encontraba certificada la ocurrencia de la causal de riesgo o peligro para la vida y salud de la mujer gestante, por un médico adscrito a la EPS accionada, y que el embarazo estaba en un estado muy avanzado, por lo que la interrupción del mismo podría poner en peligro la vida de la menor.

En sede de revisión, la Sala sostuvo:

"Al respecto, lo primero que hay que señalar es que no es cierto que las pruebas del expediente demostraran que la IVE sólo se pudiera realizar sin riesgo para la vida de la madre en las primeras ocho semanas de gestación. La verdad es que no obra en el expediente ningún concepto médico que así lo indique y el juez no goza de los conocimientos técnicos necesarios para certificarlo, lo que de entrada descalifica la validez de esta consideración. En similar sentido, en la sentencia T-946 de 2008 se expresó, ante el mismo argumento, que no era competencia del juez de instancia determinar la oportunidad para realizar la IVE. En segundo lugar, ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, lo que no permite que el juez –u otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud- establezca una regla general que la impida después de cierto tiempo de gestación, como lo sugirió el juez de instancia. Por lo anterior, la segunda de las razones ofrecida por el mismo tampoco justificaba la negativa del amparo.

La sentencia C-355 de 2006 constituye el contenido mínimo del derecho fundamental a la

IVE, el cual puede ser ampliado por el legislador. Recuérdese que en esta decisión la Sala Plena indicó que 'se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal'. Así mismo, las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la IVE pueden ser desarrolladas por el legislador, siempre y cuando se respete y garantice el contenido mínimo del derecho que fue reconocido por esta Corte. En este sentido, el legislador podría, por ejemplo, establecer un periodo de tiempo en el cual la sola voluntad de la mujer baste para acceder a la IVE o fijar un límite máximo razonable para la utilización de las causales hasta ahora despenalizadas, lo cual hasta el momento no ha ocurrido.

En ausencia de una norma legal que establezca una restricción de carácter temporal para la IVE en las hipótesis despenalizadas, esta Sala debe garantizar el mínimo reconocido en la sentencia C-355 de 2006 pues en esta se dejó claro que la falta de desarrollo legal no podía implicar la negación del derecho a la IVE. Con ello en mente, la Sala estima que la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento –que ni siquiera era el caso de AA, quien tenía menos de cinco meses de embarazo al momento de la interposición de la tutela- debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios."[50] (Negrita fuera de texto).

En esta sentencia, la Sala avanzó en la fijación de algunos aspectos a considerar en casos en los que el estado de embarazo se encuentre muy avanzado, y esa razón haya sido alegada como obstáculo para la práctica del procedimiento.

En ese sentido, en esa providencia se establecieron como parámetros de ponderación (i) la causal de la que se trate; (ii) el deseo de la mujer gestante, y, de nuevo (iii) el criterio médico. Y si bien en esta oportunidad, éste último se refirió al tema de la condición de la mujer gestante, entiende la Sala que ello obedeció a las circunstancias particulares del

caso, ya que son múltiples los supuestos médicos y científicos que pueden presentarse en estos casos –referidos o no directamente a la salud de la madre– y que no pueden ser anticipados o determinados a priori por los jueces constitucionales.

Pues bien, aplicadas las anteriores reglas al presente asunto, la Sala encuentra que no existió una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, en el hecho de que los profesionales de la salud que conocieron de su caso se hubieren negado a practicar el aborto, bajo criterios médicos que fueron debidamente expuestos y, en los que, debe resaltarse, coincidieron todos los galenos que conocieron de este caso.

En efecto, las consideraciones formuladas por los médicos no se muestran como arbitrarias, desproporcionadas o irrazonables, sino que se encuentran debidamente soportadas en realidades científicas, como que, en el caso de embarazos con estados de gestación muy avanzados, se está frente a fetos desarrollados que, en principio, tendrían posibilidades de sobrevivir de manera autónoma por fuera del vientre de la mujer.

Debe indicarse, además, que ninguno de estos profesionales recondujo su argumentación al tema de la objeción de conciencia; en otros términos, ninguno de ellos alegó razones de conciencia o de convicción para negarse a practicar el procedimiento, sino que se quedaron en el campo médico y científico para el efecto; todo ello, por lo demás, dentro del ámbito de su autonomía profesional.

En este escenario, ante la existencia de criterios médicos que desaconsejaban la práctica del IVE, la EPS accionada no tenía más opciones que, como lo hizo, buscar la opinión de otros profesionales sobre esta materia. Y, en tanto todos los consultados coincidieron en negar la realización del procedimiento, no había lugar a exigir legalmente su práctica.

En consecuencia, la Sala encuentra que en el presente asunto no existió una vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, como quiera que las accionadas actuaron, dentro de sus competencias, para efectos de garantizar el acceso al servicio de IVE, sin que pueda imputárseles responsabilidad en el hecho de que, finalmente, y por cuenta de criterios médicos fundados, se hubiera negado su práctica.

En todo caso, a efectos de que todos los sujetos que puedan llegar a verse involucrados en este tipo de asuntos cuenten con unas reglas claras a las cuales adecuar su conducta, la

Sala estima necesario instar al Congreso de la República para que, luego de un debate democrático y ponderado en el órgano de representación popular, expida la regulación referente a: (i) el establecimiento de un término máximo para el trámite de estudio y aprobación de las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se formulen ante las empresas promotoras de servicios de salud, y (ii) la definición de si hay lugar a prever la existencia de una limitación temporal para la práctica de este tipo de procedimientos.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, el 28 de diciembre de 2013, y por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el 24 de enero de 2014, dentro de la acción de tutela formulada por CAM contra Famisanar EPS, DDD IPS y Clínica RRR. En su lugar, NEGAR el amparo solicitado.

Segundo.- PREVENIR a Famisanar EPS para que, en adelante, responda con la celeridad requerida a las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se le formulen.

Tercero.- COMPULSAR copias del presente expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en ejercicio de sus competencias, investigue las posibles faltas en las que pudo incurrir Famisanar EPS.

Cuarto.- REMITIR copias del presente expediente al Tribunal de Ética Médica de Bogotá, a fin de que, en ejercicio de sus competencias, indague si los médicos que atendieron a la accionante durante el trámite de la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, incurrieron en alguna falta a la ética profesional.

Quinto.- ADVERTIR a todos los profesionales de la salud que se vean involucrados en casos de interrupción voluntaria del embarazo, que, al margen de las consideraciones a las que haya lugar sobre la ocurrencia o no de la causal que se alega como fundamento del procedimiento, no les es dable descalificar o censurar la situación de la mujer que se acerca

a solicitar el servicio, so pena de incurrir en las sanciones correspondientes por faltas al ejercicio profesional.

Sexto.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corte y a las autoridades judiciales que conocieron de este asunto en sus dos instancias, limitar el acceso al expediente a las partes del presente proceso y guardar estricta reserva sobre la identidad de la señora CAM, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a orden judicial.

Séptimo.- ORDENAR a Famisanar EPS, DDD IPS, a la Clínica RRR, a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, al Tribunal de Ética Médica de Bogotá, al Ministerio de Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Caja de Compensación Familiar TTT, y a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, guardar estricta reserva sobre la identidad de la señora CAM.

Octavo.- INSTAR al Congreso de la República para que expida la regulación referente a: (i) el establecimiento de un término máximo para el trámite de estudio y aprobación de las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se formulen ante las empresas promotoras de servicios de salud, y (ii) la definición de si hay lugar a prever la existencia de una limitación temporal para la práctica de este tipo de procedimientos.

Noveno.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] La medida de reserva del nombre y de los datos de identificación de las accionantes ha sido adoptada por la Corte Constitucional en casos similares al que aquí se analiza, como en el de las Sentencias T-988 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-946 de 2008; M.P. Jaime Córdoba Triviño. La restricción de acceso al expediente a las partes del proceso y la guarda de reserva de identidad como obligación de las autoridades judiciales involucradas, son medidas que fueron establecidas para estos casos a partir de la Sentencia T-841 de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

[2] Así, consta en la historia clínica que "A LA OTRA SEMANA DE HABERSE ENTERADO DEL ESTADO DE EMBRAZO [sic] FUE A ORIENTAME PERO NO TENIA LOS MEDIOS ECONOMICOS PARA LA INTERRUPCION DEL EMBARAZO […] REFIERE QUE DESEA INTERRUMPIR EL EMBARAZO PORQUE ESTA MUY AFECTADA EMOCIONALMENTE POR EL EMBARAZO. LA PACIENTE LLORANDO MANIFIESTA EN SUS PROPIAS PALABRAS: 'NO ME SIENTO EN LA CAPACIDAD ECONOCMICA [sic], NI PSICOLOGICA, PARA AAFRONTAR [sic] ESTE EMBARAZO'. 'LLOR [sic] TODO EL TIEMPO'. 'SON MUCHAS COSAS QUE SE ME VIENEN ENCIMA' […]".

[3] Esta información fue consignada en la ultrasonografía obstétrica transabdominal realizada a la accionante el 20 de noviembre de 2013.

[4] En el expediente no se encuentra copia de dicha valoración, ni constancia de que la misma se realizó.

[5] Cuaderno No. 1, folio 16.

[6] Así lo indicó la propia accionante en la declaración que consta en el cuaderno No. 1, folio 36.

[7] Cuaderno 1, folio 20.

[8] De acuerdo con el RAE, el feticidio es la "acción y efecto de dar muerte a un feto".

[9] Cuaderno 1, folio 35.

[10] A su respuesta, anexó copia de la Circular No. 000003 del 25 de abril de 2013, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la cual se impartieron algunas instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo a los prestadores de servicios de salud, a las entidades administradoras de planes de beneficios y a las entidades territoriales encargadas.

[11] Cuaderno 1, folio 13 y siguientes.

[12] Cuaderno 1, folio 16.

[13] Cuaderno 1, folio 17 y siguientes.

[14] Cuaderno 1, folio 19.

[15] Cuaderno 1, folio 20.

[16] Cuaderno 1, folio 23.

[17] Cuaderno 1, folio 21.

[18] Cuaderno No. 1, Folio 149.

[19] Famisanar EPS indica que ha acudido con este objeto a distintas instituciones de la ciudad de Bogotá, como las Clínicas Juan N Corpas, Nicolás de Federman, San Rafael, El Bosque, de Occidente y Palermo, y a los Hospitales Universitario San Ignacio y San José Infantil.

[20] En el expediente consta un escrito remitido por Famisanar EPS el día 21 de enero de 2014 al juzgado que conoció de este proceso en primera instancia, referido a un trámite de desacato promovido por la actora antes de que fuera fallada la impugnación. En él, Famisanar, además de reiterar los argumentos expuestos a lo largo de este proceso, manifestó que ha acudido a otras 9 instituciones de la red de prestadores de servicios de salud de Cundinamarca para lograr que alguna de ellas realice el procedimiento solicitado, sin que a la fecha hubiere recibido respuesta favorable de ninguna de ellas.

[21] Artículo 1° del Decreto 2591 de 1991.

[22] Ver, entre otras, las sentencias T-114 de 2013 y T-316A de 2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[23] Al respecto, ver, entre otras, las sentencias T-723 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-934 de 2012 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-1058 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-213 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[24] Sentencia T-788 de 2013, Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.

[25] Sentencia T-963 de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

[26] Sentencia T-788 de 2013, Ibidem.

[27] Al respecto, en la Sentencia T-200 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada, la Corte indicó: "advierte la Sala que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto quede en el vacío".

[28] "[…] 4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho".

[29] Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

[30] Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[31] Esta doctrina recibe su nombre a partir de la obra de Harrer, H., Zivilrechtliche Haftung bei durchkreutzter Familienplannung, Editorial Verlag Peter Lang, y surge en respuesta a la corriente que negaba la posibilidad de reconocimiento de indemnización en estos casos, bajo el argumento de que con ello se lesiona la dignidad de la persona, a la que se reduce a términos meramente económicos. La doctrina de la separación aboga por establecer una distinción entre el niño que ha nacido y el daño reclamado (Unterhaltsaufwand).

[32] El texto de las normas acusadas, era del siguiente tenor: // "Artículo. 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: […] // 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente,

inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar." // "Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior." // "Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años." // "Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. // Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto."

[34] Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente 11001032400020080025 6-00, Sentencia de 13 de marzo de 2013, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

[35] El artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece: "Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: // 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. // 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho. // 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos. // 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto. // 5. Cuando pierdan vigencia." (Negrilla fuera de texto).

[36] Código 69.5.1.

[37] Código 75.0.2.

[38] Código G02AD0601

[39] Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente 2012-00017-00, Sentencia de 23 de mayo de 2013, Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

[40] Radicación 11001 03 24 000 2013 00257 00, asignado al despacho del Consejero Guillermo Vargas Ayala.

[41] Sentencia T-841 de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

[42] Artículo 86, Código Penal de la Nación Argentina.

[43] Artículo 16.

[44] Artículo 15.

[45] Código de Salud Pública, Ley 2001-588 del 7 de julio de 2001.

[46] Ley 2001-588 del 5 de julio de 2001, artículo L2213-1.

[47] Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

[48] De acuerdo con la historia clínica aportada al expediente, la joven había sido diagnosticada con retardo psicomotor severo, hipotiroidismo, cuadriparesia espástica, encefalopatía hipoxico isquémica, hipotonía trocular, epilepsia parcial versiva a la izquierda y mioclonia, entre otras patologías.

[49] Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[50] El contenido de esta sentencia en relación con este tema en particular, fue incorporado por la Superintendencia Nacional de Salud en la Circular 000003 de 2013.