

T-731-16

Sentencia T-731/16

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

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

No existe aún ninguna regulación legislativa en materia de interrupción voluntaria del embarazo, y entre las normas administrativas que durante estos años se han expedido, solo se encontraban vigentes para la fecha de los hechos, la Circular 003 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud, y la regulación relativa a la inclusión en el POS de los métodos y medicamentos para practicar el procedimiento de IVE, las que junto con la jurisprudencia de este tribunal sobre la materia, constituyen la normatividad aplicable al tema.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se logró la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo a menor de edad

Referencia: Expediente T-5.374.927

Demandante: Jorge Iván Villamizar López, Defensor del Pueblo – Regional Amazonas.

Demandados: Caprecom EPS, Fundación Clínica Leticia, e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado el 11 de noviembre de 2015 por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia (Amazonas), en única instancia, por el cual se negó el amparo solicitado por el señor Jorge Iván Villamizar López, Defensor del Pueblo – Regional Amazonas, como agente oficioso de la menor Amalia contra Caprecom EPS, la Fundación Clínica Leticia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y se adoptaron otras decisiones.

Este expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección número 2 por medio de auto de 26 de febrero de 2016 y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ACLARACIÓN PREVIA

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

De otra parte, teniendo en cuenta las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en asuntos como el presente, relacionados con solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), respecto de 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 resolutive de esta sentencia se dispondrá también restringir el acceso al expediente a las partes del proceso y ordenar que tanto éstas como el juez de instancia y la Secretaría de este tribunal, 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].

II. ANTECEDENTES

El señor Jorge Iván Villamizar López, Defensor del Pueblo – Regional Amazonas, obrando como agente oficioso de la menor Amalia, presentó el 29 de octubre de 2015 acción de tutela contra Caprecom EPS, la Fundación Clínica Leticia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, reclamando la protección de los derechos fundamentales de la referida

menor a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE), a la salud, a la integridad física y emocional, a la dignidad y el principio del interés superior del menor, a partir de los hechos que, conforme a su narración, pueden ser resumidos como sigue:

1. La niña Amalia, en cuyo beneficio se ejercitó esta acción, tenía para la fecha en que la misma se incoó 14 años y 8 meses de edad, era residente en un área rural cercana al municipio de Leticia, y presentaba estado de embarazo de 22 semanas de gestación.
2. En sus consultas médicas, inicialmente ante Caprecom EPS, y posteriormente con un profesional de Ginecología de la Fundación Clínica Leticia, la menor ha manifestado repetidamente su deseo e intención de no continuar con el embarazo, pues no se siente preparada para ser madre, y se encuentra en estado de depresión profunda, situación que se encuadra en una de las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006 de esta corporación, pues el embarazo pone en peligro la vida de la madre.
3. Informó que el embarazo es producto de una relación sexual consentida con un hombre de 22 años de edad, con quien no mantiene una vinculación sentimental estable. El agente oficioso señaló que estos hechos se encuentran documentados en la historia clínica de la menor de edad. En los mismos días, Amalia fue evaluada por una profesional de psicología, a quien también manifestó su intención de desembrazarse, lo que quedó consignado en su historia clínica.
4. Según relató el Defensor del Pueblo que interpuso la acción, de acuerdo con información suministrada por la Secretaría Departamental de Salud, la Fundación Clínica Leticia afirma tener derecho a la objeción de conciencia institucional, y adicionalmente, no cuenta con personal capacitado para practicar el procedimiento de IVE. En su criterio, esto implica desacato a las decisiones judiciales que garantizan el derecho a la IVE en casos específicos.
5. De otra parte, anotó que tuvo conocimiento de que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar inició acompañamiento a la menor embarazada, procurando disuadirla de su intención de interrumpir la gestación, lo que también constituye incumplimiento de su misión institucional, pues debería asesorarla para el ejercicio de sus derechos.
6. Finalmente, informó que el único médico especialista que podría practicar este

procedimiento en la ciudad de Leticia, quien labora en la ESE Hospital San Rafael, se ha declarado objetor de conciencia, según la información suministrada a la Defensoría del Pueblo.

2.2. Fundamentos de derecho

En apoyo de esta solicitud de tutela, el Defensor que obra como agente oficioso de la interesada, sostuvo que la interrupción voluntaria del embarazo IVE, en las tres hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, es un derecho fundamental. Señaló además, que según lo ha precisado esta corporación, la causal relacionada con peligro para la salud de la madre gestante incluye no solo afectaciones a la salud física, sino también a la salud mental, incluyendo situaciones de angustia severa y/o depresión, según lo habría aclarado la sentencia T-532 de 2014.

Añadió que, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia, el único requisito exigible en estos casos es la existencia de un certificado médico que acredite el peligro que el embarazo implica para la salud de la mujer. En la misma línea, aludió al concepto de salud mental, recientemente desarrollado por la Ley 1616 de 2013.

De otra parte, se refirió a la necesidad de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, conforme al desarrollo que de estos derechos hace la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las Mujeres (CEDAW), de la cual es parte Colombia, según la cual “el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad”, máxime al tratarse de una menor de edad afectada en su salud mental.

Así mismo, invocó el desarrollo que esta Corte habría hecho a través de la sentencia T-388 de 2009 con respecto a la posibilidad de que se alegue en estos casos la objeción de conciencia, respecto de lo cual sostuvo que tal posibilidad solo puede ejercerse en una esfera privada, y siempre que ello no implique afectación a los derechos de terceras personas. Señaló que estas reglas estarían siendo desconocidas por las clínicas y el personal médico de la ciudad de Leticia, que debería practicar la interrupción del embarazo solicitado por la niña Amalia sin oponer obstáculos, siempre que el caso se sitúe en una de las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, de esta corporación.

Por último, se refirió al concepto de interés superior del menor, y transcribió una cita jurisprudencial que no identificó, en la que se establecen algunos requisitos para el predominio de tal interés sobre los otros que pretendan oponérsele, destacando que éste no puede quedar supeditado a la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo, como considera que ocurre en este caso. Señaló que este principio resulta aplicable en el caso planteado, pues la actuación de las instituciones y autoridades que han intervenido, ha impedido el libre ejercicio del derecho de Amalia a la IVE.

2.3. Pretensiones

A partir de los hechos reseñados, el actor planteó las siguientes:

1. Tutelar los derechos fundamentales de la agenciada a la interrupción voluntaria del embarazo IVE, a la salud, a la integridad física y emocional, la dignidad y el principio de interés superior del menor, que en ese momento estarían amenazados por los hechos antes relatados.
2. Que como medida provisional se ordene la inmediata valoración de la niña agenciada por parte de un profesional de la salud (médico o psicólogo) en la ciudad de Bogotá, para que certifique sobre si su estado de embarazo afecta su salud física y emocional, y que como máximo 24 horas después, se ordene practicar el procedimiento de IVE por ella solicitado.
3. Que se ordene a la EPS Caprecom cubrir todos los gastos médicos, así como de transporte y manutención, que requiera la menor de edad Amalia mientras permanezca en la ciudad de Bogotá, incluyendo el período de recuperación que requiera, después de practicado el procedimiento de IVE.
4. Que se le preste a la agenciada la atención psicológica necesaria, con posterioridad a la práctica del procedimiento antes ordenado.
5. Que se ordene a las autoridades públicas y privadas y a los profesionales de la salud garantizar que todas las instituciones presten el servicio de IVE, conforme a lo establecido en la sentencia C-355 de 2006 de esta corporación y los demás pronunciamientos

posteriores sobre el tema.

6. De manera complementaria, y teniendo en cuenta la edad de la interesada y las características del caso, solicitó que durante el trámite de esta acción se reserve su identidad, como medida para proteger sus derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y a la dignidad.

2.4. Pruebas que obran en el expediente

Como principal prueba documental relevante, el Defensor accionante allegó copia de la historia clínica de Amalia, en la que constan su estado de embarazo y las otras circunstancias anotadas.

2.5. Actuación procesal

Mediante auto del 29 de octubre de 2015, el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia admitió a trámite esta acción de tutela y ordenó notificar a las entidades accionadas.

Así mismo, con respecto a la medida provisional solicitada, y teniendo en cuenta las características y urgencia del caso, pero también las dificultades que supondría el traslado de la menor de edad a Bogotá, dispuso que el examen solicitado se practicara por parte del Instituto de Medicina Legal y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de determinar su actual estado de embarazo, las complicaciones que supondría la práctica de la interrupción voluntaria, y en qué medida su condición de madre gestante representa riesgo para su salud mental.

2.5.1. Réplica del agente oficioso

Frente a la decisión del juez de tutela con respecto a la medida provisional solicitada, al día siguiente, el Defensor del Pueblo – Regional Amazonas, quien interpuso esta acción, en calidad de agente oficioso, pidió su reconsideración, e insistió en que aquélla se decretara en los términos formulados en la demanda.

En apoyo de esta reclamación, llamó la atención sobre el hecho de que el Instituto de Bienestar Familiar, a quien se solicitó examinar a la menor de edad y dictaminar sobre su

estado, ha prejuzgado sobre el caso, procurando inducirla a desistir de su intención de interrumpir el embarazo, debido a su avanzado estado de gestación, alegando la existencia de directrices en tal sentido provenientes del nivel nacional, que en su concepto, implicarían desconocimiento de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, razón por la cual, es una de las entidades accionadas en este caso. De otra parte, señaló que el Instituto de Medicina Legal no tiene presencia física en el departamento, por lo que la medida ordenada requeriría el desplazamiento desde Bogotá hasta Leticia del personal médico necesario para ello, o más posiblemente se traduciría en la no práctica de esta prueba.

Sin embargo, mediante auto del 3 de noviembre siguiente, el juez a quo decidió mantener la medida en los términos inicialmente decretados. Para ello, alegó que el agente oficioso no ofrece ninguna prueba de las críticas que hace frente a la acción del Instituto de Bienestar Familiar, y señaló que esa entidad cuenta con la capacidad profesional para realizar la prueba ordenada. De otra parte, llamó la atención sobre el nivel avanzado del estado de embarazo de la menor accionante, lo que supondría factores y dificultades adicionales para su interrupción, como también sobre el hecho de que deben igualmente protegerse los derechos del que está por nacer, y no solo los de la adolescente que pretende desembarazarse.

2.5.2. Respuesta de la Fundación Clínica Leticia

El representante legal de esta institución respondió la acción de tutela, señalando que de la historia clínica de la agenciada no se deduce, con claridad, que su caso se encuadre en alguna de las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006. Advirtió, también, que teniendo en cuenta el avanzado estado de gestación que presenta la joven, se requeriría un centro médico de mayor complejidad para interrumpir su embarazo. Por último, informó que todos los ginecólogos adscritos a esa Fundación son objetores de conciencia frente a la realización de esta práctica.

2.5.3. Información provista por el Instituto Nacional de Medicina Legal

El día 3 de noviembre de 2015 este Instituto allegó al despacho del juez de tutela la información relacionada con el examen practicado el mismo día a Amalia. Durante la diligencia, ésta aportó copia de la ecografía realizada el 7 de octubre anterior y señaló que no está asistiendo a controles prenatales periódicos. Reiteró su intención de no continuar

con la gestación. Para ello, fue examinada, encontrándose en buen estado de salud y en trámite normal de un embarazo que para la fecha registraba más de 24 semanas de avance. Por último, el informe advirtió de los riesgos y eventuales complicaciones de realizar un aborto en ese momento, entre ellas la posibilidad de infección, aborto incompleto, lesiones en el útero, problemas de coagulación, paro cardíaco y posible esterilidad.

2.5.4 Respuesta e informe del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

En la misma fecha, el Instituto presentó su respuesta a la acción de tutela, así como el resultado de la evaluación psicológica realizada a la agenciada el mismo día.

En cuanto a lo primero, el Instituto aceptó la mayoría de los hechos alegados, aun cuando respecto de algunos dijo atenerse a lo que se pruebe. Sostuvo que esa entidad ha cumplido sus funciones dentro del marco previsto por la ley, y que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor de edad, razón por la cual no se cumple con el requisito de la legitimación por pasiva, pues si hubiere existido tal vulneración, ella debería atribuirse a la EPS responsable de proveer el servicio solicitado. De otra parte, relató la actuación que esa entidad ha tenido en relación con el caso planteado, informando que tuvo conocimiento del mismo porque el padre de Amalia acudió con ella al Instituto, solicitando ayuda respecto del estado de embarazo y el deseo de la niña de interrumpir la gestación. Indicó que a este respecto se ha adelantado un proceso de verificación de derechos.

Señaló también que el ICBF no es competente para determinar el estado de salud de Amalia, ni para advertir sobre las posibles consecuencias de la interrupción de su embarazo, pese a lo cual realizó la evaluación ordenada, cuyo resultado adjuntó.

El referido informe es producto de una entrevista adelantada por dos psicólogos y una trabajadora social que atendieron a Amalia, quien acudió a la diligencia en compañía de su padre y con la presencia de la Defensora de Familia. Durante ésta, los profesionales a cargo indagaron por la composición de su familia, las circunstancias en que se produjo su embarazo, y su estado general en lo emocional, cognitivo y comportamental, y observaron su actitud. El resultado de este estudio señaló que Amalia se encontraba en adecuadas condiciones de salud y aceptables circunstancias de bienestar emocional, acorde a su edad y sus circunstancias particulares, aun cuando insistió en su intención de no continuar con el

embarazo.

De igual manera, se anotó que el sistema familiar y estatal ha logrado garantizar las condiciones mínimas necesarias para el adecuado desarrollo de la adolescente, quien además cuenta con afiliación a los servicios de salud, se encuentra estudiando y recibe alimentación diaria y oportuna. La menor de edad dijo ser consciente de las consecuencias de haber sostenido una relación sexual con el padre de su hijo por nacer, a quien dijo haber visto en dos ocasiones. El informe concluyó recomendando una nueva evaluación a la niña por parte de profesionales de la salud y la psicología, mantener el acompañamiento brindado por el Instituto, así como por la EPS, para la más adecuada elaboración de la experiencia que está viviendo, y la que vendría después del nacimiento de su hijo.

2.5.5. Respuesta de Caprecom EPS

El representante de esta entidad informó que, teniendo en cuenta el concepto del accionante sobre la procedencia de la interrupción del embarazo en casos de afectación a la salud mental de la madre, solicitó la valoración de la agenciada por parte de un médico psiquiatra, y se encuentran pendientes de la asignación de la correspondiente cita.

De otra parte, señaló que solo tuvieron conocimiento del embarazo de Amalia el 2 de octubre de ese año, fecha en la que ella acudió a informar su estado y su intención futura, pues con anterioridad a ese día no había comunicado tal situación.

III. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

Sentencia de primera instancia

Acerca del primero, el a quo hizo un breve recuento de la evolución jurisprudencial sobre los alcances de este derecho, su posterior reconocimiento como derecho fundamental, y el hecho de que no se requiere que la vida esté en peligro, para que aquél deba ser protegido. Así mismo, señaló la prioridad que tiene el derecho de los niños a la salud, frente a cualquier otro interés con el que pueda enfrentarse.

Sobre el segundo, se refirió al contenido de las sentencias C-355 de 2006 y T-532 de 2014, en relación con los tres escenarios en los que la interrupción del embarazo no debe ser objeto de sanción penal, así como a la ponderación que en tales casos subyace, entre los

derechos de la mujer gestante y los de la criatura en formación.

Recordó que en ciertas circunstancias excepcionales, no es exigible a la primera el sacrificio que supondría llevar el embarazo a término, si ello implica la grave afectación de sus propios derechos, máxime cuando, en el caso de la causal primera, es la misma Constitución la que establece en cabeza de toda persona el deber de cuidar la propia salud. Reconoció también que dentro de esta primera causal cabe también la grave afectación de la salud mental. Sin embargo, anotó que en caso de invocarse el peligro para la salud de la mujer, es necesario que tal situación haya sido certificada por un profesional de la medicina, que actúe conforme a los estándares éticos de su disciplina, único evento en el que resulta viable la IVE.

Destacó, además, que, conforme a la jurisprudencia constitucional, e incluso la normativa administrativa que la ha desarrollado, en los casos en que procede la IVE, es necesario que la solicitud sea prontamente respondida, en un término máximo de cinco días, y que el procedimiento se adelante sin demora, en vista de que el transcurso del tiempo implica mayor complejidad y riesgos en su realización. Sobre esto último, anotó que en cuanto no existe un desarrollo legislativo sobre la materia, no hay claridad sobre el alcance de este término, lo que no equivale a que ello pueda cumplirse en cualquier tiempo, pues es evidente, y la jurisprudencia lo ha reconocido, que entre más avanzada se encuentre la gestación, existen mayores posibilidades de vida independiente para el nasciturus, lo que implica que se debe dar muerte al feto antes de extraerlo.

Al analizar el caso concreto, el despacho a quo volvió sobre sus circunstancias fácticas y cronológicas, destacando el estado avanzado del proceso de gestación de la menor de edad agenciada, y el hecho de que pese a ello, habiéndose enterado de su estado cuando tenía ya 21 semanas, su EPS dejó pasar más de un mes sin procurar su valoración por psiquiatría. También señaló que en los documentos médicos obrantes en el expediente consta su intención de no proseguir con el embarazo, como también la existencia de ciertas afectaciones a su bienestar y salud mental, más no una específica certificación médica que respalde la viabilidad del procedimiento solicitado. Se refirió, además, a las conclusiones de las evaluaciones cumplidas en desarrollo de lo ordenado por el despacho, durante las cuales se advirtió de los peligros y dificultades de practicar un aborto en esta etapa, aunque también reconoció que ello no implica la total imposibilidad de llevarlo a cabo.

Aludió también al resultado del estudio adelantado por el ICBF, y particularmente a la conclusión según la cual, la niña no presenta alteraciones graves en su estado emocional, y se recomienda su valoración por psiquiatría, lo que implica que no se cumple el supuesto contemplado por la sentencia C-355 de 2006 para habilitar la interrupción voluntaria del embarazo IVE.

Así las cosas, al no existir claridad ni certeza suficiente sobre estos elementos, decidió negar la tutela impetrada, pese a lo cual, ordenó a Caprecom EPS realizar la evaluación por psiquiatría de la niña agenciada y garantizar todos los recursos y procedimientos que según tal evaluación resulten necesarios y pertinentes, así como el transporte y viáticos requeridos, en caso de que tal examen se cumpla en una localidad distinta a Leticia.

Esta decisión no fue impugnada, razón por la cual el expediente fue enviado directamente a esta corporación, para su eventual selección y revisión.

IV. PRUEBAS Y OTRAS ACTUACIONES SURTIDAS DURANTE EL TRÁMITE DE REVISIÓN

Una vez seleccionado y repartido este expediente a la Sala Cuarta de Revisión, se desarrollaron las siguientes actuaciones:

4.1. Intervenciones de organizaciones ciudadanas

4.1.1. Previa solicitud, autorización y expedición de copias informales del expediente, el 6 de mayo de 2016 se recibió un escrito remitido por dos representantes de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, en el que se identificó a esta última como una organización que promueve acciones encaminadas a la implementación de la sentencia C-355 de 2006, que lista las hipótesis en las que el aborto no será penalizado.

Este escrito, en el que se formulan diversas solicitudes sobre órdenes que piden incorporar en la decisión por la que se resuelva la revisión de este fallo de tutela, informó además que con posterioridad a la sentencia de única instancia, la joven Amalia fue trasladada a la ciudad de Bogotá, donde fue examinada, se constató el riesgo existente en relación con su salud física y mental, y finalmente se practicó el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo (IVE), por ella solicitado.

Este documento hace un recuento de la jurisprudencia constitucional y de los estándares

internacionales sobre la materia, y plantea cómo Colombia está lejos de alcanzar su total cumplimiento, tal como lo acredita el presente caso, en el que todos ellos habrían sido desconocidos por la actuación desplegada por todas las entidades involucradas, e incluso por el juez que resolvió sobre la acción de tutela.

Señaló que, conforme a lo planteado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación 22, recientemente expedida, los Estados deben garantizar los derechos sexuales y reproductivos de sus habitantes, incluida la opción de la IVE, asegurando su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad e idoneidad profesional. A este respecto, se refirió también al incorrecto manejo que en este caso habría tenido el tema de la objeción de conciencia, que fue alegada, tanto en perspectiva institucional (lo cual estaría prohibido) como individual, sin brindar a la interesada opciones para realizarse el procedimiento requerido, así como a las circunstancias de tratarse de una menor de edad, en un territorio alejado y en un avanzado estado de gestación, circunstancias que demostrarían aún más el incumplimiento de esos estándares en el presente caso.

A partir de estas consideraciones, concluyó solicitando que se reconozca la existencia de un hecho superado, pese a lo cual se decida de fondo el asunto, principalmente con el ánimo de fortalecer y reiterar la jurisprudencia constitucional sobre la materia, pero también de impartir órdenes de carácter general a las entidades involucradas en estos casos.

4.1.2. De igual manera, el 10 de mayo de 2016 se recibió un escrito firmado por el Director y varios investigadores adscritos al Centro de Estudios sobre Derecho, Justicia y Sociedad DEJUSTICIA, así como un documento de trabajo (33 folios) recientemente elaborado y publicado por esa organización respecto del papel del juez constitucional frente a la IVE. El primero de estos documentos solicita a la Corte declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, pero también decidir de fondo sobre lo planteado, con el fin de precisar y fortalecer la doctrina constitucional sobre la materia.

Esta comunicación informa también sobre la práctica, en la ciudad de Bogotá, del procedimiento solicitado por la joven Amalia, pero de igual manera solicita un fallo de fondo por parte de esta Sala, especialmente con el ánimo de hacer énfasis en el rol que correspondería al juez de tutela en el adecuado y oportuno cumplimiento del derecho fundamental a la IVE. Fundamenta esta solicitud en el recuento de las circunstancias que

impidieron el oportuno ejercicio de este derecho por parte de la agenciada, entre ellos su carácter de menor de edad, su residencia en un lugar alejado y con pocas opciones de servicios médicos, o el hecho de que, habiendo manifestado repetidamente su intención de no continuar con el embarazo, ninguna de las personas e instituciones que conocieron su caso le hubiera informado de la posibilidad de practicar la IVE. De otro lado, señaló la existencia en el expediente de dictámenes médicos suficientes que acreditaban la afectación de su salud mental, a partir de los cuales debió darse curso favorable a su solicitud.

También en cuanto al rol que corresponde cumplir al juez de tutela, este escrito resalta la importancia de la intervención oportuna del juez de instancia, a partir de la forma como juega el tiempo en relación con un proceso de gestación, lo que normalmente conduce a que en el evento de ser seleccionado para revisión por esta Corte, los casos llegan, como este, en situación de carencia actual de objeto, bien por daño consumado, bien por hecho superado. De otro lado, solicitó que en este escenario se de aplicación a la posibilidad prevista en el artículo 25 del Decreto Ley 2591 de 1991, sobre condena en perjuicios y costas a cargo de los infractores, lo que en su criterio, contribuiría grandemente a que las entidades responsables cambien su actitud frente al tema.

4.1.3. El 16 de mayo de 2016 se recibió también una comunicación suscrita por el Subdirector Ejecutivo de PROFAMILIA, en la que presenta la opinión de ese instituto sobre el tema debatido en esta acción de tutela, se formulan unas solicitudes para su decisión, y se adjuntan: i) la Circular Externa 003 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud, en la que esa entidad impartió instrucciones a los prestadores de servicios de salud sobre la práctica de la IVE (7 folios), y ii) un documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Salud y otras entidades (57 folios) que plantea un protocolo para la prevención del aborto inseguro.

En este documento se llama la atención sobre la falta de aplicación de la referida Circular y del Protocolo elaborado por el Ministerio de Salud, según resulta de varias de las circunstancias fácticas que han rodeado el caso. Entre ellas destaca: i) la relativa al hecho de que las menores de edad pueden decidir autónomamente, y sin autorización de sus representantes legales, sobre la realización de la IVE, ii) las controversias sobre la aplicación de la causal relacionada con afectaciones a la salud mental, y los requisitos

aplicables a la procedencia de esta causal, iii) la invocación de la objeción de conciencia, institucional y personal, iv) la oferta de servicios POS y las obligaciones de referencia y contra-referencia, v) los temas relativos a la edad gestacional máxima para realizar la IVE, y en general, la amplia persistencia de prejuicios e imaginarios colectivos que dificultan su práctica.

A partir de estas consideraciones, concluye solicitando a la Sala de Revisión fallar de fondo el presente caso, en términos semejantes a los planteados en las intervenciones previamente reseñadas.

4.1.4. Así mismo, el 17 de mayo de 2016 se recibió un escrito remitido por la entonces Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, en el que, también, formula algunas solicitudes sobre la forma en que debe resolverse esta acción de tutela.

Después de volver sobre el recuento de las circunstancias fácticas del caso, incluyendo la finalización del procedimiento solicitado en una clínica de Bogotá, y el rechazo de este hecho por parte de la accionada Caprecom EPS, resaltó que los hechos y circunstancias que tuvo que afrontar la menor agenciada, demuestran que aún 10 años después de la sentencia C-355 de 2006, y pese a la existencia de otras importantes decisiones judiciales, no existen en el país garantías efectivas para su cumplimiento.

Entre otros factores relevantes, mencionó el hecho de que ninguna de las personas e instituciones que conocieron del caso informaron a la joven interesada sobre su derecho a interrumpir el embarazo no deseado, y que por el contrario, existieron en todas ellas varias circunstancias que constituyen obstrucción al ejercicio de este derecho, tanto en los operadores del sector salud como en los del sector justicia.

Con base en estas consideraciones, concluyó solicitando a esta Sala pronunciarse de fondo sobre el caso planteado, declarar la responsabilidad a que hubiere lugar en cabeza de las personas y entidades que conocieron estos hechos, e impartir instrucciones generales a todos aquellos que en razón de sus funciones deban intervenir en este tipo de situaciones, a efectos de que se garantice la cabal aplicación de los criterios planteados en la sentencia C-355 de 2006, y las que posteriormente la han reiterado y desarrollado.

4.2. Mediante auto de mayo 25 de 2016, la Sala Cuarta de Revisión dispuso la vinculación al presente trámite de varias entidades con conocimiento y/o participación respecto de la situación fáctica controvertida, entre ellos el Tribunal Nacional de Ética Médica, las Secretarías de Salud del departamento de Amazonas y el municipio de Leticia, y la Clínica Magdalena de Bogotá, y ordenó correrles traslado para que se pronunciaran al respecto. Así mismo, decretó la práctica de algunas otras pruebas e informes a cargo de las partes del proceso, y decidió suspender los términos para decidir sobre la presente acción por espacio de tres (3) meses contados a partir del recibo de las pruebas y documentos solicitados.

Finalmente, de conformidad con lo previsto por el Reglamento Interno de la Corte Constitucional, en la misma providencia se ordenó a la Secretaría General de esta corporación, que una vez recibidas las pruebas ordenadas, se dejaran en esa dependencia, por el término de tres (3) días, a disposición y para consulta de los sujetos procesales.

Entre el 24 de junio y el 11 de julio siguiente se recibieron un total de siete distintas comunicaciones en las que se allegó la información solicitada en este auto.

4.2.1. El 1º de junio de 2016 se recibió respuesta suscrita por el Presidente del Tribunal Nacional de Ética Médica, quien solicitó a la Sala de Revisión eximir a esa entidad del deber de conceptuar en el presente asunto, dado que en su condición de juez disciplinario de los profesionales de la medicina, podría tener que conocer en el futuro de hechos relacionados con el caso planteado, para lo cual sus miembros estarían impedidos, en caso de haber dado concepto sobre el tema.

Con este propósito, se refirió a las causales de impedimento de los jueces de tutela y señaló varias de ellas que, por analogía, resultarían aplicables a la particular situación en que ese tribunal se encuentra, respecto del asunto de autos. Así mismo, señaló que las circunstancias materia de consulta, esto es, "...los hechos, pretensiones y el problema jurídico que plantea la aludida acción de tutela", son bastante frecuentes y comunes dentro del ejercicio de la especialidad ginecológica, razón por la cual, el impedimento que resultaría del concepto solicitado se proyectaría sobre un importante número de casos, que en el futuro podrían llegar al conocimiento de ese tribunal. Por estas razones, el referido organismo se abstuvo de hacer alguna otra manifestación con respecto al caso planteado.

4.2.2. El 3 de junio de 2016 se recibió respuesta de la Clínica Magdalena de Bogotá, en cuyas instalaciones se habría realizado el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo IVE de la agenciada.

Después de referirse a los hechos registrados en la demanda de tutela, manifestando no tener información sobre la mayoría de ellos, el Gerente y representante legal de la referida clínica informó que conocieron de este asunto a través de comunicación telefónica que hiciera el Ministro de Salud y Protección Social, Alejandro Gaviria Uribe, quien después de explicar al Gerente responsable las circunstancias del caso, solicitó atender la solicitud de la menor Amalia, que dio origen a esta acción, a lo que la clínica accedió.

Expuso también los detalles relativos a la atención prestada en esa institución a la menor de edad en cuyo beneficio se interpuso esta acción, entre ellos la completa y previa explicación sobre las características del procedimiento a seguir, la firma del consentimiento informado por parte de ésta y de sus acompañantes, su padre y una representante de la Defensoría del Pueblo – Regional Amazonas, y las circunstancias de la intervención y posterior recuperación de la paciente.

4.2.3. El 22 de junio de 2016 se recibió comunicación remitida por el Defensor del Pueblo Regional Amazonas, que en su momento interpuso esta acción de tutela como agente oficioso de la joven interesada, quien atendiendo a lo solicitado, envió informe de una visita recientemente realizada a la vivienda donde reside Amalia, en compañía de otros funcionarios de la misma Defensoría del Pueblo y de la Secretaría de Salud Departamental, para conocer sobre la situación de aquélla con posterioridad al procedimiento de IVE.

Informó que, según conoció durante esta diligencia, la adolescente se encontraba bien de salud, pero que su relación con sus padres se ha deteriorado con posterioridad a este hecho, pues ellos constantemente le recuerdan lo que hizo. En cuanto a su rendimiento académico, informó que al volver de Bogotá se enteró de que el colegio en el que estudiaba le canceló el cupo por su prolongada ausencia, por lo cual fue matriculada en otra institución, en donde a la fecha registra deficientes resultados académicos. Señaló también, que según ella misma informó, en ocasiones tiene momentos de mucha tristeza, cuando piensa en su bebé, cómo sería y cómo lo cuidaría, frente a lo cual no ha tenido acompañamiento ni seguimiento por parte de ninguna institución. Ante estos hechos, el

informe concluye recomendando que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar realice seguimiento y brinde asesoría psicológica no solo a la menor implicada, sino a todos los miembros del núcleo familiar.

4.2.4. Al día siguiente se recibió también una comunicación proveniente de la Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales (nivel nacional), quien reiteró varias de las circunstancias ya informadas por el Defensor Regional, e hizo algunas otras manifestaciones sobre el particular.

A partir de estos hechos, esta representante expresó la preocupación de la Defensoría del Pueblo en relación con la falta de acompañamiento a la situación de la menor de edad después de la práctica del procedimiento IVE, lo que implica incumplimiento a deberes específicos del ICBF, así como con el hecho de que la institución educativa que le quitó su cupo debido a los días de ausencia desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la educación. Finalmente, ante la gravedad de estos hechos, la representante de la Defensoría del Pueblo solicitó a la Sala de Revisión tomar medidas en relación con los mismos.

4.2.5. El 27 de junio siguiente se recibió comunicación remitida por la Oficina Jurídica del municipio de Leticia en la que informa que según se pudo constatar, para esa fecha Amalia no se encontraba afiliada a ninguna EPS, por lo cual, adelantarán las correspondientes gestiones a efectos de procurar su debida afiliación al Plan Obligatorio de Salud.

4.2.6. En la misma fecha, se recibió en la Secretaría General de esta corporación, vía correo electrónico, el informe que, en atención a lo solicitado, envió el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Amazonas.

En relación con el seguimiento realizado al caso de la joven Amalia informó que el 18 de noviembre de 2015 varios representantes de esa entidad, junto con la Defensora de Familia se desplazaron al aeropuerto de Leticia, en momentos en que la menor, su padre y una representante de la Defensoría del Pueblo, se disponían a viajar a Bogotá y sostuvieron una conversación con ellos, evidenciando que la menor de edad demostraba desconocer las consecuencias de la operación a que se sometería, y por consiguiente, dudas sobre tal decisión, ante lo cual el referido equipo procuró ayudarla a desistir de tal posibilidad. Relataron también la actividad desarrollada con anterioridad, desde que se supo del estado

de embarazo de la agenciada, y lo que en ese momento recomendó el ICBF. Finalmente informaron de la visita realizada a la residencia de la joven en febrero de 2016, cuando se verificó su estado nutricional y psicológico, así como las relaciones en el interior de la familia, y en razón a los avances observados, se decidió cerrar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos (PARD), abierto al momento de conocerse su estado de embarazo.

También informaron detalladamente sobre el protocolo seguido en relación con el caso, desde el momento de esa primera noticia, así como sobre las demás acciones realizadas y sobre el actual estado de salud y bienestar de Amalia, y adjuntaron copia de los documentos de soporte, entre ellos, los autos de apertura, evaluación y cierre del PARD, el más reciente informe psicosocial de la familia, el informe nutricional, e informe psicológico base de la evaluación jurídica realizada.

4.2.7. El día 5 de julio de 2016 se recibió comunicación suscrita por la Secretaria de Educación del departamento del Amazonas, encargada de las funciones de la Secretaría de Salud de esa misma entidad territorial, en la que relató, con detalle, la actuación cumplida por esta última dependencia en relación con este caso.

Informó que esa Oficina fue la primera en enterarse, a través de un funcionario suyo, de la existencia de una menor de edad embarazada, residente en un área rural del municipio de Leticia, y de su intención de no proseguir con la gestación, ante lo cual la joven fue referida a la Fundación Clínica Leticia, y más adelante se involucraron el Bienestar Familiar y Caprecom, que es la EPS a la que ella se encontraba afiliada.

Posteriormente, informó de la actuación desarrollada por la Defensoría del Pueblo, incluyendo la presentación de esta acción de tutela, y el posterior traslado de la joven a Bogotá, para la realización de ese procedimiento, lo que finalmente tuvo lugar en la Clínica Magdalena de esta ciudad.

De otra parte, informó sobre la situación de deficiencia y falta de disponibilidad de los servicios relacionados con la IVE por parte de las instituciones y autoridades departamentales, que se evidencia de lo sucedido en este caso, así como sobre los talleres de sensibilización y capacitación, y demás acciones adelantadas por esa dependencia, para procurar que, a futuro, pueda existir una mejor respuesta institucional en la localidad, en

caso de presentarse este tipo de solicitudes.

4.3. Mediante auto de 21 de septiembre de 2016, y previo informe presentado al efecto por el Magistrado sustanciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 64 del actual Reglamento Interno de esta corporación, la Sala Cuarta de Revisión decidió mantener la suspensión de términos dentro del presente proceso por el lapso de tres (3) meses más, contados a partir de la notificación de dicha providencia, lo que se cumplió por estado del 26 de septiembre siguiente.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de la Sala Cuarta de Revisión, es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con base en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Solicitud inicial y parcial carencia actual de objeto

Correspondería a la Sala decidir la acción de tutela presentada por el Defensor del Pueblo Regional Amazonas en beneficio de la joven Amalia, para entonces de 14 años de edad, para defender sus derechos fundamentales a la interrupción voluntaria del embarazo, la salud, la integridad física y emocional, la dignidad y el principio del interés superior del menor, en procura de terminar en forma anticipada el estado de embarazo en que ella se encontraba para octubre de 2015, en desarrollo de la causal relacionada con afectación a la salud mental de la madre, conforme a lo previsto en la sentencia C-355 de 2006 de esta corporación.

En su momento, el amparo constitucional fue negado por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia, pese a lo cual, el referido fallo, que no fue impugnado, ordenó una exhaustiva valoración de la menor de edad interesada, a efectos de constatar la eventual ocurrencia de la causal invocada. Más adelante, durante el trámite de revisión, esta Sala fue informada de que el 20 de noviembre de 2015 en la ciudad de Bogotá, se practicó el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, solicitado para la agenciada. Esta

circunstancia implica entonces que, al menos en principio, en el presente caso habría carencia actual de objeto por hecho superado[2], pues finalmente se obtuvo aquello que constituía el principal propósito de esta acción. Sin embargo, aún estaría pendiente, y resultaría útil resolver sobre una de las pretensiones entonces formuladas, como es la relativa a la atención psicológica a la menor después de la práctica del procedimiento de IVE, precisamente a partir del desarrollo que más adelante tuvieron los hechos. Este aspecto determina, entonces, que el tema de decisión del juez de tutela quede sensiblemente reducido, pues en razón de la situación sobreviniente, sus decisiones no tendrían ya ningún efecto respecto del tema principal, aunque sí, como se dijo, frente a la solicitud de apoyo psicológico posterior.

Empero, en razón a las particulares características de la función de eventual revisión atribuida a la Corte Constitucional respecto de las acciones de tutela, las circunstancias antes anotadas no privan a este tribunal de la posibilidad de pronunciarse en relación con otros aspectos del caso planteado, incluso los que se considerarían ya superados, en cuanto su decisión puede tener un efecto iluminador sobre posteriores casos similares, en los que a partir de ello se pueda evitar la vulneración de los mismos derechos fundamentales que entonces fueron invocados, como también sobre los jueces de tutela que resultaren llamados a resolver tales conflictos.

Ahora bien, aun cuando en realidad la situación de carencia actual de objeto puede acaecer frente a la alegada vulneración de cualquier derecho fundamental, según se observa, durante la última década se ha presentado, de manera recurrente, a propósito de las solicitudes que, como esta, pretendían que se ordenara la interrupción voluntaria de un embarazo, pues por su naturaleza, y en razón a la duración de los procesos de gestación en los seres humanos, comparada con los tiempos promedio de resolución de las acciones de tutela, es frecuente que cuando la Corte se pronuncia sobre un asunto de este tipo, el estado de embarazo que se busca interrumpir haya cesado ya. Ello puede ocurrir, bien porque se hubiere logrado la práctica del procedimiento pretendido (hecho superado), bien porque en ausencia de éste se hubiere producido el nacimiento del infante para entonces en gestación, lo que implica que el derecho reclamado no pudo ser ejercido[3], o incluso por otras razones[4]. Sin embargo, con base en consideraciones como las antes anotadas, en la mayoría de esos casos, la Corte ha planteado algunas importantes reflexiones, las que por lo demás, constituyen buena parte de la doctrina de este tribunal sobre el tema en

mención.

Por estas razones, también frente al presente asunto, la Corte encuentra pertinente referirse a las circunstancias del caso concreto, a efectos de determinar si frente a éste la tutela ha debido ser concedida, o si, por el contrario, la misma fue correctamente resuelta por el a quo. Para ello, y como previo y necesario marco de referencia, la Sala hará un breve recuento de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, frente a la cual confrontará las circunstancias particulares de este asunto. También a partir de ello, decidirá sobre el aspecto determinado como pendiente.

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

En mayo de 2006, esta Corte profirió la sentencia C-355, mediante la cual se puso término al juicio de constitucionalidad adelantado sobre varias disposiciones del Código Penal expedido en el año 2000, concretamente los artículos 32-7, 122, 123 (parcial) y 124, relativos a la penalización del aborto, o interrupción voluntaria del embarazo. Entre otras decisiones relevantes, se declaró condicionalmente exequible el artículo 122, precisando que el aborto no podrá ser considerado ni castigado como delito en tres específicas hipótesis, y se declaró inexecutable el 124, que ordenaba la aplicación de una pena atenuada en una de tales hipótesis.

Las demandas decididas a través de esta sentencia señalaron que las referidas normas, mediante las cuales se penalizaba el delito de aborto en todos los casos, constituían una vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres 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 y a la salud, así como un desconocimiento de obligaciones internacionales del Estado relacionadas con los derechos humanos, al establecer una limitación desproporcionada e irrazonable de las garantías y libertades de la mujer gestante.

Al analizar las normas así acusadas, esta corporación determinó que la penalización de esa conducta de manera general y sin precisión de 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 ausencia de valoración del contexto dentro del cual la mujer decide solicitar la interrupción voluntaria del embarazo, implicaría un desconocimiento de los derechos fundamentales de la afectada y la vulneración de su dignidad, lo que la dejaría reducida a ser “un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”.

A partir de esta consideración, este tribunal señaló que existen ciertos escenarios en los que resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación, pues ello supondría la total anulación de sus derechos fundamentales. Ahora bien, aunque la Corte reconoció que la determinación de esos supuestos correspondería, en primer lugar al legislador, señaló también que frente a la ausencia de una regulación legal sobre el tema, sería el juez constitucional el llamado a adoptar las decisiones que resulten necesarias para impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales, de los que es titular la mujer embarazada.

Fue en este contexto, que este tribunal identificó tres situaciones en las cuales el aborto no debe ser considerado como delito, a saber: 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, y, 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.”. Estas tres hipótesis engloban, entonces, todas las circunstancias en las que, según encontró esta Corte, el avance y normal conclusión del embarazo, implican un sacrificio desproporcionado de los derechos fundamentales de la mujer gestante, al punto que, conforme a la Constitución, se justifica la interrupción de aquél, sin consecuencias punitivas para los participantes.

En lo atinente a la primera de estas causales, la referida a la existencia de un riesgo para la vida o la salud de la mujer, dijo esta corporación:

“[...] 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[5] 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 señalado 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 C-355 de 2006 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.”

De otra parte, es cierto que con posteridad a tal decisión de constitucionalidad, ha venido a entenderse que en los tres casos por ella exceptuados, no solo se genera la inaplicación penal aludida, sino que existe un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, pues en todos ellos se trata de situaciones extremas, en las que, como se dijo, resulta desproporcionado exigir la continuidad de la gestación del nasciturus, como en principio debe hacerse. Por ello, es un derecho de la mujer, si ella así lo desea y conscientemente lo decide, solicitar al sistema de salud la realización segura de los

procedimientos necesarios para lograr tal resultado. En los años recientes, los jueces de tutela, e incluso esta corporación, han conocido de varios casos en los que las interesadas debieron acudir al amparo constitucional en procura de hacer efectivo ese correlativo derecho[6].

De manera general, en esos eventos la Corte ha indicado que en las hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo que fueron despenalizadas en la precitada sentencia, y para garantizar el correspondiente derecho, es deber de las autoridades públicas y de los particulares que actúan en esa calidad, entre ellas las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud, remover todas las barreras y los obstáculos que impidan a las mujeres gestantes acceder al servicio de IVE en condiciones de calidad y seguridad.

Así mismo, este tribunal 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, en las tres hipótesis ya referidas, estén disponibles en todo el territorio nacional, al deber de confidencialidad que atañe a los profesionales de la salud y, en general, a todo el personal que intervenga en la atención de tales solicitudes, y al hecho de que ni las mujeres que demanden el procedimiento, ni tampoco quienes atiendan su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso a su lugar de trabajo o a los centros educativos, a los que vinieren asistiendo o en el futuro decidieren asistir, ni 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 aborto previstas en la referida sentencia C-355 de 2006, puedan acceder al servicio de IVE en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad.

En la sentencia C-355 de 2006, este tribunal advirtió que no resultaba necesaria la existencia de una regulación legal o reglamentaria de las hipótesis identificadas como no constitutivas del delito de aborto, para que pudiera darse aplicación a la regla de decisión contenida en esa providencia. Sin embargo, en esa misma decisión se aludió también a la posibilidad de 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”, en todo caso con la prevención de que al hacerlo, ni uno ni otro podría establecer requisitos que terminaran traducándose en cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, o en barreras que impidieran la práctica del aborto, cuando existe derecho a ello por parte de la interesada.

Durante el tiempo transcurrido, y a pesar de que en el Congreso han sido radicados varios proyectos de ley para regular el tema de la interrupción voluntaria del embarazo, ninguno de ellos ha completado su trámite, de tal modo que a la fecha no existe aún ninguna norma legal en relación con este asunto.

Por su parte, el Ejecutivo sí ha expedido algunas reglamentaciones en torno a este tema a distintos niveles, aun cuando ha debido hacerlo en varias oportunidades, en parte por cuanto algunos de esos actos administrativos han perdido su vigencia.

Inicialmente, 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, esta norma fue declarada nula por la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 13 de marzo de 2013 (C. P. María Claudia Rojas Lasso), al considerar que el Gobierno había excedido la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, la cual tiene como supuesto sine qua non la existencia de una ley o decreto ley que requiera ser desarrollada en virtud del reglamento, supuesto que evidentemente se encontraba ausente en el presente caso. Después de esta decisión, el Gobierno no ha proferido ninguna otra norma sobre la materia.

Por la misma época, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió dos reglamentaciones relacionadas con el procedimiento de IVE: La primera fue la resolución 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 la segunda, 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”. No obstante, dado que ambas normas fueron dictadas al amparo del Decreto 4444 de 2006, que como se indicó, fue declarado nulo por el Consejo de Estado, habría de considerarse que ellas han dejado de producir efectos, conforme a lo previsto en el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo vigente.

Más allá de estas regulaciones específicas, también se han incluido algunas referencias al tema en la reglamentación general expedida por ese Ministerio para actualizar periódicamente la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, siendo la normativa vigente al momento de los hechos controvertidos la contenida en la resolución 5521 de 2013, con las modificaciones que en cuanto a su Anexo 1 introdujo la resolución 5926 de 2014. En efecto, en el referido Anexo 1, que contiene el Listado de Medicamentos del Plan de Beneficios en Salud, se incluye el Misoprostol, una de cuyas aplicaciones son los procedimientos para la IVE, mientras que en el Anexo 2, que contiene el Listado de Procedimientos en Salud que hacen parte de ese mismo plan, se contemplan, entre otros, la evacuación por aspiración del útero para terminación del embarazo, y el legrado uterino obstétrico para terminación del embarazo[7].

También la Superintendencia Nacional de Salud, durante los años 2009 y 2011 expidió varias circulares externas con contenidos relacionados con el tema de la IVE, pero tales regulaciones fueron así mismo anuladas, semanas después de la anulación del ya referido Decreto 4444 de 2006, al estar basadas en éste[8]. Por tal razón, poco antes de tal decisión, e invocando como fundamento la jurisprudencia constitucional, el 26 de abril de 2013, la misma Superintendencia expidió la Circular 003, 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”, que, entre otras materias, incluye precisiones sobre las medidas administrativas que deben ser adoptadas por los prestadores de servicios de salud, la objeción de conciencia y el derecho al diagnóstico[9].

En conclusión, no existe aún ninguna regulación legislativa en materia de interrupción voluntaria del embarazo, y entre las normas administrativas que durante estos años se han

expedido, solo se encontraban vigentes para la fecha de los hechos, la Circular 003 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud, y la regulación relativa a la inclusión en el POS de los métodos y medicamentos para practicar el procedimiento de IVE, las que junto con la jurisprudencia de este tribunal sobre la materia, constituyen la normatividad aplicable al tema.

5. Caso concreto

En el presente caso la tutela se presentó contra Caprecom EPS, la Fundación Clínica Leticia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, por la actuación que cada una de esas instituciones habría tenido respecto del caso de la joven Amalia, quien solicitó la interrupción voluntaria de su embarazo, actuación que en criterio del Defensor del Pueblo Regional Amazonas, vulneró los derechos fundamentales de aquélla. Según lo precisado en los puntos anteriores, la Sala analizará brevemente tales conductas a la luz de los criterios resultantes de la jurisprudencia de esta corporación sobre la materia y de las disposiciones administrativas entonces vigentes.

Para la Corte es visible que las entidades accionadas desconocieron en varios sentidos, los derechos fundamentales de la agenciada, por el manejo dado a su solicitud. La principal razón que lleva a la Sala a tal conclusión es el simple hecho de que, aun cuando su caso se encuadraría en una de las causales que de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006 habilitan la procedencia de tal solicitud, ésta no fue atendida en forma positiva, y si bien posteriormente la agenciada obtuvo lo pretendido, por cierto, con adicional demora, a causa de la renuencia de tales entidades, ello fue posible sin ninguna participación suya, e incluso, podría decirse, pese a los obstáculos que, de diferentes formas, todas ellas opusieron.

Por lo demás, y antes de ahondar de manera particular en la actuación que frente al caso tuvo cada una de las entidades accionadas, debe la Sala precisar que, según se aprecia a partir de los documentos y pruebas arrimados al expediente, la solicitud para la práctica de la IVE presentada por la adolescente Amalia era plenamente viable, y por tanto, ha debido ser atendida.

Esta conclusión es clara, por al menos tres motivos, que, sin embargo, en su momento

crearon perplejidad y controversia entre las entidades que conocieron del caso, e incluso en el juez de tutela a quo, a saber: i) por cuanto es razonable concluir que la situación de depresión profunda que ella vivía para el momento de su solicitud se subsumía en la primera de las causales previstas por la antes referida sentencia C-355 de 2006, esto es, el peligro o afectación a la salud de la mujer gestante, incluyendo, según desde entonces se reconoció, su estado de salud mental[10]; ii) porque la decisión de solicitar la IVE en caso de concurrir alguna de tales causales puede ser autónomamente tomada por la mujer embarazada, aun cuando, como en este caso, se tratare de una menor de edad[11], y iii) por cuanto, aunque, sin duda, el procedimiento resulta más traumático, complejo y de mayor riesgo entre más avanzada sea la edad gestacional, no se ha establecido aún una regla específica sobre la fecha más allá de la cual este procedimiento no podría cumplirse, si ello resulta necesario al concurrir una de las mentadas causales, razón por la cual la determinación precisa sobre si aún ello es o no posible, corresponde a los facultativos encargados de la atención del caso[12].

A partir de estas premisas, pasa la Sala a valorar la actuación desplegada por cada una de las entidades accionadas:

En lo atinente a Caprecom EPS, entidad a través de la cual la joven Amalia se encontraba afiliada al sistema de salud al momento de la solicitud, y por lo tanto, principal responsable de procurarle la prestación del servicio o procedimiento requerido, es claro que ésta no cumplió tal misión, pues no solo no hubo en el lugar de residencia una IPS en capacidad y disposición de hacerlo, como sería necesario conforme a la jurisprudencia de este tribunal y la escasa reglamentación vigente, sino que tampoco cumplió su obligación de ubicar y remitir con prontitud a la adolescente interesada a alguna institución, incluso en otra localidad, en la que el referido procedimiento pudiera ser llevado a cabo.

En efecto, aun aceptando que no pudiera haberse atendido directamente la solicitud de la menor de edad agenciada, es visible que la referida EPS tampoco fue suficientemente diligente para canalizarla hacia otra institución que sí pudiera hacerlo. Ello se evidencia en que, habiendo conocido de hechos y circunstancias que, posiblemente, serían encuadrables en la causal de afectación a la salud mental, tal entidad omitió reconocerlo y certificarlo, como, sin duda, era necesario para que la referida causal pudiera respaldar la realización del procedimiento solicitado.

Por el contrario, la EPS se limitó a gestionar, apenas con ocasión de la presentación de esta tutela, una cita para evaluación psiquiátrica de la joven agenciada, que aún para el momento de fallarse esta acción, casi seis semanas después de haber tenido conocimiento de los hechos, aún no había podido concretarse, pese a la trascendencia que tal concepto tendría para viabilizar la atención de su solicitud, circunstancia que, por cierto, fue reprochada por el a quo.

En relación con la Fundación Clínica Leticia, la IPS a la que fue remitida y donde en varias ocasiones fue valorada la menor de edad agenciada, es claro que esta entidad tampoco atendió el caso en los términos en que debía hacerlo, conforme a la normativa y jurisprudencia vigentes. Ello por cuanto, habiendo conocido también el estado de depresión y ansiedad que evidentemente aquejaba a la niña, a causa de su embarazo no planeado, la que en términos clínicos constituiría una afectación a la salud mental, igualmente se abstuvo de reconocerlo y certificarlo, insistiendo en cambio en la necesidad de nuevas y más profundas evaluaciones, que de una parte nunca se realizaron, y de otra, no resultaban aconsejables, en vista del ya avanzado estado en la edad gestacional de la solicitante, al que por cierto, aludió en su respuesta esta entidad accionada, como razón adicional que explicaría la imposibilidad de adelantar el procedimiento de IVE en sus instalaciones.

Finalmente, la referida clínica vulneró también los derechos fundamentales de la joven Amalia por la forma inespecífica y falta de sustento con la que, al dar respuesta a esta acción de tutela, se limitó a informar que “los ginecólogos adscritos a la Fundación son objetores de conciencia”, lo que de plano significó la absoluta negativa de tal clínica para prestar el servicio requerido, así como el total desconocimiento a lo planteado por la jurisprudencia de esta corporación[13], conforme a la cual la objeción de conciencia es un acto personal e individual, que por lo tanto no puede ser alegado por las instituciones sino por cada profesional, y que en todo caso implica para el objetor la obligación de remitir a la interesada a otra institución en la que sí existan profesionales dispuestos a prestar ese servicio.

Por su parte, tampoco el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cumplió adecuadamente sus deberes en relación con el caso planteado, pues si bien es cierto que en tales eventos la obligación principal recae sobre la EPS y las instituciones prestadoras, que son quienes deben garantizar la efectiva atención de la solicitud de IVE, no es menos

cierto que al ICBF le corresponde contribuir a garantizar los derechos de la mujer interesada, y, ciertamente, no obstruir su efectivo ejercicio.

Esta reflexión es relevante por cuanto, aunque resulta válido que, en ejercicio de sus funciones y competencias[14], el ICBF suministre a la mujer que solicita la IVE información y asesoría preventiva y complementaria, de tal modo que pueda valorar, e incluso reconsiderar, su inicial decisión a la luz de todas las alternativas existentes, ello debe hacerse con el máximo de prudencia y cuidado, y en ningún caso puede conducir a que, en cambio, como aparentemente ocurrió en este caso, se intente decididamente oponerse a la decisión de la interesada, quizás aprovechando la aprehensión, e incluso el temor reverencial, que por su estado, condición y circunstancias, y por el conocimiento y experiencia atribuibles a la entidad que le asiste, ella pueda sentir.

A este respecto, la Sala entiende que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la intención de la joven que en esta oportunidad solicitó la práctica de la IVE era suficientemente clara y firme, además de jurídicamente relevante, pese a su condición de menor de edad, e incluso al avanzado estado de edad gestacional que presentaba, razón por la cual resultaban inoportunas las gestiones que el ICBF pretendió adelantar, que según se observa, se orientaron principalmente a disuadirla de su intención[15]. Por estas razones, estima la Sala que la actuación desplegada por el ICBF no contribuyó a la efectiva vigencia de los derechos reclamados en interés de la menor agenciada, en los términos que diversos pronunciamientos de esta Corte lo han señalado.

Por las razones expuestas, concluye la Sala que en este caso, según la jurisprudencia existente al respecto, resultaba procedente la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, promovida en interés de la joven Amalia, la que en consecuencia, debió ser oportunamente atendida por las entidades accionadas, y en su caso, por el juez de tutela, a quien se solicitó la correspondiente protección constitucional.

Ahora bien, es necesario señalar, además, que todas las incidencias que rodearon el desarrollo de este caso desde el momento en que la joven Amalia manifestó su intención de no continuar con su estado de embarazo, particularmente la tardanza en la atención de su solicitud, como resultado de la actuación lenta y omisiva de todas las entidades que conocieron de él en el municipio de Leticia, implicaron que el ejercicio del derecho a la

autonomía reproductiva, ampliamente reconocido por los tratados internacionales aplicables y por la jurisprudencia de este tribunal, tuviera para la interesada un costo desproporcionadamente alto, principalmente en la esfera emocional. Este hecho es visible en varias circunstancias atinentes a su caso, entre ellas, el haber soportado por tiempo inusual e innecesariamente prolongado la depresión y angustia inherentes a su estado, y el impacto de la decisión que se disponía a llevar a cabo, pero también la relacionada con que ese mismo tiempo transcurrido, así como el avanzado estado de su gestación, permitió que más personas de su entorno se enteraran de lo sucedido, y por ello mismo, censuraran aún más su determinación, lo que la llevó a sufrir acciones de rechazo y reprobación, incluso por parte de su propia familia, que además, aún perduraban meses después, todo ello en contravía de la obligación del Estado de garantizar la no discriminación contra las mujeres que se encuentran en las hipótesis en las que la IVE no puede ser penalizada.

Por último, como resultado de las pruebas practicadas por esta Sala de Revisión, y principalmente a partir de los informes enviados por el mismo Defensor Regional del Pueblo que interpuso esta tutela, pudo comprobarse también que, varios meses después de practicada la IVE solicitada por Amalia, ella se encuentra aún en situación de fragilidad emocional y continúa afrontando cuestionamientos de su entorno, a partir de lo cual aparece justificada la solicitud de acompañamiento psicológico posterior, que hiciera su agente oficioso.

6. Decisiones a adoptar

Teniendo en cuenta que, como antes se anotó, con posterioridad a la sentencia única de instancia, se logró la práctica de la IVE solicitada, ya no hay lugar a impartir a las accionadas ninguna orden específica en ese sentido, tal como fuera solicitado en esta demanda de tutela.

Sin embargo, en vista de la difícil situación emocional que aún atraviesa la joven Amalia, como consecuencia de su decisión de interrumpir un embarazo no deseado, la Sala accederá a la solicitud relacionada con una apropiada atención psicológica posterior, encaminada a la completa superación de esta traumática experiencia, servicio que deberá ser prestado, en desarrollo de sus competencias funcionales por el accionado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, salvo que la interesada no desee recibir tal apoyo.

De otra parte, teniendo en cuenta que, según se comprobó, la conducta de tales entidades se apartó de la que conforme a la jurisprudencia constitucional y la norma administrativa vigente debieron haber observado, esta Sala de Revisión las prevendrá para que en el futuro ajusten su comportamiento a tales estándares, cuando quiera que se presenten solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo IVE, que, según lo planteen las interesadas, se enmarquen dentro de las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006.

Finalmente, se enviará copia de esta decisión tanto a la Superintendencia Nacional de Salud, como al Tribunal Nacional de Ética Médica, para que cada una de ellas, dentro del marco de sus competencias, y si lo consideran procedente, investiguen la actuación que en este caso tuvieron las entidades accionadas.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada dentro de este proceso mediante auto de mayo 25 de 2016.

TERCERO.- CONCEDER PARCIALMENTE esta tutela, en lo relacionado con el acompañamiento psicológico posterior a la menor Amalia, que deberá brindar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, salvo en el caso de que la menor no desee contar con ese apoyo.

CUARTO.- PREVENIR a Caprecom EPS y a la Fundación Clínica Leticia, en lo que a cada uno de ellos corresponda, para que en adelante, respondan y tramiten con la celeridad requerida, y conforme a los estándares expuestos en esta decisión, las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se les formulen.

QUINTO.- COMPULSAR copia de la presente decisión, con destino a la Superintendencia

Nacional de Salud y al Tribunal Nacional de Ética Médica, para que cada una de ellas, dentro del marco de sus competencias, y si lo consideran procedente, investigue la actuación que en este caso tuvieron las entidades accionadas y/o los profesionales de la medicina que en este caso intervinieron.

SEXTO.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corte y a la autoridad judicial que conoció de este asunto, limitar el acceso al expediente a las partes del presente proceso y guardar estricta reserva sobre la identidad de la joven Amalia, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a orden judicial.

SÉPTIMO.- ORDENAR a Caprecom EPS, a la Fundación Clínica Leticia, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Tribunal de Ética Médica de Bogotá, al Ministerio de Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Clínica Magdalena, y a las demás entidades que conocieron de este caso y/o presentaron intervenciones ante la Corte Constitucional, guardar estricta reserva sobre la identidad de la joven Amalia.

OCTAVO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

A LA SENTENCIA T-731/16

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-No se debió declarar la carencia parcial de objeto por hecho superado, por cuanto es antitécnica y genera confusión (Salvamento parcial de voto)

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Su configuración no puede estimarse con arreglo a las pretensiones individualmente consideradas sino sobre cada derecho fundamental amenazado (Salvamento parcial de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Implica la contención de toda conducta discriminatoria en razón a la decisión de la embarazada (Salvamento parcial de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-No se agota en la práctica de procedimiento abortivo (Salvamento parcial de voto)

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración (Salvamento parcial de voto)

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-El parámetro general para verificar su ocurrencia debe ser la amenaza sobre los derechos fundamentales (Salvamento parcial de voto)

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Insatisfacción de las pretensiones de la acción de tutela es meramente indicativa de la subsistencia o amenaza a los derechos fundamentales (Salvamento parcial de voto)

CARENCIA PARCIAL DE OBJETO-Solo puede darse si en relación con un derecho ha cesado la amenaza, al tiempo que persiste frente a otro reivindicado en la acción de tutela (Salvamento parcial de voto)

CARENCIA PARCIAL DE OBJETO-Implica concluir simultáneamente que la afectación persiste y ya fue superada (Salvamento parcial de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Orden en sede de tutela sobre atención psicológica constituye parte del núcleo del derecho y no obedece solo a la satisfacción de una pretensión (Salvamento parcial de voto)

CARENCIA PARCIAL DE OBJETO-Reduce el alcance del derecho a la IVE y limita garantías constitucionales de mujeres gestantes incursas en las hipótesis despenalizadas de aborto (Salvamento parcial de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Su amenaza persiste aun con posterioridad a la práctica de interrupción del proceso de gestación cuando existe fragilidad emocional que demanda intervención (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA-Derecho a la IVE se orienta por concepción de sexualidad ligada a la liberalidad y autonomía de la persona (Salvamento parcial de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Implica posibilidad de continuar o frenar proceso de gestación, sin presión, coacción, apremio, manipulación o cualquier intervención inadmisibles (Salvamento parcial de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Confidencialidad, dignidad y garantía de no discriminación en razón de la elección (Salvamento parcial de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Tardanza en la práctica de procedimiento quirúrgico agudiza la condición de vulnerabilidad de quien toma la decisión de interrumpir el embarazo (Salvamento parcial de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Debió establecerse su alcance en casos de afección a la salud mental de la madre por demora en la práctica del procedimiento (Salvamento parcial de voto)

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Omisión de fijar un término para efectuar acompañamiento psicológico por parte del ICBF a mujer menor de edad que se sometió a

proceso de IVE aminorar protección efectiva a sus derechos (Salvamento parcial de voto)

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Esfuerzos del ICBF por disuadir a la menor de practicar el procedimiento evidencian amenaza de que su acompañamiento tenga carácter revictimizante (Salvamento parcial de voto)

DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Condiciones temporales para el cumplimiento de órdenes de tutela son garantías para el restablecimiento de derechos fundamentales (Salvamento parcial de voto)

DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Mecanismos en cabeza del accionante para materializar la protección otorgada por el juez constitucional se dificultan si las órdenes no tienen un término (Salvamento parcial de voto)

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Accionante quedó desprovista de mecanismos para buscar el cumplimiento de órdenes de tutela (Salvamento parcial de voto)

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Ausencia de profesionales de la salud que lo practiquen en la región exigía el pronunciamiento de órdenes generales que aseguraran la no repetición de hechos similares (Salvamento parcial de voto)

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Falencias recurrentes en las IVE en la región configuran un trato diferencial constitucionalmente injustificado (Salvamento parcial de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Debe ser garantizado por el Estado con independencia de la zona en la que se encuentre la mujer (Salvamento parcial de voto)

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-No se hizo ningún pronunciamiento sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización de perjuicios (Salvamento parcial de voto)

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-No se abordó de forma suficiente la objeción de conciencia institucional (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente T-5.374.927

Acción de tutela instaurada por Jorge Iván Villamizar López, Defensor del Pueblo – Regional Amazonas contra CAPRECOM EPS, Fundación Clínica Leticia e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF.

Magistrado ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me llevan a salvar parcialmente el voto en la sentencia de la referencia, aprobada el 19 de diciembre de 2016 por la Sala Cuarta de Revisión.

1. La Sentencia T-731 de 2016, fue proferida con ocasión de la solicitud de amparo constitucional elevada por el Defensor del Pueblo Regional del Amazonas, en favor de Amalia, una adolescente que –según dicho funcionario- ve amenazados sus derechos a la IVE, a la salud, a la integridad física y emocional, a la dignidad y su interés superior, en calidad de niña.

Para cuando se interpuso la acción de tutela Amalia tenía 14 años y 8 meses. Residía en una zona rural cercana a Leticia y llevaba 22 semanas de gestación, fruto de una relación sexual consentida con un hombre con el que no tiene vínculo sentimental estable. La niña manifestó reiteradamente su deseo de interrumpir el embarazo, porque no está preparada para ser madre y presentaba depresión profunda, como lo registra su historia clínica. Por tal razón su agente oficioso considera que se estaba en una de las hipótesis en las que la IVE es un derecho fundamental, debido a las consecuencias para la salud mental de la madre

Ante la situación, la Secretaría Departamental de Salud informó que la Fundación Clínica Leticia alega su derecho a la objeción de conciencia institucional, no dispone de personal competente para realizar el procedimiento, y el único médico capacitado en la zona está ubicado en el Hospital San Rafael de Leticia y es objetor de conciencia. Por solicitud del padre de la joven, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) intervino en este caso, pero durante su gestión exhibió en forma permanente el propósito de disuadir a la menor de edad de interrumpir el embarazo.

Todo ello, en el sentir de la accionante, desconoce el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo -IVE- y para resguardarlo acudió al juez de tutela. Para la protección de la menor de edad, buscaba la valoración del estado de salud mental de la niña en Bogotá y que, en un plazo no mayor a 24 horas, se efectuara la IVE con todos los gastos a cargo de CAPRECOM, incluidos aquellos asociados a la recuperación; también reclamó su atención psicológica posterior y solicitó que se ordenara a las autoridades públicas y privadas garantizar el derecho a la IVE, con arreglo a los lineamientos establecidos en la jurisprudencia de la Corte.

2. Mediante sentencia del 11 de noviembre de 2015, el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia, en única instancia, negó el amparo porque no encontró peligro para la salud mental de la niña. Sin embargo, ordenó valorar a la menor de edad para establecer los riesgos que implica el estado de embarazo para su salud mental y física.

Adicionalmente se informó que luego del fallo la niña fue valorada y se determinó que, en efecto, el estado de embarazo ponía en riesgo su salud física y mental, por lo que se practicó la IVE en la ciudad de Bogotá.

4. En la sentencia de la que me aparto la Sala declaró la “parcial carencia actual de objeto”, lo que la llevó a confirmar parcialmente la decisión de instancia y a conceder el amparo para que se preste asistencia psicológica a la menor de edad, si ella quiere recibirla. Además previno a CAPRECOM y a la Fundación Clínica Leticia para que procedan en adelante conforme los estándares señalados en esa providencia.

Según determinó la Sala, la práctica efectiva del procedimiento de interrupción del embarazo “implica entonces que, al menos en principio, en el presente caso habría carencia actual de objeto por hecho superado”, pero en la medida en que aún estaría pendiente por resolver una de las pretensiones de la acción de tutela, señaló que esa carencia era apenas parcial. En esa medida, desde la perspectiva de la posición mayoritaria de la Sala, el objeto del pronunciamiento quedó reducido porque “en razón de la situación sobreviniente, sus decisiones no tendrían ya ningún efecto respecto del tema principal”.

No obstante, se estableció que los efectos del pronunciamiento pueden estar asociados a casos que eventual y posteriormente se presenten. De tal manera recordó las consideraciones de la Sentencia C-355 de 2006 y destacó que actualmente no hay norma

legal o reglamentaria que regule la situación y que para el momento en que sucedieron los hechos solo estaba vigente la Circular 003 de 2013, de la Superintendencia Nacional de Salud.

Respecto al caso concreto, la Sala estimó que las demandadas desconocieron los derechos de Amalia, pues lejos de asegurar los medios para que ella pudiera materializar la IVE –a la que sin duda tenía derecho-, la obstaculizaron y demoraron. La tardanza en el procedimiento repercutió en su esfera emocional y generó la censura por tomar la decisión de frenar el proceso de gestación y llevarla a cabo, lo que justifica la solicitud de acompañamiento psicológico posterior que hizo el agente oficioso de la niña.

Desde esa perspectiva y con el objetivo de la “completa superación de esta traumática experiencia” se ordenó su acompañamiento psicológico al ICBF, siempre que la menor de edad acceda a recibirlo.

5. Comparto el sentido de la decisión, fundada en la necesidad de proteger los derechos fundamentales de la menor de edad agenciada, ante el proceder irreflexivo de las autoridades que conocieron su caso. No obstante lo anterior, creo que la fórmula adoptada en la parte resolutive es inconsecuente con la situación fáctica planteada, es problemática desde el punto de vista metodológico y además opino que la sentencia no dio respuesta a todos los asuntos que se encontraban en debate. Explicaré a continuación los fundamentos de mi posición.

Primero: Inexistencia de carencia actual de objeto, ni siquiera se presentó en modo parcial en este caso.

6. Para la posición mayoritaria de la Sala, la práctica de la IVE en favor de Amalia representa la configuración de un hecho superado. Sin embargo, como quiera que una de las pretensiones de la parte accionante no se encontraba satisfecha (la atención psicológica posterior al procedimiento) y al momento de decidir la menor de edad se encontraba emocionalmente vulnerable, como se constató en sede de revisión, se determinó que aquel hecho superado tuvo lugar en forma parcial.

La sentencia de única instancia que declaró el hecho superado, fue parcialmente confirmada, luego de lo cual se concedió el amparo en aquello relacionado con el

acompañamiento psicológico a Amalia.

En este punto centro mi desacuerdo, básicamente bajo dos argumentos. El primero, de orden formal y técnico, referido a que la configuración de un hecho superado que genera la carencia de objeto y cuya consecuencia es la imposibilidad del juez de tutela de emitir órdenes, no puede estimarse con arreglo a pretensiones individualmente consideradas. Sostengo que es preciso evaluar si persiste o se extinguió la amenaza sobre cada derecho fundamental reivindicado. De modo que el carácter parcial de la carencia de objeto, como fue declarada, es antitécnica y genera confusión.

De otra parte y en segundo lugar, en el caso particular de Amalia, no es posible concluir que el amparo de su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo estaba satisfecho, por la simple práctica del procedimiento abortivo, pues el ejercicio de este derecho sexual y reproductivo implica la contención de cualquier conducta discriminatoria en razón de la decisión de frenar el proceso de gestación y es por eso que en su situación el derecho a la IVE implicaba la atención psicológica posterior a la IVE, con lo que es imposible predicar un hecho superado en cualquier forma.

Sobre el primer argumento. El hecho superado y la carencia parcial de objeto.

7. De tiempo atrás, la Corte Constitucional señaló que el hecho superado es una de las modalidades de la carencia actual de objeto[16]. Ésta última, como género, se caracteriza porque ante la sustracción de la materia de decisión o de los motivos que llevaron a la interposición de la acción, el caso concreto queda excluido del poder impositivo del juez constitucional, que en todo caso es excepcional y residual. En esa medida aunque es posible hacer un pronunciamiento de fondo sobre la materia[17], la facultad de emitir órdenes que puedan contener la amenaza inicial sobre los derechos fundamentales del accionante, en el caso particular, se extingue por razones de hecho.

La intervención del juez de tutela, que se consideraba urgente y determinante para la salvaguarda de intereses constitucionales, deja de serlo por el modo en que evolucionan los hechos; bien porque la amenaza se haya concretado al punto en que el daño se materializó (daño consumado), o porque las circunstancias que dieron lugar a la amenaza cesaron y, con ellas, el riesgo para los derechos fundamentales inicialmente comprometidos (hecho superado). En estos dos eventos, el juez constitucional no tendrá materia sobre la que

pueda concretar una protección y en razón de ello cualquier orden que pueda emitir (i) caería en el vacío[18] y (ii) desbordaría las competencias que le fueron reconocidas por el artículo 86 superior, con apego a la naturaleza de la acción constitucional.

El juez de tutela tiene un ámbito de acción demarcado por un objetivo: el restablecimiento de las garantías constitucionales ius fundamentales. Sin riesgo sobre ellas no tiene ámbito de acción jurisdiccional posible. Entonces, la consecuencia lógica de la carencia de objeto es la inacción judicial, pues sin amenaza actual e inminente sobre los derechos fundamentales por proteger, no hay razón que sustente una orden[19] y cualquiera que sea proferida en estos contextos sería inocua.

8. Esta Corporación precisó que la carencia de objeto, por hecho superado sucede cuando entre la interposición de la acción y la emisión de la decisión cesan las circunstancias que dieron lugar a la solicitud de amparo, de modo que “la amenaza o violación del derecho no existen al momento de proferir el fallo, salvo que los hechos que configuran una u otra persistan y sean actual y ciertamente percibidas por el juez”[20].

El hecho superado se consolida cuando la materia de decisión se sustrae, o lo que en algunas ocasiones es lo mismo, cuando todas las pretensiones fueron satisfechas al punto en que la amenaza sobre los derechos cesó y ésta no reclama intervención judicial (ultra o extra petita).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional la ocurrencia de un hecho superado se asocia principalmente a la desaparición de “los motivos que (...) originaron” la formulación de la acción[21]. Estos motivos son concebidos desde dos puntos de vista distintos pero complementarios. De una parte, hay un enfoque que liga los motivos de la interposición de la acción a los presupuestos fácticos o situaciones de hecho[22] que llevaron al actor a percibir una amenaza para sus derechos y que, al mismo tiempo, constituyen el marco de decisión del juez de tutela; y de otra, la motivación se entiende en función de las pretensiones hechas en el escrito de tutela[23], de modo que cuando “la pretensión instaurada en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, el instrumento constitucional -acción de tutela- pierde eficacia y por tanto, su razón de ser”[24].

Con todo, el parámetro general de la ocurrencia del hecho superado siempre será la

amenaza sobre los derechos fundamentales, de modo que el juez valore si persiste o cesó, según el curso de la situación particular. En ese contexto la insatisfacción de las pretensiones del accionante solo será indicativa de una posible subsistencia de la situación, pero la amenaza no se circunscribe a aquellas; esto -aclaro- sin perjuicio de que las solicitudes contenidas en el escrito de tutela deban ser resueltas en acatamiento del principio de congruencia de las decisiones judiciales.

9. Son escasas las oportunidades en que las diferentes Salas de Revisión de esta Corporación han usado del hecho superado y la carencia de objeto en forma parcial. La perspectiva de la que parte el uso de esta figura -poco usual- es la fragmentación de las pretensiones contenidas en el escrito de tutela, como se verá a continuación.

En la Sentencia T-906 de 2010[25], la Corte conoció una solicitud de reconocimiento pensional. Determinó que aun cuando la accionada ya había proferido resolución en la que se reconocía la pensión reclamada, habría en principio un hecho superado. Sin embargo, dado que el reconocimiento de la pensión no se hizo desde el momento en que el actor solicitaba que se hiciera, sino desde una fecha distinta, aquel hecho superado se consideró parcial. En aquella oportunidad se afirmó que “si bien es cierto que la situación que generó la tutela aparece parcialmente superada, (...) [se le ordenó a la accionada que] se pronuncie, previo examen y verificación del número de semanas cotizadas por el demandante, sobre si le asiste o no el derecho a disfrutar de la pensión de vejez desde el 25 de junio de 2001, fecha para la cual cumplió 60 años de edad, si para entonces contaba con más de 500 semanas de cotización y reunía los restantes requisitos de ley. En tal caso, adicionará la Resolución No. 5151 del 25 de marzo de 2010, en el sentido de reconocer la pensión de vejez a partir de la fecha en que efectivamente el señor Oscar Laureano Moreno Barrios consolidó su derecho, teniendo en cuenta que gozaba del régimen de transición y en él, concurrían los restantes requisitos de ley.”

Tiempo después, la Sentencia T-091 de 2011[26] analizó el caso de una persona que solicitó varios insumos y procedimientos médicos. Debido a que la accionada entregó solo algunos de ellos, esta Corporación consideró que “en los casos en que se satisface parcialmente un derecho fundamental, la Corte conserva la competencia en el caso concreto, ya que la carencia de objeto es parcial y subsiste la presunta violación del derecho fundamental invocado, pues estos últimos se deben proteger en todo su núcleo y esencia, más no de

modo fragmentario y parcial.”

En la Sentencia T-388 de 2012[27], la Corte hizo una declaración semejante a la anterior dado que la parte accionante solicitó servicios e insumos médicos, y en el trámite de la acción solo algunos fueron suministrados por la EPS. Bajo esa misma óptica, se confirmó parcialmente la sentencia revisada, en tanto consideró que operó una carencia actual de objeto parcial, en relación con algunos insumos médicos reclamados. Así, se emitieron órdenes sobre las prestaciones médicas no atendidas hasta el momento de la decisión.

En Sentencia T-549 de 2013[28], la Corte estableció que varios servicios e insumos médicos de aquellos que fueron solicitados fueron entregados, por lo que “en relación con dicha petición se declarará la carencia actual de objeto por hecho superado, y se confirmarán las decisiones de instancia. Ahora bien, la Sala se refería (sic.) de fondo al acceso a los servicios pañales desechables y la asistencia de una enfermera domiciliaria”, servicios no satisfechos por la accionada.

Finalmente, la Sentencia T-557 de 2016[29] consideró que “frente a algunos de los servicios médicos solicitados en la acción de tutela, los mismos no fueron proporcionados de manera integral, oportuna, continua y eficiente”. Por ende, declaró “parcialmente la carencia actual de objeto por hecho superado, en relación con (...) la omisión de la accionada en suministrar de manera inmediata, preferente y expedita, los siguientes servicios médicos: “(i) electroencefalograma; (ii) consulta de neurología pediátrica; y (iii) las 10 sesiones de terapia de lenguaje”.

Conforme lo expuesto, los casos en los que se declaró la carencia parcial de objeto obedecen a un enfoque que focaliza las pretensiones de la demanda de tutela y las considera individualmente. Lejos de hacer un análisis desde el ejercicio del derecho fundamental comprometido (salud o seguridad social), éste fue fragmentado en tantas partes como pretensiones se identificaron. Al encontrar algunas de las solicitudes puntuales satisfechas, se abstuvieron de hacer pronunciamiento sobre ellas y dieron órdenes sobre las demás, sin considerar que ello mismo implicaba la vigencia de la amenaza sobre el derecho fundamental globalmente considerado.

Al mismo tiempo que las diferentes salas de revisión reconocieron la existencia de una superación parcial de los hechos, emitieron un pronunciamiento por considerar que aquellas

prestaciones no eran suficientes para asegurar el ejercicio del derecho fundamental del que se buscó amparo. Por consiguiente aunque se identificó una carencia parcial de objeto, se decidió y se ordenó en resguardo del derecho a la salud, lo que de por sí desvirtúa que los hechos se hayan superado hasta hacer inocua la intervención judicial.

10. A mí juicio la configuración de un hecho superado y la carencia de objeto no pueden consolidarse parcialmente, con fundamento en un análisis fragmentario, atómico y particular sobre las pretensiones del actor. Una declaratoria semejante solo puede obedecer a que en relación con un derecho haya cesado la amenaza, mientras persista en lo que atañe a otro reivindicado por la misma acción de tutela. La razón es que el estudio que hace el juez de tutela debe responder a la lógica de la superación de una amenaza a los derechos por proteger y no a la mera verificación de satisfacción de pretensiones, que sin perjuicio de las situaciones en que ellas sean suficientes para controlar la amenaza o vulneración del derecho fundamental, no siempre implican el marco de acción o la competencia del juez en sede de tutela.

La amenaza a los derechos fundamentales sobre los que se precisa protección, debe analizarse en relación con cada garantía constitucional como una unidad. Y en ese marco las pretensiones son apenas ilustrativas de la situación, sin que en ellas -señaladas por la persona interesada- se encuentre todo el ámbito de protección, que en todo caso debe ser fijado por el juez de tutela, quien tiene no solo facultades extra sino también ultra petita. Lo anterior -repito- sin desconocer que hay eventos en los cuales para contener la afectación que se ciñe sobre los derechos fundamentales, las pretensiones sean suficientes.

Desde el punto de vista de un análisis sobre la amenaza de los derechos, considerados como una unidad, la declaración de una carencia parcial de objeto, implica concluir simultáneamente que la afectación persiste y ya se superó, dos situaciones tan abiertamente opuestas que se excluyen entre sí.

Por estas razones, considero que es un desacierto haber declarado la carencia parcial de objeto en este caso concreto, pues si la atención psicológica de Amalia se justificaba por el entorno de discriminación generado en su caso, lo cierto es que la orden de atención psicológica no atiende solo a la solución de una pretensión, sino que se constituye en parte

del núcleo del derecho a la IVE, que así aún se encontraba amenazado para cuando se emitió la decisión, sin haber hecho superado respecto a aquel.

Sobre el segundo argumento. El derecho a la IVE y su alcance más allá del procedimiento de la interrupción del proceso de gestación.

11. Con fundamento en lo anterior, sostengo que el hecho de que se haya decretado un hecho superado parcial tiene serias implicaciones que van más allá de las apreciaciones metodológicas que expuse en el apartado anterior. Más allá de ello y por los impactos simbólicos de las decisiones judiciales, reduce el alcance del derecho a la IVE y termina por limitar las garantías constitucionales para las mujeres gestantes que están en las tres hipótesis de despenalización del aborto.

Afirmar que la acción de tutela revela un hecho superado porque se interrumpió el embarazo de Amalia y, sostener que este hecho superado es parcial porque una de las pretensiones fue la atención psicológica de la menor de edad comprometida, oculta que su fragilidad emocional demandaría una intervención adicional de las autoridades públicas, que la causaron. Y ello no porque sea algo adicional, sino porque es parte de su derecho fundamental a la IVE.

12. El caso concreto que se analizó mostraba que el compromiso de los derechos fundamentales de la menor de edad estaba vigente para el momento de la decisión, pues desde el punto de vista del derecho a la IVE como unidad, la amenaza persistía aun cuando se interrumpió efectivamente el embarazo. En las condiciones materiales de Amalia no solo con la práctica de la IVE se extinguía la amenaza y su atención psicológica no solo era procedente en la medida en que el Defensor del Pueblo la solicitó expresamente (por principio de congruencia de la decisión judicial), sino que además, por su complejidad, el derecho a la IVE en los tres casos despenalizados (Sentencia C-355 de 2006[30]), por su complejidad, la incluía.

El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, es de aquellos que se conocen como derechos sexuales y reproductivos. Estos se sustentan en la posibilidad que tiene el ser humano para definir “su sexualidad y su reproducción y otorgan todos aquellos recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación en forma segura”[31]. Se orientan por la autonomía, ligada a la idea de que la sexualidad humana está relacionada no solo con la

procreación[32] sino con la liberalidad de la persona. La sexualidad tiene más de un ámbito de desarrollo y no tiene un fin reproductor inmanente.

En el ordenamiento jurídico colombiano, en el que el aborto está penalizado, este derecho fundamental solo asiste a quienes optan por interrumpir un embarazo y se encuentran en el marco de alguna de las causales de despenalización, esto es cuando (i) la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) existe grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; o (iii) el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. En estos tres eventos la sanción penal se entendió desproporcionada y, por ello, inconstitucional, como bien lo refiere la sentencia de la que me aparto en esta oportunidad.

En esos tres casos la interrupción voluntaria del embarazo se encuentra respaldada por la Constitución y como derecho fundamental implica la posibilidad de optar por continuar el proceso de gestación o frenarlo sin presión, coacción, apremio, manipulación o cualquier intervención inadmisibles, a partir de información suficiente, amplia y adecuada. Lo anterior además conlleva asegurar la prestación de los servicios médicos relacionados, en todo el territorio nacional y en cuantos niveles de complejidad se requiera[33], de tal modo que la opción de interrumpir el embarazo pueda hacerse efectiva sin barreras geográficas o administrativas.

Correlativamente, la Corte Constitucional ha establecido que en consonancia con los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo implica además la confidencialidad, la dignidad y la garantía de no discriminación en razón de la elección[34]. Entonces “ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden 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”[35].

13. En el caso de Amalia el escenario que propiciaron las autoridades públicas y médicas

involucradas, para el momento de tomar la decisión implicaba que ella se viera obligada a enfrentar en forma cotidiana señalamientos provenientes de su esfera social más cercana, como lo es su familia, sin ninguna herramienta para superar las condiciones de vulnerabilidad en la que las autoridades públicas la sometieron con su modo de enfrentar la decisión. Ahora ya que cesó el proceso de gestación, la accionante por su determinación fue sometida a procesos de ruptura en su entorno familiar, sin que las autoridades hicieran algo para remediar esta situación, incluso no es claro que se hayan percatado de ella.

Para mí en escenarios como este en los que las autoridades públicas desatienden sus obligaciones sobre el derecho a la IVE por un tiempo prolongado, mientras el proceso de gestación avanza, hacen visible a la mujer, su situación, su elección y e incluso se puede agudizar la vulnerabilidad inicial en relación con su salud mental, no es posible asumir que el ejercicio al derecho fundamental a la IVE se agota en la práctica del procedimiento de interrupción del proceso de gestación.

Cuanto más tarda el procedimiento, más vulnerable se hace quien opta por interrumpir un embarazo y, sobre ella, tienen más posibilidad de caer los prejuicios de algunos miembros de la sociedad, con cuestionamientos sobre su elección, cuestionamientos que además, desde un plano general, desincentivan la elección de interrumpir un embarazo en las tres causales en la que ello se considera constitucionalmente aceptable.

14. En razón de ello la orden de atención psicológica en favor de la menor de edad comprometida, no tenía que ver con la mera existencia de una pretensión en ese sentido por parte del Defensor, y reducirla a ello no es congruente con la situación planteada. La atención psicológica de Amalia tiene relación directa con el acceso a mecanismos de empoderamiento de la mujer que optó legítimamente por la interrupción del embarazo, como un mecanismo para contener las presiones y las visiones sociales sobre ese hecho, que se hacen más duras y numerosas cuando el proceso de gestación se interrumpe en un estado avanzado, como en el caso de Amalia.

En esa medida, conforme se encontraba planteado en el caso concreto la atención psicológica consentida por la menor de edad, no debe responder a la congruencia de la decisión judicial, sino al resguardo de su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo sin efectos adversos atribuibles a esa elección. Además tiene fundamento en la

contención y seguimiento de la causal que hizo viable la interrupción del embarazo, cual es la afectación de la salud mental de la mujer.

15. Según lo veo, esta era la oportunidad para profundizar en el alcance del derecho a la IVE y definir si en casos como estos, en los que la mujer ha debido mantenerse en su decisión en contra y a pesar de las concepciones que tienen las autoridades públicas y profesionales, se puede reclamar una gestión adicional del Estado en su favor, con el fin de contener el estigma y el reproche social sobre su decisión, a todas luces legítima.

Desde mi perspectiva el caso concreto ameritaba un fuerte pronunciamiento de la Sala, que además pudo definir el alcance del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en casos similares en los que (i) la causal es la afección de la salud mental de la madre y (ii) la demora en la práctica de la IVE expone a la mujer al escarnio público y a procesos de estigmatización social por el ejercicio de sus derechos, como le sucedió a Amalia.

Conforme a los presupuestos fácticos de este caso cabía entonces preguntarse si cuando la interrupción del embarazo se sustenta en la afectación de la salud mental de la madre, el derecho sexual y reproductivo se limita a la práctica del procedimiento abortivo, o por el contrario es preciso hacer un seguimiento psicológico a la mujer hasta que emocionalmente cese su vulnerabilidad. Ello en la medida en que en el caso de Amalia (i) la causal que abrió la posibilidad de optar por continuar o terminar anticipadamente el embarazo fue concretamente el estado de salud mental de la accionante, lo que supone cuando menos un seguimiento del mismo posterior a la IVE; y (ii) la exposición social de la mujer y la visibilidad de su determinación, configuran un escenario adverso para sus intereses, que precisa cuando menos su empoderamiento individual y, para ese efecto, el tratamiento psicológico era una medida necesaria.

En mi criterio estos elementos debieron haberse sometido a discusión y decisión de la Sala, que los pasó por alto y los veló con la configuración de un hecho superado parcial, aun cuando eran centrales en el caso concreto y esa es la primera de las razones que me llevan a apartarme parcialmente de este pronunciamiento.

Segundo: La orden de asistencia psicológica no protege en forma efectiva los derechos de Amalia y no se resolvieron todos los temas en cuestión.

16. Ante las dificultades emocionales por las que atraviesa Amalia, la Sala le ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asumir el acompañamiento psicológico de la menor y no fijó un término para efectuarlo, con lo cual desde mi perspectiva aminoró la protección que pretendió brindarle.

En primer lugar, no queda claro cómo el ICBF puede prestar un acompañamiento psicológico efectivo, cuando de las autoridades públicas intervinientes fue la que por más tiempo y más vehementemente trató de disuadir a la menor de edad afectada de terminar anticipadamente el proceso de gestación.

Desde que el ICBF conoció del caso de Amalia hasta momentos antes de que se produjera la interrupción del embarazo, trató de convencerla de continuar con el proceso de gestación y la entrevistó con cuestionamientos sobre, por ejemplo, si era consciente de las consecuencias de haber sostenido una relación sexual con un hombre al que no había visto más que dos veces. En la medida en que la niña contestó que era consciente, determinó que no estaba mentalmente afectada por la situación.

No me queda claro cómo protege a la niña someterla al acompañamiento psicológico de quienes con más fuerza cuestionaron su decisión, por el contrario considero que hay riesgo de que, en la práctica del mismo, sea revictimizada.

En segundo lugar, debo resaltar que la salvaguarda que se ofrece con el reconocimiento de la afectación de un derecho fundamental y con las medidas que se adoptan en la sentencia para conjurar la situación, son el punto inicial de la búsqueda de su cumplimiento, que “puede y, si es del caso debe, efectuarse aún en contra de la voluntad de quien está llamado a ello, por medios coercitivos”[36]. El ciudadano debe estar dotado de una orden lo suficientemente robusta como para que, en el caso eventual, de la insatisfacción de sus intereses, pueda acudir al juez de primera instancia para que se concrete la protección que le fue reconocida, pues sin que ello pueda ocurrir a pesar de tener un pronunciamiento judicial en su favor, su cumplimiento queda al arbitrio de la entidad accionada y su acceso a la administración de justicia podría ser un acto meramente formal, sin repercusiones materiales contundentes.

A falta de la determinación de las condiciones temporales en las que debe ejecutarse lo ordenado por parte del juez de tutela, se reducen para el accionante los mecanismos que,

en teoría y en términos abstractos, tiene para reclamar la materialización de la protección constitucional otorgada por el juez.

Así cuando en términos generales el accionante a quien se le concede un amparo constitucional tiene los incidentes de cumplimiento y de desacato para perseguir la concreción de las medidas ordenadas en su favor, lo cierto es que en la práctica, sin la fijación de un plazo para el cumplimiento, no podría acceder fácil y efectivamente a ambos y podría emplear con dificultad el incidente de cumplimiento. En consecuencia cuando no hay un término establecido por el juez, el accionante no tiene acceso efectivo a ambos recursos judiciales a pesar de haber acudido a la jurisdicción y tener una orden en su favor. Es más, ni siquiera puede intentar un nuevo pronunciamiento que enmiende la situación sin arriesgarse a verse inmerso en temeridad.

Llamo la atención sobre el hecho de que, entonces, en los términos en los que se profirió, el amparo constitucional a los derechos fundamentales de Amalia resulta meramente simbólico. La accionante quedó desprovista de los mecanismos para buscar el cumplimiento de esta orden, como quiera que las condiciones temporales para su ejecución no fueron precisadas, como a mi modo de ver debieron serlo.

17. Finalmente, sostengo también que la decisión de la que me aparto no integró todos los elementos que estaban en discusión.

En primer lugar, en el proceso de revisión de la acción de tutela de la referencia se pudo establecer que en el sentir de las autoridades regionales, se trata de un problema que trasciende el plano individual y tiene matices regionales. La ausencia de profesionales de la salud que hagan este tipo de procedimientos en el departamento es una realidad que quedó comprobada con las manifestaciones de la autoridad en la materia, la Secretaría de Salud del Amazonas. En esa medida, de cara a la dimensión objetiva del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, debió emitirse un conjunto de órdenes generales que aseguraran la no repetición de hechos similares.

Aquello era necesario, no sólo en la medida en que las autoridades de salud (administrativas y médicas) admitieron la existencia de falencias recurrentes en las interrupciones de embarazos en la región. También era imperioso hacer un pronunciamiento al respecto porque dichas falencias, en la práctica y en su correlación con

la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, engendran un trato diferencial constitucionalmente injustificado, en contra de las mujeres que, aun amparadas por alguna de las causales en las que la IVE es un derecho fundamental, no pueden ejercitarlo por la falta de disponibilidad de los servicios médicos que se requieren para ello, cuando residen en zonas apartadas de la geografía nacional.

La accionante tuvo que luchar para mantener su decisión de abortar en un entorno geográfico y administrativo que le negó los medios clínicos para materializarla. Toda vez que la IVE en su caso (como en el de las mujeres que están en alguna de las causales de la Sentencia C-355 de 2006) es un derecho fundamental, el Estado debió y debe garantizar su ejercicio, en independencia de la zona del territorio nacional en la que se encuentre la mujer. A través de este caso es fácil percibir cómo las barreras geográficas en el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, no han activado mecanismos para superarlas y en algunas territorialidades, por el contrario, generan y consolidan dinámicas de centro-periferia, que se traducen en el acceso desigual a bienes y servicios[37], como lo es en este caso la IVE.

Paradójicamente, las mismas lejanías espaciales que administrativamente han cedido para que el cuerpo de la mujer y las niñas se convierta en un arma de guerra y en objeto de dominación del adversario (político, armado o de cualquier naturaleza), son las mismas que impiden que ellas se empoderen y decidan sobre su cuerpo, ante la falta de servicios médicos de IVE. Ello preocupa aún más en lugares apartados en los que la violación ha sido parte de la dinámica de la guerra. Cuando ello debería haber generado prácticas institucionales de respuesta, entre las que la IVE ocupa un lugar central, por el contrario son los lugares en los que menos garantía hay para su ejercicio. Con ello la mujer queda materialmente desprotegida, según su lugar de residencia y el ejercicio de derechos fundamentales como la IVE aparece meramente accidental y no universal, como es de su naturaleza.

Para la mujer que se encuentra en cualquiera de las causales en las que es viable la terminación anticipada del embarazo, está entre sus facultades el decidir si se convierte, o no, en madre, con arreglo a su fuero interno y no a la disponibilidad de servicios médicos. La prestación de éstos debe ser garantizada por las autoridades públicas en todo el territorio nacional.

Entonces, el lugar de residencia que elijan las mujeres y las diferencias regionales no pueden condicionar la elección de la mujer sobre la maternidad, pues no son razones suficientes para lograr o restringir la práctica de la IVE. Por ende, la garantía de este procedimiento en algunas zonas del país, pone en desventaja a la mujer-rural respecto de las mujeres-urbanas que habitan áreas de fácil acceso a servicios médicos y ello es constitucionalmente inadmisibile.

En segundo lugar, respecto al caso concreto varias organizaciones interesadas en este asunto intervinieron y plantearon sus preocupaciones y sugerencias sobre este asunto. Las mismas se orientaron a la precisión del rol de las autoridades administrativas, médicas y judiciales en la garantía del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, con el objetivo de la establecer claramente sus deberes y limitaciones. Sin embargo, no se hizo ningún pronunciamiento sobre esos temas y no se resolvió si en este caso concreto procedía o no la indemnización de perjuicios, como lo buscaba uno de los intervinientes.

En tercer y último lugar, aun cuando las entidades accionadas se ampararon en una objeción de conciencia institucional, este tema se pasó por alto. No fue abordado más que sucintamente en esta decisión, restando la importancia que jugó en el desenlace de los hechos que tuvo que soportar la niña agenciada. En esas condiciones la pretensión de contener la ocurrencia de hechos semejantes a este cayó en el vacío, pues no haberse pronunciado sobre este aspecto que fue trascendental, descuida el hecho de que la objeción de conciencia institucional, proscrita constitucionalmente, lesiona los derechos de las mujeres que tienen el derecho a la IVE y que se trata de una práctica notoriamente irregular.

18. En conclusión, aunque considero que el sentido protector de la decisión responde razonablemente al caso concreto, tanto desde el plano subjetivo como objetivo del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, estimo que las medidas y declaraciones hechas en esta providencia resultan insuficientes tal y como se dictaron y ello me lleva al disenso parcial.

Por todo lo anotado, me aparto parcialmente de la decisión que en esta oportunidad adoptó la Sala.

Fecha ut supra,

Magistrada

[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, por ejemplo en las sentencias T-988 de 2007, T-946 de 2008, T-959 de 2011, T-532 de 2014 y T-301 de 2016. Por su parte, las órdenes de 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.

[2] Cfr. sobre este tema, entre muchísimos otros, los recientes fallos T-101, T-224, T-266 y T-409, todos de 2015 y T-365 de 2016.

[3] Ver, entre estas, las sentencias T-841 de 2011 (M. P. Humberto A. Sierra Porto) y T-959 de 2011 (M. P. Gabriel E. Mendoza Martelo), T-532 de 2014 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-301 de 2016 (M. P. Alejandro Linares Cantillo

[4] Ver, entre otras, las sentencias T-171 de 2007 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), T-988 de 2007 y T-585 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-636 de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[5] “Ver C-563 de 1995.”

[6] La Corte Constitucional ha analizado y decidido sobre este tipo de situaciones, entre otras, en las sentencias T-171 y T-988 de 2007, T-209 y T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636, T-841 y T-959 de 2011, T-532 de 2014 y T-301 de 2016.

[7] La resolución 5592, expedida el 24 de diciembre de 2015 contiene la más reciente, y actualmente vigente actualización sobre el contenido del POS, y en ella se encuentran igualmente previstos el medicamento y los procedimientos antes indicados.

[8] Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013 (C. P. María Elizabeth García González).

[9] Esta circular fue invocada como norma aplicable al presente caso en la intervención presentada dentro de este proceso por el representante de Profamilia. Sin embargo, desde junio de 2013, esta norma fue también demandada ante el Consejo de Estado, entre otras razones, al cuestionarse la competencia para su expedición, demanda que fue finalmente resuelta mediante sentencia del 13 de octubre de 2016 (C. P. Guillermo Vargas Ayala), por la cual se anularon algunas de las instrucciones impartidas. Pese a este hecho, es claro entonces que para la fecha de los hechos que dieron lugar a esta tutela, tal regulación se encontraba plenamente vigente.

[10] Ver en este sentido, entre otras, las sentencias T-585 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-532 de 2014 (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

[11] Sobre este aspecto, ver entre otras, las sentencias T-209 de 2008 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-841 de 2011 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto)

[12] A este respecto ver también las sentencias T-636 de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), y las recién referidas T-841 de 2011 y T-532 de 2014.

[13] Ver a este respecto, entre otras, las ya citadas sentencias T-209 y T-946, ambas de 2008 y T-388 de 2009.

[15] Como ejemplo de este propósito puede mencionarse la visita que los profesionales del ICBF hicieron a la menor solicitante de la IVE en el aeropuerto de Leticia, en momentos en los que se disponía a viajar a Bogotá para realizar la valoración psiquiátrica ordenada por el juez de tutela, la que además, según informó una de las entidades que intervinieron durante la fase de revisión, se cumplió en presencia de los demás viajeros, y por ello, sin garantizar las estrictas condiciones de confidencialidad que tal diligencia demandaba.

[16] Ver entre otras las sentencias T-535 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero; y T-564 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[17] Decreto 2591 de 1991. Artículo 24. “Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que

dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. // El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

[18] Sentencias T-535 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero. “La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental presuntamente violado o amenazado, lo cual explica la necesidad del pronunciamiento del juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada se dirige ante la autoridad judicial, de modo que si la situación de hecho de la cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiere el juez caería en el vacío. Lo cual implica la desaparición del supuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución y hace improcedente la tutela.”

[19] Ver entre otras las sentencias T-560 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-476 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-564 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-016 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-373 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-498 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-080 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-699 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-550 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía; y T-498 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[20] Sentencia T-515 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[21] Sentencias T-564 de 1993 y T-235 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell; y T-100 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[22] Sentencia T-100 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[23] Sentencia SU-540 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis. “si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales

fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela”.

[24] Sentencia T-467 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[25] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[26] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[27] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[28] M.P. María Victoria Calle Correa.

[29] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[30] MM.PP. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

[31] ARDILA, Mariana. El derecho humano de las mujeres a la anticoncepción. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011. P.22

[32] FOUCAULT, Michael. Historia de la Sexualidad. Volumen I. Siglo XXI Editores. Madrid, 1998. P.126

[33] Sentencia T-388 de 2009 y T-585 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[34] Sentencia T-585 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[35] Sentencia T-388 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[36] Sentencia C-367 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

[37] GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, et al. Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales. Colección Dejusticia, Bogotá, 2011. PP. 211 y ss.