

Sentencia T-959/11

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Sentencia C-355 de 2006, circunstancias específicas y ratio decidendi

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Caso en que se solicitó IVE pero a la accionante se le practicó cesárea de emergencia con el nacimiento del hijo vivo

Referencia: expediente T-2.606.540

Demandante: XXX

Demandado: CAFESALUD ARS y Hospital Universitario de Santander

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las providencias proferidas, dentro de la acción de tutela de la referencia, por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bucaramanga, el doce (12) de enero de dos mil diez (2010) y por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento, de la misma ciudad, el dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010).

I. ANTECEDENTES

Anotación Preliminar

Como medida de protección de la intimidad de la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, la Sala ha decidido no mencionar en la sentencia ningún dato

que conduzca a su identificación.

1. Hechos y pretensiones

El treinta y uno (31) de diciembre de dos mil nueve (2009), XXX impetró acción de tutela en contra de CAFESALUD ARS y del Hospital Universitario de Santander, con base en los siguientes hechos:

1.1. Informa la peticionaria que se encuentra afiliada a CAFESALUD, en el régimen subsidiado, que inició control prenatal con un médico ginecólogo y que desde la primera cita informó acerca de los antecedentes familiares de “mielomeningocele”, a pesar de lo cual no se ordenó la práctica de ecografía ni de exámenes especializados, para saber si el feto presentaba alguna malformación.

1.2. El 13 de agosto de 2009 le fue realizada una ecografía obstétrica de primer nivel, sin que hubiese aparecido malformación alguna.

1.3. El 24 de noviembre de 2009, por su propia iniciativa y con la finalidad de conocer el sexo del feto, un médico particular le practicó una ecografía obstétrica de nivel III, habiéndose detectado que el feto presentaba las siguientes malformaciones: dismorfología por lesión abierta de columna lumbosacra, sin meningocele, asociada ventriculomegalia cerebral y desplazamiento de estructuras hacia la fosa craneal posterior, fuera de lo cual se diagnosticó que existía “asociado pie equino varo izquierdo”.

1.4. El 1º de diciembre, en la UMMFN del Hospital Universitario de Santander, mediante una ecografía de nivel III, se detectó un embarazo de 24 semanas y en el feto cráneo en limón, riñón derecho pielooctasia 3.1. mm, pie equino varo izquierdo, RCIU simétrico y malformación del Archol Chiary Tipo II.

1.5. Señala la peticionaria que, ante ese diagnóstico, le manifestó al médico perinatólogo su decisión de interrumpir el embarazo, por configurarse una de las tres hipótesis en las que fue despenalizado el aborto en Colombia y que el médico remitió su caso a una junta médica de perinatología de la UMMFN del Hospital Universitario de Santander.

1.6. El 2 de diciembre la Unidad de Medicina Materno Fetal y Neonatal del Hospital Universitario de Santander realizó una junta médica perinatal que proporcionó información

científica sobre la malformación de Chiari Tipo II así:

“...involucra la extensión de los tejidos cerebeloso y del tallo cerebral dentro del foramen magno, además el vermis cerebeloso puede estar completo parcialmente o ausente. El tipo II generalmente está acompañado por un mielomeningocele -una forma de espina bífida que se produce cuando el canal espinal y la columna no se cierran antes del nacimiento, causando que la médula espinal y su membrana protectora sobresalgan a través de un orificio parecido a un saco en la espalda, generalmente da como resultado una parálisis parcial o completa del área por debajo del orificio espinal.

A su vez establece que los individuos que tienen malformaciones de Chiari a menudo presentan las siguientes afectaciones: hidrocefalia, lo cual causa defectos mentales o un cráneo deformado o aumentado, ii) espina bífida en la cual se deja una parte de la médula expuesta y da como resultado una parálisis parcial o completa, iii) siringomielia o hidromielia en la cual un quiste tubular lleno de LCR o syrinx se forma dentro del canal central de la médula espinal. La syrinx en crecimiento destruye el centro de la médula espinal, generando dolor, debilidad o rigidez en la espalda, los hombros, los brazos o las piernas. iv) síndrome de la columna anclada. Se produce cuando la médula espinal se une a la columna ósea el cual causa un estiramiento anormal de la médula espinal y puede dar como resultado el daño permanente en los músculos y nervios en la parte inferior del cuerpo y las piernas, (v) curvatura espinal, la cual es muy común en el síndrome de Chiari y genera escoliosis, un doblez de la columna a la izquierda o a la derecha, cifosis -doblez de la columna hacia delante. Sobre el tratamiento de las malformaciones se establece que algunos medicamentos pueden aliviar ciertos síntomas como el dolor. La cirugía es el único tratamiento posible para corregir las perturbaciones funcionales o detener la evolución del daño en el sistema nervioso central. Puede ser necesaria más de una operación para tratar la afección”.

1.7. Aduce la demandante que, no obstante lo anterior, la junta médica recomendó continuar con el embarazo y agrega que con la asesoría del Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional y de la Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres se dio a conocer al personal médico del hospital, el fundamento constitucional de su decisión de no continuar el proceso de gestación ante la situación de riesgo para su vida y su salud. A su vez, adujo la inconstitucionalidad de realizar juntas médicas, pues dilatan el procedimiento y añaden un requisito en el procedimiento de interrupción del embarazo.

1.8. Ante la negativa del Hospital, la auditoría de Cafesalud ordenó la remisión a la Foscalt, con el fin de que se realizara la interrupción voluntaria del embarazo, pero la mencionada institución manifestó que no realizaba el procedimiento y tampoco practicó ecografía ni exámenes para emitir su propio concepto, pues expresaron que seguían las recomendaciones de la junta médica, por tratarse de los médicos más representativos de la región.

1.9. Ante la solicitud de interrumpir voluntariamente el embarazo, CAFESALUD respondió que “A la fecha por parte de su médico tratante no hay solicitud al respecto del procedimiento a realizar para la interrupción voluntaria del embarazo, la cual CAFESALUD EPS-S en el momento que sea solicitada, emitirá la autorización respectiva”.

1.10. El 23 de diciembre, el Hospital Universitario realizó una pequeña reunión que contó con la presencia del director de pediatría, la trabajadora social y el asesor jurídico de la institución, quien manifestó que la decisión de interrumpir el embarazo era contraria a la moral y sugirió la posibilidad de dar en adopción, “ya que según él no existía diferencia entre interrumpir el embarazo y la adopción”.

1.11. El 24 de diciembre, el Hospital Universitario comunicó lo siguiente:

“hemos analizado su solicitud de interrupción del embarazo, y determinamos que no cumple con los requisitos legales por las siguientes razones: i. como primera medida usted alega que existe peligro para su vida o la salud de la madre. Sobre lo anterior manifiesto que el grupo científico de la E.S.E. HUS ha determinado que se realicen procedimientos tendientes a preservar, tanto su salud mental como la física, al definir la realización de ciertos procedimientos. ii) Ahora bien, respecto de la causal segunda, no es cierto que exista grave malformación del feto que haga inviable su vida (...) por lo que dicha interrupción de la vida estaría en la línea de lo que el derecho determina como homicidio agravado”.

1.12. Señala que al momento de presentar la acción de tutela tenía 29 semanas de embarazo y que solicitó al Hospital realizar la cesárea lo antes posible, con el fin de no esperar hasta la semana 37, “tal como lo establece la junta médica, ya que según los médicos las posibilidades de vida del feto son casi nulas”, ante lo cual “la entidad respondió que el procedimiento a seguir sería el establecido por la junta médica, es decir, cesárea en la semana 37”.

1.13. Indica que, como consecuencia de todo lo anterior, padece “una grave crisis emocional y psicológica, sufro de una crisis depresiva, no logro conciliar el sueño y mi salud se ha visto alterada considerablemente; de la misma manera, mi familia ha sido también afectada, pues esta situación ha alterado el orden y la cotidianidad familiar, mi situación económica es difícil pues no tengo empleo y dependo enteramente de mi madre”, lo que “agrava aún más mi estado emocional y de bienestar familiar”.

A continuación la actora se refiere a los “fundamentos de derecho” y al respecto indica que la Corte Constitucional despenalizó el aborto en tres situaciones, mediante sentencia de la cual hace citas y luego alude a los “fundamentos de doctrina”, cuya exposición inicia con una referencia al derecho a la salud y a los factores “que deben ser considerados para la determinación del riesgo o afectación de la salud en su dimensión física” y que lo son de vulnerabilidad, de precipitación y de consolidación.

De la anterior exposición concluye que hay unas categorías operativas para la interrupción del embarazo por riesgo para la salud física de las mujeres, entre las que se cuentan las enfermedades adquiridas o padecidas en la infancia, antes o durante el embarazo, las enfermedades genéticas y las crónicas que afectan, en términos generales la salud, las complicaciones médicas del embarazo que puedan generar enfermedad o agravar una enfermedad preexistente o constituirse en una amenaza para la salud y el bienestar, las enfermedades que no pueden recibir tratamiento adecuado con el embarazo y que, por lo tanto, aumentan el riesgo de afectación de salud de las mujeres, las patologías que podrían desencadenarse con el parto, las enfermedades que implican una mayor vulnerabilidad física mental y social, la afectación de la integridad física por violencia y los efectos físicos sobre la salud de la mujer por malformación fetal.

Con fundamento en lo anterior, la peticionaria solicitó, como medida provisional, ordenar a la Secretaría de Salud de Santander y a CAFESALUD ARS, la práctica inmediata de la interrupción “y los demás tratamientos a que haya lugar”, así como el cubrimiento de la totalidad de los gastos médicos necesarios para la recuperación satisfactoria”.

Finalmente puntualiza que “por la violación del derecho a la integridad personal y dignidad humana” solicita ordenar, de forma inmediata, a CAFESALUD y al Hospital Universitario de Santander “la realización del procedimiento, por encontrarme bajo la causal de riesgo para la

vida o salud de la mujer”, es decir, que “se ordene de forma urgente la interrupción del embarazo que genera un constante daño para mi vida emocional, familiar y social”.

2. Actuación judicial

La demanda de tutela fue repartida al Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga que, el 1º de enero de 2010 la admitió para su estudio, ordenó dar aviso a las partes, enviar copia a la entidad accionada, vincular a la Secretaría de Salud del Departamento de Santander y, en relación con la medida provisional, decidió no concederla “por cuanto la unidad de medicina materno fetal y neonatal del Hospital Universitario de Santander, en junta médica realizada el 2 de diciembre de 2009, visto al folio 19 del plenario y corroborado esto por el dicho de la accionante, ver numeral (7) del libelo de la demanda, señaló que era necesario continuar con el embarazo y que se le programara cesárea para la semana 37, por lo cual entiende este despacho que en este momento la vida de la paciente no corre peligro y, además, teniendo en cuenta que la medida provisional constituye el objetivo principal de la demanda, haciéndose necesario un estudio más a fondo con el fin de poder dilucidar el asunto”.

3. Contestaciones de la parte demandada y de los vinculados a la actuación

3.1. Secretaría de Salud Departamental de Santander

La Secretaría de Salud Departamental de Santander, mediante apoderado, se pronunció sobre los hechos de la solicitud de tutela y al respecto indicó que la demandante está afiliada al régimen subsidiado y, en particular, a la EPS-S CAFESALUD que, de conformidad con las regulaciones pertinentes, es la encargada de brindar la atención requerida, en su integridad.

Después de enunciar las causales que, según la jurisprudencia constitucional, permiten la interrupción del embarazo, afirma que el caso de la actora “en manera alguna puede enmarcarse dentro de las previsiones reseñadas anteriormente” y hace alusión al acta levantada por los médicos del Hospital Universitario de Santander, suscrita por ocho especialistas y de la cual se desprende que no se puede concluir “que la situación de la accionante se pueda enmarcar dentro de uno de los tres casos en los que la Corte Constitucional haya previsto como viable la interrupción voluntaria del embarazo, pues no se

concluyó que la continuación del embarazo constituye peligro para la vida de la accionante, menos aún que no obstante la ANOMALIA DE ARNOLD CHIARI TIPO I, LA VENTRICULOMEGALIA y el PIE EQUINO IZQUIERDO, haga inviable la vida del por nacer, por manera que mal podría a través de una decisión judicial accederse a semejante petición”.

3.2. CAFESALUD EPS-S

El Director Departamental de CAFESALUD EPS-S hace referencia a la junta médica que, a su juicio, se reunió debido “a la ausencia de prueba técnica para determinar que las malformaciones que presentaba el feto lo hacían inviable” e indica que, como resultado de la citada junta, se recomendó el siguiente tratamiento: (i) cariotipo fetal de alta resolución con bandejo G y Fish, (ii) cesárea programada a la semana 37 con neurocirugía para el cierre del defecto en forma simultánea en centro de tercer nivel, (iii) ecografía de tercer nivel de control mensual, (iv) pruebas de TORCH, (v) valoración por genética, (vi) continuar control prenatal por medicina materno fetal de acuerdo a protocolo y (vii) valoración y asesoría por psiquiatría, psicología y trabajo social.

Informó que, con posterioridad, el 18 de diciembre de 2009, “el ginecólogo obstetra Juan Pablo Bermúdez, quien presta sus servicios en Profamilia, asume una posición contraria a la de la Junta y conceptúa que el diagnóstico amerita recomendar la interrupción del embarazo por riesgo para la salud de la madre y malformaciones fetales múltiples”.

Con base en este nuevo criterio “y ante la satisfacción de la exigencia probatoria mínima establecida por la H. Corte Constitucional para el caso, se remitió a la usuaria a la Clínica Saludcoop en donde luego de la respectiva valoración, se programó el procedimiento para el día 08 de enero de 2010, lo que torna el amparo deprecado en improcedente por carencia de objeto”.

Añade que “debido a que la edad gestacional es de 31 semanas, el procedimiento que se va a realizar, más que una interrupción voluntaria del embarazo, es un adelantamiento del parto, por lo que, frente a la posibilidad de que el producto del embarazo sobreviva, se procedió a enterar de la situación al ICBF como autoridad competente.

Sostiene que “como en el caso concreto el supuesto fáctico que se adujo para solicitar la interrupción del embarazo, es la presencia de malformaciones en el feto, de tal magnitud que

convierten el parto en inviable, resultaba necesario contar con el respectivo concepto médico, como lo exige la Corte Constitucional, por lo cual, “ante la ausencia de dicha certificación”, se optó “por convocar a la Junta Médica de Perinatología a cuyo resultado debía acogerse la entidad en su momento, y por ende, debe quedar en claro que no se trató ni mucho menos de una negativa arbitraria o injustificada tendiente a la vulneración de los derechos fundamentales que por esta vía se invocan”.

3.3. Hospital Universitario de Santander

El gerente y representante legal de la ESE Hospital Universitario de Santander contestó la acción de tutela y manifestó que “la solicitud de interrupción del embarazo no cumple con los requisitos legales”, porque, de acuerdo con el dictamen de la junta, no existe peligro para la vida o la salud de la madre y fueron ordenados “procedimientos tendientes a preservar, tanto su salud mental como la física” y en lo referente a la causal segunda, de acuerdo con el mismo concepto, “no es cierto que exista grave malformación del feto que haga inviable su vida” y en apoyo de esta aseveración transcribe apartes del tratamiento que la Junta Médica reunida el 2 de diciembre de 2009 consignó en el acta respectiva.

Para finalizar señala que, “de acuerdo a la norma técnica del Ministerio de Protección Social (Resolución 4905 de 2006) proceden tres formas de interrupción de embarazo (legrado obstétrico, aspiración al vacío y técnica manual eléctrica) y, de acuerdo a lo manifestado por dos especialistas de la E.S.E. H.U.S., solo procede interrupción de embarazo vía cesárea, lo cual va en contravía de lo normado por el Ministerio y del concepto ‘interrupción de embarazo’, ya que de acuerdo con las semanas de gestación que presenta la tutelante, se estaría en presencia de un nacimiento. En derecho ‘nasciturus’, por lo que dicha interrupción de la vida estaría en línea de lo que el derecho determina como homicidio agravado”.

4. Constancia del Oficial Mayor del Juzgado Veintiuno Penal Municipal de Bucaramanga

José Luis Rodríguez Herrera, Oficial Mayor del juzgado al que le fue repartida la demanda de tutela dejó en el expediente constancia fechada el 13 de enero de 2010, en la que manifiesta que se comunicó con el abonado telefónico correspondiente a la demandante, “quien me manifestó que el día 8 de enero de 2010 le realizaron cesárea y que su hijo había nacido vivo”.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES PROFERIDAS

1. Primera instancia

El Juzgado Veintiuno Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bucaramanga, mediante sentencia del doce (12) de enero de dos mil diez (2010), resolvió “declarar improcedente la presente acción constitucional”, por “haberse superado el hecho que originó la misma”.

El fallador de primera instancia precisó que existe constancia en el expediente, “en la cual la actora manifiesta a este despacho que el día 08 de enero de 2009 le realizaron cesárea” y que “su hijo nació vivo, por lo que carecería de objeto el presente amparo”, al encontrarse “superado el hecho que originó la presente acción”.

2. Impugnación

La demandante impugnó el fallo de primera instancia y, con tal finalidad, adujo que en su caso concurrían dos de las situaciones en las que el aborto fue despenalizado e insistió en que “en el fallo de tutela no se tuvo en cuenta la atención integral en salud ni la vulneración de mis derechos fundamentales producto de la espera injustificada en la prestación del servicio y mala atención prestada por los diferentes operadores en salud que conocieron el caso”.

Recuerda que la Sentencia T-209 de 2008 condenó en abstracto a pagar los perjuicios irremediables causados a una menor que solicitó la interrupción del embarazo, por cuanto ni la EPS ni la IPS obraron de conformidad con sus obligaciones y reclama que dicho precedente sea tenido en cuenta, ya que se ajusta a su caso, pues no le prestaron el servicio a tiempo y la demora “generó un daño difícil de reparar”.

Señala que la EPS ordenó la cesárea el 8 de enero de 2010, después de una serie de limitaciones y cuando habían transcurrido “dos meses desde la primera solicitud de interrupción del embarazo, lo cual hizo que médicamente fuera imposible realizar el procedimiento”, por lo que fue sometida “a una cesárea después de días y semanas de espera, en contravía de la normatividad vigente que advierte que debe ser dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Se queja del retardo y de que en el Hospital Universitario de Santander los asesores jurídicos y médicos hubiesen emitido “conceptos éticos y morales más allá de sus funciones”, solicita que “se realice un mayor seguimiento a la atención de mujeres que desean interrumpir el embarazo para que no se vuelvan a presentar más vulneraciones” y señala que el juez de tutela se limitó a ver un resultado, “sin analizar a fondo la vulneración de mis derechos fundamentales”.

Informa que el 23 de diciembre de 2009 se realizó una reunión en el Hospital Universitario de Santander y que el asesor jurídico expresó que la decisión de interrumpir el embarazo iba en contra de la moral y que considerara la posibilidad de dar en adopción. Agrega que el 7 de enero de 2010 acudió a una cita con los auditores médicos de la clínica SALUDCOOP y que en esa reunión se abordaron dos puntos, a saber: que se iba a realizar el procedimiento médico, pero que aún no tenían el médico para tal efecto y que los auditores podían iniciar el trámite de adopción, a lo cual se opuso.

Señala que en horas de la noche se le informó telefónicamente que el procedimiento se iba a realizar el 8 de enero a las nueve de la mañana, día en el cual el médico de turno “dilató durante horas el procedimiento e indicó que según la ley se necesitaba autorización de un juez para realizarlo, al paso que el anesthesiólogo de turno cuestionó la legalidad del trámite y manifestó que necesitaba una carta del auditor médico o verlo personalmente para corroborar la remisión de la EPS.

Igualmente indica que el Director Médico de la Clínica SALUDCOOP se mostró indispuesto con el caso, no daba información veraz, limitó el contacto y las visitas de la abogada y, en horas de la tarde, entregó un consentimiento informado en donde expresaba que autorizaba el procedimiento, pero que debía entregar al niño al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mientras que la trabajadora social de este instituto manifestó que “ella velaba por los derechos de los niños y que un niño malformado era un regalo de dios”, Además sugirió continuar con el embarazo, pues el ICBF “tiene programas de educación para niños con problemas”, pero dejó en claro que “el procedimiento médico no iba ligado al trámite de adopción” y que “por tanto la Clínica debería modificar dicho párrafo”.

Manifiesta que a las 10:45 realizaron el procedimiento “y nació el niño con las complicaciones de salud anunciadas”, no obstante lo cual “personalmente y mi vida familiar

fue afectada por las arbitrariedades, retardo injustificado y requisitos adicionales en la prestación del servicio” e indica que desde el 8 de enero de 2010 a las once de la mañana el niño “se encuentra en la unidad de cuidados intensivos neonatal de la Clínica SaludCoop. Se le realizó cirugía de mielomeningocele” y todavía se está a la espera de la reacción del niño, quien requiere de “de una atención especial y permanente”.

Como fundamentos de derecho se refiere a las hipótesis en las cuales la Corte Constitucional despenalizó el aborto y señala que, “desde el punto de vista constitucional, basta que se reúnan estos requisitos -certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal”, por lo que los servicios deben ser prestados y estar “disponibles en todo el territorio nacional, sin discriminaciones ni dilaciones injustificadas, por parte de las entidades encargadas de su prestación, so pena de ser acreedoras de las sanciones previstas en la ley, las cuales van desde multa hasta el cierre del establecimiento, y sin perjuicio de las responsabilidades individuales pertinentes, bien sean disciplinarias, patrimoniales o, inclusive, penales”.

Se refiere a la celeridad que, según la Resolución 4905 del Ministerio de la Protección Social, debe observarse en estos casos, a la inclusión de la interrupción voluntaria del embarazo en el plan obligatorio de salud de los regímenes subsidiario y contributivo y al derecho que tiene toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, para lo cual retoma argumentos ya expuestos en la solicitud de tutela.

Finalmente, aboga por una interpretación amplia de los derechos y solicita “que se revoque o modifique el fallo de primera instancia por cuanto el juez no ordenó las medidas necesarias e indispensables a los accionados para que la situación que viví no se presente en otras mujeres que soliciten legalmente la interrupción voluntaria del embarazo”. En razón de lo anterior, pide que se ordene a CAFESALUD EPS-S y al Hospital Universitario de Santander “que se adopten las medidas necesarias para no dilatar ni negar la interrupción del embarazo de manera injustificada” y, adicionalmente, que “se adopten las medidas imperiosas para reparar el daño causado”.

3. Segunda instancia

El Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bucaramanga, en

sentencia del dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010), confirmó parcialmente el fallo de primera instancia y lo adicionó “en el sentido de comunicar a la Superintendencia de Salud esta decisión, para que en ejercicio de su competencia, investigue y si es del caso sancione las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso por la ARS CAFESALUD, así como el Hospital Universitario de Santander, entidad pública, por incumplimiento del Decreto 4444 de 2007” e “igualmente para que tomen las determinaciones administrativas necesarias a fin de que se cumpla lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 y en el citado decreto”.

También ordenó “comunicar a la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social esta decisión, para que en ejercicio de su competencia, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso por parte de la ARS CAFESALUD, así como el Hospital Universitario de Santander, entidad pública, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el decreto 4444 de 2007” y, finalmente, dispuso “comunicar al Tribunal Nacional de Etica Medica lo aquí resuelto”.

El juez de segunda instancia se refirió a la Sentencia C-355 de 2006 y, tras enunciar los supuestos en los cuales se permite interrumpir el embarazo, concluyó que “para el caso específico procede la interrupción del embarazo sin que se incurra en delito de aborto, por lo que no le es dable a los profesionales de la salud exigir otro u otros adicionales en cuanto imponen barreras administrativas al acceso al servicio y resultan contrarias a la Constitución”.

Enfatizó el despacho judicial que, partir de la Sentencia C-355 de 2006, “las mujeres están autorizadas para acceder a los servicios legales de salud y solicitar la práctica del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, acreditando encontrarse en alguna de las circunstancias en que dicha práctica no constituye delito”.

A juicio del fallador, esa decisión “debe ser respetada por todas las personas, pero en especial por los profesionales de la salud”, a quienes “no les corresponde, ante una solicitud de interrupción voluntaria de embarazo, exigir autorización o consenso de varios médicos, del marido, padres u otros familiares de la gestante o de jueces o tribunales”, ni “imponer listas de esperan su atención” o abstenerse “de remitir de manera inmediata a la mujer a otro profesional habilitado para realizar el procedimiento cuando se alega objeción de

conciencia”.

Aduce que los profesionales de la salud desconocieron la Resolución 004905 de 2006, proferida por el Ministerio de la Protección Social, “que establece que dicho procedimiento debe realizarse dentro de los cinco días siguientes a la solicitud de la madre gestante que acredita encontrarse dentro de una de las circunstancias no constitutivas de delito” y añade que “tampoco es admisible por parte de clínicas, hospitales, centros de salud que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en la sentencia C-355 de 2006”.

A continuación, hace referencia a la guía técnica para sistemas de salud, aborto sin riesgos, publicada por la OMS en 2003, de conformidad con la cual “cuando un hospital, clínica, o centro de salud ha sido designado como una institución pública que ofrece servicios permitidos por la ley, no se puede poner en peligro la vida o la salud de la mujer negándole esos servicios”.

Con fundamento en lo anterior, el juez de segunda instancia concluyó que en este caso, “tanto las entidades accionadas como los médicos (...) vulneraron los derechos fundamentales” de la actora, por haberse negado, en todas las oportunidades a interrumpir el embarazo.

III. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISION

Mediante Auto del treinta (30) de julio de dos mil diez (2010), la Sala Cuarta de Revisión ordenó oficiar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander, a CAFESARUD ARS y al Hospital Universitario de Santander, a la Superintendencia de Salud, a la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social y al Tribunal Nacional de Etica Médica, a fin de que, en el término de tres (3) días hábiles, suministraran la información solicitada por la Sala e igualmente se dispuso notificar el contenido del auto a la parte demandante. A la información exigida y a las respuestas obtenidas se hará referencia a continuación.

1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander

Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santander, se le solicitó informar “si

ha intervenido en el caso del hijo de la demandante en tutela XXX, en caso afirmativo, cuáles medidas ha adoptado y con qué finalidad” y se le requirió enviar “copia de la documentación que sustente su respuesta”.

Al responder, el Instituto informó que el 8 de enero de 2010 la gerente de la Clínica SaludCoop de Bucaramanga avisó “respecto de la situación presentada con una de las pacientes a quien le fuera programado el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo”, con la finalidad “de prever la posibilidad de que el producto del embarazo nazca vivo, circunstancia que amerita la intervención del Defensor de Familia para adoptar las medidas que se estimaran convenientes a fin de garantizar la protección del recién nacido”.

Indicó que, en virtud de la prevalencia de los derechos de los niños establecidos en el Código de la Infancia y Adolescencia, “se determinó expedir autorización para que se le practicaran los procedimientos necesarios, según concepto médico, que se requieran para salvaguardar el derecho a la vida y salud del recién nacido”.

Manifiesta que encargó a una trabajadora social de ir a la Clínica y dialogar con la demandante y con su familia, diligencia en la cual se constató que la actora “deseaba tener a su hijo, manifestando en todo momento su interés de asumir su cuidado y protección, ya que estaba en condiciones de protegerlo con el apoyo de su familia” y claramente expresó “no estar de acuerdo que su niño, una vez naciera ingresara a la protección del ICBF”.

Añade que “se evidenció molestia en ellas respecto de la atención y mala información suministrada por la Clínica SaludCoop con relación al consentimiento informado”, pues se le manifestó que “el niño iba a ser reportado para adoptabilidad en caso que la familia no asumiera su cuidado” e informa que se le dio orientación, tanto al personal médico como a la familia, “acerca del proceso que se adelantaría por parte de este Centro Zonal, en caso de requerirse, disipando todas las dudas al respecto y logrando un mejor entendimiento en el caso en estudio”.

Expresa que se hizo énfasis en el proceso que adelantaría el ICBF “en caso de que ella o su familia no asumieran el cuidado del niño cuando naciera, y la autorización que el defensor de familia debe hacer para los procedimientos médicos requeridos en caso de renuencia de la progenitora, en aras de garantizar el derecho a la vida y la salud del niño, igualmente del apoyo preventivo que se le podría brindar en cuanto a pautas de crianza, autocuidados,

proyecto de vida, estimulación temprana, vínculos afectivos”.

Finalmente, anota que, “con base en la información allegada por la profesional del área social y atendiendo a que en ese momento se percibieron vínculos afectivos de la progenitora y la abuela materna hacia el bebé por nacer y se observó una actitud colaboradora frente a la salud del niño, razón por la cual se determinó que no se requería la intervención de este Centro Zonal de Protección del ICBF”.

El Instituto allegó un “informe de las acciones adelantadas”, suscrito por Jennifer Arenas Benavides, trabajadora Social del Equipo de Atención al Ciudadano, Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento.

2. CAFESALUD EPS-S y Hospital Universitario de Santander

A CAFESALUD EPS-S se le solicitó informar si después de la cesárea ha brindado “la atención a la accionante XXX y a su hijo y, en caso afirmativo, qué clase de servicios les han prestado y cuál es su situación actual de salud y se le requirió para que enviara copia de la documentación que sustente las respuestas.

En su contestación, inicialmente se refiere a “situaciones expresadas por los profesionales que, luego de varios años de expedida la sentencia C-355 de 2006, han evidenciado para el cumplimiento de los procedimientos por IVE” y pide que se analicen y si es del caso se aclaren “con el único fin de alcanzar un nivel óptimo en la preservación de la vida y la salud tanto de la madre como del menor”.

Al respecto consideran lo siguiente:

“La experiencia en el cumplimiento de la solicitud de Interrupción Voluntaria del Embarazo, formulada por la usuaria XXX, con fundamento en lo previsto a través de la sentencia C-355 de 2006, ha generado desde un primer momento, la inquietud de los profesionales de la salud involucrados en el manejo del caso, y específicamente, de los especialistas en Ginecología y Obstetricia adscritos a la entidad quienes no compartieron el concepto médico aportado con la respectiva petición, al considerar que las malformaciones que presentaba el feto, no resultaban incompatibles con la vida, situación que a la larga quedó en evidencia, en la

medida en que los padecimientos que han aquejado al menor desde su nacimiento, continúan siendo tratados.

“De ahí que el primer interrogante que vale la pena plantear ante esta H. Corte, es cuál sería la alternativa con la que cuenta el profesional de la medicina cuando se le ha encomendado el cumplimiento de una solicitud de Interrupción Voluntaria del Embarazo, con base en el criterio proveniente de un tercero que no se comparte, es decir, cuando lo que se presenta no es una objeción a nivel de conciencia sino de disparidad de concepto médico frente al posible pronóstico del menor (valoración técnico científica)”.

“Por último, se han detectado inconvenientes por la ausencia de criterios que lleven a determinar el grado en que debe verse afectada la salud mental de la madre, para acoger favorablemente la petición, esto teniendo en cuenta que el solo embarazo en sí conlleva un grado de estrés y alteración emocional dependiendo de las circunstancias que rodean el embarazo, que pueden incluso disminuir su capacidad para la toma de decisiones a conciencia”.

A continuación indica que “CAFESALUD EPS-S ha sido especialmente diligente en el acompañamiento en salud que tanto madre como hijo han requerido” y, en sendos cuadros, presentan los servicios prestados al niño y a su señora madre. En líneas generales cabe anotar que, en lo correspondiente al niño, se hace amplia referencia a los servicios prestados entre el 9 de enero y el 20 de agosto de 2010 y, en cuanto hace a la madre, desde el 8 de enero hasta el 11 de agosto de 2010.

En relación con el niño apunta que “presenta antecedentes de postoperatorio de Mielomeningocele mas hidrocefalia sin requerir derivación, se realiza ecocardiograma normal encontrándose actualmente en controles por Nefrología Pediátrica cada dos meses. Actualmente se encuentra en manejo por Plan de Madre Canguro en Fase II en donde se recomienda la vigilancia ante signos de alarma como Hipertensión Endocraneana por Hidrocefalia. A la última valoración realizada el día 20 de agosto se encontró paciente con Hipotonía en miembros inferiores y disminución de miembros inferiores. El paciente de acuerdo al diagnóstico de prematurez ha presentado evolución favorable acorde a su patología de base encontrándose actualmente en tratamiento y manejo ambulatorio”.

Tratándose de la madre anota que “ha concurrido a una consulta médica por Dolor Lumbar

cuya derivación se aparta del evento del nacimiento de su hijo, siendo atendida en la IPS de primer nivel de complejidad ESE Clínica Guane en donde fue atendida a través del servicio de consulta externa por medicina general quien prescribe manejo con antiinflamatorios con mejoría del cuadro clínico de consulta, destacando que actualmente se encuentra inscrita en el programa de Promoción y Prevención para Planificación Familiar. Respecto al proceso de atención del nacimiento de su hijo la usuaria presentó evolución satisfactoria sin presentar complicaciones en área de herida quirúrgica”.

Finalmente, indica que “si lo estima pertinente solicitamos muy comedidamente a su Honorable despacho se sirva OFICIAR a la SOCIEDAD COLOMBIANA DE GINECOBSTETRICIA a fin de que expongan sus diferentes inquietudes y preocupaciones frente al cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006”.

Por su parte, una asesora del Hospital Universitario de Santander manifestó que “revisada la base de datos se evidenció a que la usuaria XXX no le fue realizada la cesárea en nuestra institución ni los controles posparto”.

3. Superintendencia Nacional de Salud

A la Superintendencia Nacional de Salud se le solicitó informar “si, en cumplimiento del fallo de segunda instancia, proferido dentro de la tutela instaurada por XXX ha iniciado investigación en contra de CAFESALUD ARS y del Hospital Universitario de Santander” y, en caso afirmativo, precisar cuál es el estado actual de la investigación y enviar copia de la actuación adelantada.

La Superintendencia Delegada para la Atención en Salud de la Superintendencia Nacional de Salud informó que “se han desarrollado todos los trámites pertinentes para solucionar la situación que dio origen a la reclamación formulada por la Sra. XXX, en la que se denuncian presuntas irregularidades en el proceso de atención en salud brindado por parte de la EPS CAFESALUD y el Hospital Universitario de Santander relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo”.

Señala que solicitó explicaciones a la EPS y que “después de analizar las explicaciones allegadas por la entidad con fecha 9 de junio, se observó que no existieron deficiencias demostradas o negación injustificada al acceso de los servicios de salud por parte de la

misma, y siempre se procuró la prestación de un adecuado proceso de atención en salud; sin embargo, expresó la EPS (tal y como consta en los soportes documentales respectivos) que no fue posible autorizar la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo mientras no mediara orden médica que determinara la incompatibilidad de las malformaciones con la vida misma del que estaba por nacer, ya que de acuerdo a conceptos de junta médica no era procedente el procedimiento debido a que existían otras alternativas de tratamiento para las malformaciones”.

Así mismo, precisa que, con posterioridad, “el Dr. Juan Pablo Bermúdez, médico de Profamilia, asume una posición contraria y, ante la exigencia probatoria mínima establecida por la Corte Constitucional para el caso, se programa la intervención”. Sin embargo, “teniendo en cuenta el tiempo de gestación (31 semanas) no se trataba de una interrupción del embarazo, sino de un adelantamiento de parto que fue realizado el 8 de enero de 2010”.

Manifiesta que en la actualidad, tanto al menor como a la madre se les han garantizado los servicios médicos requeridos y concluye que el despacho no encontró mérito para abrir investigación y concedió a la demandante “la oportunidad de presentar ante estas oficinas las pruebas relevantes y necesarias, que considere deban tenerse en cuenta para seguir con el trámite, antes de proceder al archivo definitivo del expediente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 131 del Código Contencioso Administrativo”.

4. Ministerio de la Protección Social

A la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social se le solicitó informar si, en cumplimiento del fallo de segunda instancia “ha iniciado investigación en contra de Cafesalud Ars y del Hospital Universitario de Santander” y, en caso afirmativo, indicar cuál es el estado actual de la investigación y enviar copia de la investigación adelantada.

Un asesor del grupo de acciones constitucionales informó que el Director General de Salud Pública del Ministerio le manifestó al Juzgado 21 Penal con funciones de control de garantías de Bucaramanga que, de acuerdo con las disposiciones que rigen las funciones del Ministerio, no le es dable “ejercerlas respecto de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) e Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud (IPS), cuya vigilancia se encuentra a cargo de

la Superintendencia Nacional de Salud”.

En apoyo de su afirmación cita y transcribe varios artículos de las leyes 789 de 2002, 715 de 2001 y 1122 de 2007, informa que se corrió traslado a la Superintendencia Nacional de Salud, entidad que informó acerca del inicio de la actuación administrativa preliminar y anexa la comunicación dirigida al Juzgado.

5. Tribunal Nacional de Etica Médica

Al Tribunal Nacional de Etica Médica se le solicitó informar “si, en cumplimiento del fallo de segunda instancia, proferido dentro de la tutela instaurada por XXX, ha iniciado alguna actuación” y, en caso afirmativo, señalar su estado actual y enviar copia de la misma. Su presidente informó que “el Tribunal Nacional de Etica Médica no ha tenido conocimiento de la tutela referida”.

IV. ACTUACIONES CUMPLIDAS ANTE LA CORTE

1. La abogada Paola Andrea Salgado Piedrahita solicitó el reconocimiento de personería para actuar como apoderada de la demandante y, en tal virtud, pidió que, a su costa, se le expidieran copias de todo el expediente, lo cual le fue autorizado una vez reconocida su personería. Con posterioridad allegó un escrito que suscribe junto con la abogada Angela Maria Espinosa Monsalve, a quien también se le reconoció personería para actuar.

En el mencionado escrito se hace un recuento de los hechos y se indica que “de las investigaciones que cursan actualmente se tiene conocimiento de la apertura de las mismas ante las autoridades competentes; asimismo la SJAG amplió su declaración ante el tribunal de ética médica de Santander sobre la situación de salud actual del bebé”.

En relación con la situación actual de la actora y de su hijo manifiestan que la madre “no ha recibido hasta el momento atención psicológica ni psicosocial por parte de la ARS, lo cual vislumbra una sistemática vulneración de derechos, pues su salud mental se ha visto en continuo detrimento debido a la difícil situación de salud en la que se encuentra su hijo, por cuanto en las diferentes terapias diarias que se le realizan al menor, los diagnósticos no son los más favorables, lo que repercute indiscutiblemente en su estado de salud”, a lo que se suma la interrupción del proyecto de vida de la peticionaria, pues desde el nacimiento de su

hijo “su vida gira en torno al cuidado excesivo de éste, lo cual amerita una disposición y disponibilidad total de su tiempo y vida; descuidando la peticionaria su vida, con sus dimensiones social, personal, laboral, social, afectiva entre otras”.

Respecto del menor señalan que “diariamente la peticionaria debe acudir a diferentes terapias y citas médicas, entre las que se encuentran: física, ocupacional, fonoaudiología; controles de neumología, ortopedia, nefrología, fisioterapia, neurocirugía, neurología, entre otras. Agregan que “para obtener las anteriores citas y demás exámenes y controles se han presentado un sinnúmero de barreras y limitaciones” y que “en algunos casos se ha limitado y negado la atención en salud, sin considerar su delicado estado de salud y la necesidad imperiosa de la atención médica”.

A continuación dedican un apartado a “las causas que generaron la violación de los derechos fundamentales” y destacan que, en los términos de la Sentencia C-355 de 2006, “se requiere de la certificación de un médico -cualquiera- en casos de peligro para la vida o la salud de la mujer, y la denuncia del delito ante las autoridades competentes tratándose de casos de violencia sexual”, fuera de lo cual es deber de las autoridades públicas y de los particulares encargados de prestar el servicio de salud remover los obstáculos que impidan acceder a esos servicios, como quiera que, según la sentencia citada, “es inconstitucional la injerencia del Estado, la familia, las instituciones de salud y educación, entre otras, al establecer normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre”.

Afirman que CAFESALUD ARS y el Hospital Universitario de Santander desconocieron los lineamientos establecidos en la sentencia T-388 de 2009, “donde se advierte explícitamente que está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a los establecidos en la referida sentencia C-355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos” y estiman que hubo “falla en el diagnóstico y descalificación del concepto expedido por psicóloga”.

Estiman que en el proceso cumplido se le impusieron cinco barreras a la peticionaria, a saber: i) la realización de juntas médicas, revisión o aprobación por auditores y periodos de espera injustificados, ii) la exigencia de permisos judiciales y otros requisitos formales, iii) las interferencias indebidas en el consentimiento de la mujer tales como la emisión de juicios morales y religiosos, iv) el suministro de información no veraz e incompleta y v) la

descalificación del concepto médico expedido por la psicóloga.

En cuanto a la primera barrera señalan que la Sentencia T-388 de 2009 “indicó que la realización de juntas médicas constituye una práctica administrativa que posterga innecesariamente la prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo” y hacen referencia a la junta médica del 2 de diciembre de 2009, a la junta interdisciplinaria en el Hospital Universitario de Santander del 23 de diciembre de 2009 y a la realizada el 7 de enero de 2010, en la EPS SaludCoop, de modo que las diferentes reuniones llevadas a cabo “durante más de un mes reflejan la inconstitucionalidad y arbitrariedad de su actuar, lo cual trajo como consecuencia un retardo injustificado que vulneró los derechos fundamentales de la peticionaria”.

En lo relativo a la exigencia de permisos judiciales y otros requisitos formales expresan que el médico ginecólogo de turno del Hospital Universitario de Santander, “el día 21 de diciembre solicitó autorización judicial para llevar a cabo el procedimiento, pues según él así lo exigía la sentencia” e igualmente el 8 de enero de 2010 “se presentaron una serie de limitaciones que fueron descritas en el escrito de impugnación de la acción de tutela, tales como la exigencia de autorización judicial, el cuestionamiento de la legalidad del trámite, el no suministro de información veraz y completa, la indicación de que el menor debía ser entregado al ICBF y la solicitud de orden judicial por parte del médico anestesiólogo para realizar la cesárea.

Tratándose de las interferencias indebidas en el consentimiento y de la emisión de juicios morales y religiosos indican que, en la reunión del 23 de diciembre, el asesor jurídico del Hospital Universitario de Santander manifestó que la decisión de interrumpir el embarazo era contraria a la moral y que se debía considerar la posibilidad de dar en adopción, que el día de la cesárea el director de la Clínica de SaludCoop solicitó la intervención del Bienestar Familiar, cuya funcionaria “emitió conceptos religiosos frente a la educación de los niños con discapacidad” y que, después del nacimiento de su hijo, la peticionaria ha sido “víctima de múltiples discriminaciones de parte del personal de las entidades prestadoras de salud, quienes la tildan de ‘abortista’ y de persona no ética”, a más de lo cual los médicos tratantes han negado la prestación de tratamientos e insumos que requiere el menor con urgencia, por cuanto temen inmiscuirse en problemas legales, dado el apoyo legal con que cuenta la peticionaria.

En lo atinente al suministro de información no veraz e incompleta expresan que en la Foscál el médico de turno manifestó que lo único que se podía hacer era remitir a psicología, que el médico de la Clínica SaludCoop no suministró información veraz sobre la realización del procedimiento y limitó las visitas y el contacto familiar y que se dio entrega de un consentimiento informado con cláusulas inconstitucionales, en el que se expresaba que se autorizaba el procedimiento, los riesgos del mismo, pero se debía entregar al menor al ICBF.

Tratándose de la falla en el diagnóstico, con base en citas de jurisprudencia, concluyen que la demandante nunca fue “remitida por parte de la ARS ni de los médicos tratantes a evaluación psicológica para confirmar o descartar el riesgo de la salud mental de la peticionaria, alegado tanto de manera verbal como escrita” y aducen la progresividad de la jurisprudencia en torno a los derechos sexuales y reproductivos y que la ponderación de derechos ha sido realizada por la Corte a favor de los derechos de las mujeres.

En lo relativo a la descalificación del concepto expedido por la psicóloga y el médico no adscrito a la ARS manifiestan que, según la jurisprudencia, en ocasiones un tercero puede emitir concepto científico sobre el caso y que, de conformidad con la sentencia C-388 de 2009 no se pueden elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, ni descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos, a quienes la Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.

Sostienen que a las instituciones demandadas les correspondía cumplir los parámetros constitucionales de atención en salud y, por lo tanto, calificar y desvirtuar de manera científica los soportes allegados, o en su defecto, realizar el procedimiento de manera oportuna”. Además, indican que en varias ocasiones se dio a conocer la crisis emocional que padecía la peticionaria, prueba de lo cual es la orden emitida por el HUS, el 23 de diciembre, en la que se ordena valoración y atención por psiquiatría, psicología y trabajo social, órdenes que nunca se hicieron efectivas.

Señalan que aun cuando se presentó una certificación médica y otra psicológica, expedida por la psicóloga Catalina Valencia, no adscrita a la EPS, en la que se recomendaba la interrupción del embarazo, el personal médico “hizo caso omiso del mismo” y “ni siquiera intentaron contactarse con la profesional en mención para obtener mayor información”.

Añaden que se presentó un nuevo certificado médico suscrito por un ginecólogo de

PROFAMILIA, frente a lo cual los médicos del Hospital Universitario de Santander manifestaron que la orden de un médico ginecólogo no era suficiente, “en tanto ya se habían identificado las enfermedades del feto” y no les interesó profundizar sobre la salud de la peticionaria, pues centraron el peso científico en la salud del feto, luego, en este caso existieron dos conceptos médicos desvirtuados sin soporte alguno.

Consideran que, de acuerdo con la doctrina internacional, “la mujer es la única que puede decidir cuanta afectación, o cuanto riesgo de afectación de la salud está dispuesta a soportar y tiene derecho a la autonomía para tomar decisiones sobre su salud y no puede ser obligada a soportar cargas desproporcionadas cuando solicita la interrupción legal del embarazo. Señalan que la voluntad de la actora no fue tomada en cuenta y que, si bien es cierto CAFESALUD colaboró con ciertos trámites, el Hospital Universitario de Santander “minimizó el interés y voluntad de la peticionaria, desobligándose de sus funciones como entidad prestadora del servicio de salud y así desacatar las disposiciones constitucionales contenidas en la sentencia C-355 de 2006”.

De todo lo anterior deducen que las entidades demandadas “impusieron de manera arbitraria e injusta barreras en la prestación del servicio de salud”, que “dieron como resultado la falla en el diagnóstico referente a la salud mental de la mujer en gestación”, a consecuencia de lo cual se vulneró el derecho a la atención médica oportuna y adecuada y “no se evitó la agravación del estado de salud de la actora y la consolidación de un riesgo previsto en la certificación médica y en el concepto psicológico”.

Aseveran que la afectación de la salud mental de la peticionaria fue puesta de presente en varias ocasiones y que no ha variado hasta el momento, “toda vez que su preocupación y estabilidad emocional fluctúa con frecuencia, por cuanto en las diferentes terapias diarias que se le realizan al menor, los diagnósticos no son los más favorables”, ya que las diferentes secuelas generadas por las múltiples malformaciones pueden aparecer en el futuro, según los médicos tratantes. Así, se les ha expresado a los padres que, si su hijo camina, lo hará con dificultad y la hidrocefalia ha aumentado.

Hacen amplia referencia al contenido de los derechos a la salud y a la vida e insisten en que la actora manifestó, desde el primer momento, el grave impacto emocional y psicológico que padecía, pese a lo cual los médicos hicieron caso omiso de esa situación y al no atender la

solicitud de interrupción del embarazo violaron su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad, por cuanto la decisión de la mujer no puede ser interferida por nadie y está prohibido obligar a las mujeres a adoptar decisiones sobre su salud reproductiva en contra de su voluntad, lo que implica la vulneración de varios derechos y el sometimiento a un trato cruel, inhumano y degradante.

Aducen que pretender obligar a la peticionaria a entregar su hijo en adopción fue una forma más de causarle sufrimiento, “estigmatizándola y señalándola de no querer ser madre y todo como resultado de no haber comprendido el alcance del derecho a la salud”, con “violación flagrante de las disposiciones constitucionales y legales a las que están sometidas las entidades prestadoras de salud”.

Acto seguido señalan que los criterios expuestos “han sido acogidos por organismos internacionales de protección de derechos humanos como el Comité de Derechos Humanos en un caso contra Perú y por la Corte Europea de Derechos Humanos. Afirman que en el primer caso se concluyó que “la reacción que una mujer experimenta al conocer el diagnóstico de una enfermedad fetal severa es razón suficiente para considerar que la práctica de la interrupción es posible basada solo en la causal de salud mental” e indican que la Corte Constitucional se ha referido a la importancia de la interpretación de los tribunales internacionales, como el europeo que conoció de un caso contra Polonia en el cual se estimó vulnerado “el derecho al debido respeto de la vida privada y la integridad física y moral (...) al no facilitar el aborto terapéutico de la peticionaria, y, en cuanto a las obligaciones positivas del Estado, al no proveer un marco legal amplio que garantizara sus derechos”.

En cuanto a los derechos vulnerados, estiman que las barreras impuestas produjeron “un irrespeto de la dignidad humana” y de su proyecto de vida. En apoyo de su posición citan varias sentencias de la Corte Constitucional y, para concluir, manifiestan que la vulneración de la salud mental y de la dignidad humana de la peticionaria ha sido permanente, por lo cual ha tenido que seguir un tratamiento psicológico con la psicóloga Catalina Valencia, no adscrita a la ARS.

Por último solicitan i) confirmar el fallo de segunda instancia, ii) ordenar que se realicen de manera efectiva por parte del Ministerio de la Protección Social, Superintendencia de Salud y Tribunal de Ética Médica, las investigaciones tendientes a establecer la responsabilidad de

las entidades demandadas y iii) ordenar que se adopten todas las medidas necesarias tendientes a restablecer los derechos vulnerados en el presente caso, tales como provisión de servicios de salud integral para la peticionaria que restablezcan y mejoren su salud en los ámbitos físico, mental y social, la inclusión de la peticionaria en programas o proyectos que aporten el mejoramiento de su calidad de vida y la reconstrucción de su proyecto de vida, la provisión de servicios sanitarios para el hijo de la peticionaria tendientes al mejoramiento de su estado de salud en los ámbitos físico, mental y social y medidas para la reparación integral de la peticionaria.

A su escrito anexaron fotocopia de la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo por malformación del feto que hace inviable su vida y riesgo para la salud de la mujer y, con posterioridad, allegaron un “concepto técnico sobre la causal salud, suscrito por la médica ginecóloga y obstetra Laura Gil, emitido en Bogotá el 6 de septiembre de 2010, en el que se concluye que al momento de ser diagnosticada la malformación fetal “surgieron suficientes elementos físicos mentales y sociales que determinaban un riesgo para la salud” en caso de continuar con el embarazo, “entre otros, la posibilidad de depresión, estrés psicológico crónico, mala salud física y afecciones específicas en su salud social como la pérdida de su autonomía y la profundización de su pobreza”.

Añade que la “certificación de la existencia de ese riesgo habría sido suficiente para prestar el servicio oportunamente, pero esto requería de que su voluntad hubiese sido tomada en cuenta desde el principio y que se hubiese hecho una interpretación correcta del concepto de salud integral con sus tres dimensiones y del concepto de riesgo como una posibilidad a lo largo de su vida como resultado de asumir esta maternidad y no solamente como la concreción de una enfermedad como la depresión, durante el embarazo”.

Puntualiza que la exclusión de la causal salud “se fundamentó en el concepto erróneo de asumir que el riesgo asociado a la continuación del embarazo desaparece cuando se prestan otros cuidados médicos apropiados, que si bien podrían aminorar las secuelas, en ningún momento eliminan la posibilidad de un daño en la salud de esta mujer. Si bien se brindaron tratamientos e intervenciones adecuadas a esta paciente, no se le ofrecieron todas las opciones a las que tenía derecho y de hecho se le negó aquella que mejor protegía sus intereses y por lo tanto su bienestar”.

Finalmente, indica que “este proceso culminó con un acto médico muy diferente al solicitado por XXX, que de hecho precipitó injustificadamente la maternidad en vez de evitarla, con el agravante de que se realizó bajo el pretexto de una IVE y de que empeoró las secuelas sobre la madre y su hijo, ya que agregó las complicaciones de la prematurez a las condiciones de vida ya adversas de ese neonato”.

2. El 11 de octubre de 2010, la abogada Paola Andrea Salgado Piedrahita aportó dos conceptos psicológicos emitidos por la profesional Catalina Valencia el 10 de junio y el 13 de septiembre de 2010, respectivamente.

2.1. En el último de los conceptos se da cuenta de que la actora vive con sus padres, pues su relación de pareja ha terminado, que recibe ayuda de su suegra para la manutención del bebé, que se dedica exclusivamente a las labores de crianza, que con la ayuda de la Fundación Mujer y Futuro inició un curso de belleza y que el proceso del niño es adverso.

En cuanto al tratamiento, informa que la demandante asiste semanalmente a consulta psicológica, para la “reconstrucción de su proyecto de vida, fortalecimiento de la autoestima, manejo de la ansiedad” e indica que su “estado emocional es cambiante”, pues pasa de la tristeza profunda al optimismo, “aunque prevalece la desesperanza” y se encuentra maltratada por la ruptura de su relación y el comportamiento del padre del bebé, quien adquiere compromisos que luego no cumple y reconoce que ingiere bebidas alcohólicas.

2.2. En escrito de junio 10 de 2010 la psicóloga informa sobre la dedicación de la actora a la crianza y atención del menor, según lo ordenado “por alguno de los nueve especialistas que atienden la salud del niño”. Señala que desde el momento en que tuvo conocimiento del estado en que nacería su hijo comenzó a presentar los síntomas propios de un trastorno depresivo y que, no obstante, el cuerpo médico pospuso el aborto hasta que el niño nació vivo, al punto de tener que luchar para que no la obligaran a entregarlo en adopción, pues no lo rechazaba, sino que deseaba no darle una vida de sufrimiento.

Agrega que la demandante se siente “satanizada, engañada y juzgada por el personal de salud” y advierte que su situación no ha mejorado mucho”, ya que vive en una permanente zozobra por la salud de su hijo, no ha sido remitida a psicoterapia, ha perdido su proyecto de vida, deteriorado su autoestima y todo dentro de una “crisis económica que no tiene perspectivas de cambio, dado que ni ella ni su pareja pueden trabajar”.

3. El 1º de octubre de 2010, el magistrado sustanciador, en garantía del derecho al debido proceso, consideró indispensable “poner en conocimiento de los demandados, así como de los profesionales de la medicina pertenecientes al Hospital Universitario de Santander” los escritos presentados ante la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, presentados por las apoderadas de la demandante y, para tal efecto, comisionó al Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga para que les notificara del contenido del expediente, a fin de que, si lo estimaban pertinente intervinieran respecto de los nuevos documentos, para lo cual se les otorgó un término de cinco días hábiles.

3.1. El 25 de octubre de 2010 el Director Departamental del Régimen Subsidiado de Cafesalud EPS envió escrito dirigido a la Secretaria General de la Corte Constitucional, en el que reitera que se prestó un servicio adecuado, como lo reconoció la Superintendencia Nacional de Salud. Además informa que se anexa certificación suscrita por la doctora María Andrea Toro Ludeman, fechada el 3 de septiembre de 2010 y en la que reporta una evolución satisfactoria del estado del menor, “con mejoría de fuerza y tono de miembros inferiores gracias a terapias integrales de neurodesarrollo físico ocupacional y de lenguaje el cual se encuentra recibiendo desde el ingreso al plan canguro”.

De lo anterior deduce que “la condición médica que en la actualidad presenta el menor, se erige en la mejor prueba para controvertir la concurrencia de la causal de interrupción voluntaria del embarazo, por presunta inviabilidad del feto, que fue la que se adujo en su momento con base en la certificación de un médico particular, y que obligó a la EPS a la autorización del procedimiento”. En cuanto a la causal de riesgo para la salud mental y física de la madre, puntualiza que “a pesar del concepto técnico aportado por la apoderada judicial de la accionante, proveniente de la gineco obstetra Dra. Laura Gil, subsiste el interrogante sobre el grado de afectación que se requiere para acoger favorablemente la solicitud de interrupción voluntaria, pues de hecho cualquier embarazo genera un detrimento tanto a nivel mental como físico para la gestante”.

Enfatiza que aceptar el planteamiento de la referida profesional en el sentido de que “si bien el concepto del médico puede dar una idea de la magnitud del riesgo para efectos de sustentación, quien pondera esa magnitud frente a la posibilidad de IVE es la mujer”, equivaldría, prácticamente, a “dar un alcance absoluto a la sentencia de despenalización del aborto”.

Por último señala que la vinculación del ICBF al procedimiento que se llevó a cabo “estaba encaminada a garantizar la preservación de los derechos del recién nacido, situación que se estimó pertinente dar a conocer a la progenitora a través del consentimiento informado, sin que pueda interpretarse que a través de este mecanismo se buscara constreñir su decisión de entregarlo en adopción, simplemente ante la posibilidad latente de que el producto del embarazo fuera viable, se estimó conveniente convocar a la autoridad que por mandato legal debe velar por la protección a los menores”.

Entre los documentos anexos envió copia de una comunicación que el coordinador del área de ginecoobstetricia de Pereira envió al gerente regional del grupo empresarial Saludcoop, en la que alude a la preocupación generada por “los casos recientes de solicitud de interrupción voluntaria del embarazo que se han presentado en nuestra institución, argumentando la causal salud mental, en los cuales las pacientes tienen una edad gestacional avanzada (mayor de 24 semanas) con fetos sanos”, ya que se pretende que, “con solo tener un dictamen médico en el que se certifica que la salud mental de la mujer pone en riesgo su vida, ya es un requisito para terminar el embarazo de un feto sano de edad gestacional avanzada que en muchos casos puede llegar a ser fetos viables pero con serias secuelas para el futuro, lo que agrava la situación”, por lo que pide exponer “la necesidad de establecer un límite de edad gestacional para realizar interrupciones voluntarias del embarazo en fetos sanos”.

3.2. Por su parte, los médicos Carlos Hernán Becerra Mojica, Juan Carlos Otero Pinto, Mónica Andrea Beltrán Avendaño, Orian Fontalvo, Hernando Augusto Salazar Martínez y Alberto Camargo Rivera se dirigieron al Juzgado 21 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga e indicaron, como médicos ginecólogos y obstetras especialistas en medicina materno fetal del Hospital Universitario de Santander, que el equipo médico de la Unidad de Medicina Materno Fetal del hospital se reúne todos los miércoles para llevar a cabo la Junta Perinatal, a la que asisten especialistas médicos de varias disciplinas, para discutir todos los casos de patología fetal y casos de patología materna, sobre todo cuando el diagnóstico etiológico no se puede definir por imágenes.

Destacan que la junta perinatal no es un comité de ética médica y que los conceptos de consenso que se entregan a la paciente y tienen por finalidad facilitar al médico tratante el ofrecimiento de “la atención más adecuada de la gestante y en las pacientes institucionales

para que cada uno de los servicios que intervienen en la atención estén enterados de las indicaciones para el seguimiento de la gestación”.

Puntualiza que en el caso de la demandante la junta hizo un diagnóstico, así como unas recomendaciones y señala que “con estos documentos la paciente debería regresar a la consulta externa de alto riesgo obstétrico de nuestra institución para continuar el manejo de la gestación según recomendaciones hechas acorde con lo referido en la literatura médica”.

4.1. El 17 de noviembre de 2010, la apoderada de la demandante allegó un concepto médico suscrito por el psiquiatra Ignacio Vergara y en él se hace constar que la peticionaria “mostró un estado de ánimo depresivo” y también un estado de resignación y desesperanza por su historia vivida y frente “al proceder de los profesionales de la salud que teóricamente debían atenderla como ser humano que requiere atención médica, psicológica y fundamentalmente afectiva”, lejos de lo cual “la violencia vivida por parte de los profesionales de la salud que, en lugar de generar una relación ética médico-paciente, permanentemente la desinformaron, la desatendieron y encubiertamente la acusaron, se manifiesta en el retraimiento y la dificultad de crear una relación de confianza conmigo”.

Destaca que “los estamentos de protección de la salud del estado en lugar de responder a sus necesidades, tomaron una postura agresiva y descalificadora de la realidad de su conflicto, la importancia del proceso que vivía, de la posibilidad de solucionar el problema” y “mostraron una profunda ignorancia de la complejidad afectiva del conflicto que vive una madre frente a una limitación seria en las posibilidades del desarrollo normal de su hijo”.

Precisa que “también hay violencia en la negación de la información médica” y que “dentro de nuestro machismo, podría ser comprensible, mas no justificable, el que los médicos y funcionarios hombres no comprendieran el deseo de XXX de evitarle a su hijo una vida profundamente desventajada y sintieran que la propuesta de dar en adopción fuera lógica y aceptable para XXX”, a lo que se suman “las difíciles condiciones que la rodearían en la crianza de ese hijo, con desventajas biológicas grandes” y sin haber “recibido apoyo claro y expedito a nivel económico, médico, psicológico y social por parte de los entes del estado”.

Finalmente señala que la demandante padece una “neurosis post-traumática”, un estado nutricional deficiente y que depende de sus familiares de escasos recursos, por lo que es

importante que las instituciones que le negaron la ayuda solicitada atiendan las necesidades de madre e hijo.

4.2. El 17 de diciembre de 2010 la abogada Salgado Piedrahita remitió concepto técnico emitido por el Centro de Estudios de Derecho; Justicia y Sociedad – DeJusticia, suscrito por Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez y Nelson Camilo Sánchez León.

Se refieren en primer lugar al riesgo para la salud mental de la mujer gestante como causal de procedencia de la interrupción involuntaria del embarazo que, a partir de la Sentencia C-355 de 2010, es un derecho de las mujeres que comporta la obligación de las autoridades públicas y de los prestadores de salud de garantizar que las mujeres gestantes, cuya situación encaje en cualquiera de las causales, gocen efectivamente de dicho derecho.

Consideran errada la creencia de que la interrupción del embarazo solo es procedente cuando exista una amenaza de muerte para la mujer, lo cual deja sin contenido el riesgo para la salud, cuya garantía no se reduce a la mera supervivencia biológica y debe comprender las dimensiones físicas y psíquicas necesarias para gozar del máximo nivel posible de bienestar, de donde deducen que “la causal de riesgo para la salud no se puede agotar en aquellos eventos en los que se califique el riesgo para la salud como riesgo extremo o de suma gravedad”, calificaciones que, según su parecer, no están incluidas en la Sentencia C-355 de 2006.

Precisan, además, que para la procedencia de la causal solo se necesita un certificado médico que dé cuenta de la existencia del riesgo y la manifestación de la voluntad de la mujer, para que la decisión sobre la interrupción sea efectivamente de la mujer y no de los profesionales o instituciones de salud. Así, “a los médicos solo les corresponde determinar si el embarazo comporta un peligro para la salud física o mental de la mujer, y no si es procedente la interrupción del embarazo”, pues, si una vez comprobado el riesgo, la mujer opta por la IVE, el procedimiento no puede negársele porque el médico tratante o la institución consideren que existen otras alternativas médicas para conjurar el peligro.

Añaden que la garantía del derecho a la salud de la mujer gestante comprende la obligación de proporcionar la atención necesaria y adecuada a la salud, siendo fundamental el diagnóstico oportuno, así como la obligación de garantizar la interrupción del embarazo, una

vez se certifique por parte del médico la existencia del riesgo para la salud de la mujer embarazada y esta decida optar por tal procedimiento.

En cuanto al caso concreto apuntan que ninguna de las dos obligaciones fue cumplida, lo que condujo a que el embarazo no fuera interrumpido, “pese a que la situación de la mujer encajaba en una de las causales de procedencia de la IVE y a que se cumplieron los requisitos para la práctica de ese procedimiento”.

En lo relativo al diagnóstico indican que el impacto de la noticia sobre la grave condición del feto es suficiente razón de peso para prestar una atención especial a la salud de la mujer gestante, lo que no aconteció pues Cafesalud no prestó la menor atención a la salud mental de la actora, pese a que esta puso de presente la situación ante las entidades encargadas.

Sostienen que hubo tardanza en el diagnóstico y que solo en la semana 24, luego de que la demandante acudió a un médico particular, mediante una ecografía de tercer nivel se detectaron las malformaciones, pues la ecografía de primer nivel practicada a las 12 semanas resultó insuficiente para determinar el estado del feto.

Aluden a la actividad de la entidad y de la Clínica Carlos Ardila Lulle (Foscal) que se tradujeron en trabas administrativas, como que no fue remitida a un especialista, fuera de lo cual la valoración por psiquiatría, psicología y trabajo social, recomendada por la junta médica de 2 de diciembre, nunca se realizó, el debate se centró en las malformaciones del feto y la Clínica se negó a practicar el procedimiento invocando el concepto de la junta médica que únicamente se refirió a la causal de las malformaciones, lo que evidencia la falta de un protocolo médico, la omisión de Cafesalud en el cumplimiento de sus deberes, pues no brindó atención psicológica o psiquiátrica y de la Clínica que no atendió el concepto psicológico y se basó en el criterio de la junta médica.

Aseveran que, según la jurisprudencia, los psicólogos “tienen la entidad para certificar los riesgos que un embarazo comporta para la salud mental de la mujer gestante y agregan que la Clínica FOSCAL descartó la causal de riesgo para la salud, basándose en los procedimientos recomendados por el grupo científico del Hospital Universitario de Santander, lo que le llevó a descartar la voluntad de la mujer, partiendo del infundado supuesto de que se velaría por su salud mental.

Ante lo anterior, estiman que “sería importante que la Corte precisara y resaltara los lineamientos a los cuales deberían someterse las EPS, ARS e IPS para que la causal de peligro para la salud mental de la mujer no termine siendo nugatoria en la práctica”.

4.3. El 25 de enero de 2011 la apoderada de la actora presentó escrito en el cual sostiene que Cafesalud EPS-S no ha cumplido con la protección del derecho a la salud y que la propia entidad reconoce “que el personal médico adscrito tiene inconvenientes en el diagnóstico sobre la afectación de la salud mental de las mujeres en estado de gestación y post parto”, como, en su criterio, se desprende de la lista de servicios prestados, en la que “tan solo consta una valoración” y se aprecia que la atención médica se ha centrado en la salud física del hijo de la peticionaria, quien, desde el embarazo, no ha sido reconocida como sujeto autónomo de derechos y como necesitada de atención integral, en especial por su afectación emocional, verificada por el doctor Luis Ignacio Vergara Carulla y por la sicóloga Catalina Valencia, así como por la doctora Laura Leonor Gil Urbano, que coincide en el diagnóstico sobre la afectación de la salud mental de la peticionaria.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. Presentación del asunto

De conformidad con los antecedentes, el 31 de diciembre de 2009 la actora presentó acción de tutela, con la finalidad de que le fueran protegidos sus derechos a la integridad personal, a la salud y a la dignidad humana, mediante una orden dirigida a CAFESALUD EPS-S y al Hospital Universitario de Santander, para que se le practicara inmediatamente el procedimiento de interrupción del embarazo, por encontrarse “bajo la causal de riesgo para la vida o la salud de la mujer”.

Según expuso en el escrito inicial, el embarazo “genera un constante daño para mi vida

emocional, familiar y social” y “las decisiones adoptadas por el Hospital Universitario van en contra de la Constitución y de los parámetros de la Corte Constitucional en relación con el concepto de salud de la mujer, por tanto solicito de forma urgente poner fin a mi sufrimiento y ordenar la interrupción inmediatamente”.

A la petición de amparo anexó fotocopia de la cédula de ciudadanía, fotocopia del carné de afiliación a salud, fotocopia de ecografías y exámenes que demuestran la malformación del feto, fotocopia de junta médica, fotocopia de solicitudes presentadas a CAFESALUD y al Hospital Universitario de Santander, fotocopias de las respuestas a las solicitudes presentadas a las respectivas instituciones, fotocopia del concepto de la sicóloga de la Fundación Mujer y Futuro y fotocopia del concepto del médico de PROFAMILIA.

La demandante señala que desde el momento en que inició control prenatal con un médico ginecólogo, informó acerca de los antecedentes familiares relativos a la mielomeningocele, pero que no fueron ordenadas ecografías ni exámenes especializados para determinar si el feto presentaba alguna malformación.

Igualmente, indica que el 13 de agosto de 2009 le fue realizada ecografía obstétrica de primer nivel y “no apareció malformación alguna” y que el 24 de noviembre del mismo año un médico particular le practicó una ecografía obstétrica de nivel III y detectó que el feto presentaba “dismorfología por lesión abierta de columna lumbosacra, sin meningocele, asociada a ventriculomegalia cerebral y desplazamiento de estructuras hacia la fosa craneal posterior” y que existía “asociado pie equino varo izquierdo”.

Manifiesta, además, que el 1º de diciembre en el Hospital Universitario de Santander le practicaron una ecografía de nivel III en la que se detectó “embarazo de 24 semanas y en el feto: cráneo en limón, ventriculomegalia 11 mm, cerebelo en forma de banana, mielomeningocele lumbar, riñón derecho pielooctasia 3.1. mm, pie equino varo izquierdo, RCIU simétrico y malformación de Archol Chiary Tipo II”.

Expresa que ante este diagnóstico le manifestó al médico perinatólogo “mi decisión de interrumpir el embarazo por encontrarme en una de las tres hipótesis en las que fue despenalizado el aborto en Colombia” y que el médico remitió su caso a “la Junta Médica de Perinatología de la UMMFN1 del Hospital Universitario de Santander”.

Conforme consta en el acta respectiva, entre las 8:00 y las 9:30 del 2 de diciembre de 2009 se reunió la UMMFN, con la asistencia de los doctores Carlos Hernán Becerra, perinatólogo; Juan Carlos Otero, perinatólogo; Mónica Andrea Beltrán, Md. GO MMF; Hernando Augusto Salazar, perinatólogo, Orian Fontalvo, residente de ginecología III año; Alberto Camargo Rivera, residente de ginecología II año, Natalia Almeida, residente de ginecología I año y la enfermera jefe Luz Elide Becerra.

En el acta se lee que la demandante era “paciente primigestante con embarazo de 26 semanas 3 días, hallazgo ecográfico de dismorfología fetal (ventriculomegalia con mielomeningocele lumbar)”, se consigna “información científica” sobre las malformaciones de Chiari y acerca del tratamiento y, al final, se indica que, “considerándose la revisión de la literatura y el concepto de cada uno de los especialistas”, recomiendan lo siguiente en junta perinatal: cariotipo fetal de alta resolución con bandeado G y FISH, cesárea programada a la semana 37 con neurocirugía para el cierre del defecto en forma simultánea en centro de tercer nivel, ecografía de tercer nivel de control mensual, pruebas de TORCH, valoración por genética, continuar control prenatal por medicina materno fetal de acuerdo a protocolo y valoración, así como accesoria por psiquiatría, psicología y trabajo social.

También aparece en el expediente un escrito fechado el 16 de diciembre de 2009, dirigido a CAFESALUD ARS, mediante el cual la demandante solicita “respetuosamente la interrupción voluntaria del embarazo, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de esta solicitud, por cuanto se presenta malformación del feto y constituye peligro para mi salud, lo cual vulnera mis derechos fundamentales” e igualmente otro, en el mismo sentido, dirigido al Hospital Universitario de Santander y recibido el 17 de diciembre de 2009, como consta en el respectivo sello.

Con fecha 20 de diciembre el Auditor Médico y de Calidad respondió que CAFESALUD EPS-S “es una entidad administradora del régimen subsidiado”, cuya finalidad es “la afiliación y la prestación de servicios de salud” por intermedio de Instituciones Prestadoras de Servicios como el “Hospital Universitario de Santander, con especialistas en ginecoobstetricia y perinatología”, a lo cual agregó que “las atenciones a su embarazo han sido realizadas por especialistas del HUS”, que se había llevado a cabo junta de perinatología el día 02 de diciembre de 2009, que “a la fecha, por parte de su médico tratante no hay solicitud al respecto del procedimiento a realizar para la interrupción voluntaria del embarazo” y que, en

el momento en que fuera solicitada, CAFESALUD EPS-S emitiría “la autorización respectiva”.

Por su parte, el Hospital Universitario de Santander, al contestar en escrito del 23 de diciembre de 2009, firmado por el gerente encargado y el jefe de la oficina asesora jurídica, hizo una referencia a la Sentencia C-355 de 2006 en la cual se despenalizó el aborto en tres circunstancias y, después de enunciarlas, señaló que “en este sentido hemos analizado su solicitud de interrupción del embarazo, y determinamos que no cumple con los requisitos legales por las siguientes razones:

“Como primera medida usted alega que existe peligro para su vida o la salud de la madre. Sobre lo anterior le manifiesto que el grupo científico de la E.S.E. HUS ha determinado que se realicen procedimientos tendientes a preservar, tanto su salud mental como la física, al definir la realización de los siguientes procedimientos:

‘(...) 1. cariotipo fetal de alta resolución con bandeo G y FISH (...).

2. Cesárea programada a la semana 37 con neurocirugía para el cierre del defecto en forma simultánea en el centro de tercer nivel.

3. Ecografía de tercer nivel de control mensual.

4. Prueba de TORCH.

5. Valoración por genética.

6. Continuar control prenatal por medicina materno fetal de acuerdo a protocolo.

7. Valoración y asesoría por psiquiatría, psicología y trabajo social (...).’

“Ahora bien, respecto de la causal segunda, no es cierto que exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico. Al respecto la Junta de Perinatólogos de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER ha conceptuado que el feto una vez nazca debe recibir tratamiento por el cual: (...) las malformaciones que son asintomáticas no interfieren con las actividades cotidianas de la persona. En otros casos los medicamentos pueden aliviar ciertos síntomas como el dolor. La cirugía es el único tratamiento disponible para corregir las perturbaciones funcionales o detener la evolución del

daño en el Sistema Nervioso Central. La mayoría de los pacientes que se somete a cirugía, ven una reducción en sus síntomas, y/o periodos prolongados de estabilidad relativa. Puede ser necesaria más de una operación para tratar la afección. La cirugía de descompresión de la fosa posterior se realiza en pacientes adultos con malformaciones de chiari para crear más espacio para el cerebelo y para aliviar la presión sobre la columna vertebral. La cirugía implica hacer una incisión en la parte posterior de la cabeza y extraer una pequeña porción de la parte inferior del cráneo (y a veces parte de la columna vertebral) para corregir la estructura ósea irregular. El neurocirujano puede usar un procedimiento llamado electrocauterización para achicar las amígdalas cerebelosas. Esta técnica quirúrgica involucra la destrucción de tejido con corrientes eléctricas de alta frecuencia. Un procedimiento relacionado, llamado laminectomía espinal, implica la extracción quirúrgica de parte del techo óseo y arqueado del canal espinal (la lámina) para aumentar el tamaño del canal espinal y aliviar la presión sobre la médula espinal y las raíces nerviosas. El cirujano también puede hacer una incisión en la duramadre (la cubierta del cerebro) para examinar el cerebro y la médula espinal. Puede añadirse tejido adicional a la duramadre para crear más espacio para el flujo del LCR. Los recién nacidos con mielomeningocele pueden necesitar una operación para reposicionar la médula espinal y cerrar el orificio de la espalda. La hidrocefalia puede tratarse con un sistema de derivación que drena el líquido en exceso y alivia la presión dentro de la cabeza. Se conecta un tubo resistente insertado quirúrgicamente en la cabeza a un tubo flexible que se coloca bajo la piel, donde puede drenar el líquido en exceso hacia el tórax o el abdomen para ser absorbido por el cuerpo. Similarmente, los cirujanos pueden abrir la médula espinal e insertar una derivación para drenar una siringomielia o hidromielia. Puede insertarse un pequeño tubo o catéter en la syrinx par mantener un drenaje continuo (...).

“Por lo anterior se concluye que existe viabilidad de la vida del que está por nacer, por lo que la causal por usted invocada no procede.

“Por último le informo que de acuerdo a la norma técnica del Ministerio de Protección Social (Resolución 4905 de 2006) proceden tres formas de interrupción de embarazo (legrado obstétrico, aspiración al vacío y técnica manual eléctrica) y de acuerdo a lo manifestado por dos especialistas de la E.S.E. H.U.S. solo procede interrupción de embarazo vía cesárea, lo cual va en contravía de lo normado por el Ministerio y del concepto ‘interrupción de embarazo’, ya que de acuerdo con las semanas de gestación por usted presentadas,

estaríamos en presencia de un nacimiento. En derecho 'nasciturus', por lo que dicha interrupción de la vida estaría en línea de lo que el derecho determina como homicidio agravado".

La actora también anexa a su solicitud una copia de la certificación calendada el 19 de diciembre de 2009 y suscrita por la psicóloga Catalina Valencia García de la Fundación Mujer y Futuro, en la cual se deja constancia de un embarazo de 27 semanas, "con presencia de Síndrome de Chiary tipo II" y, además, se consigna que se realizó una entrevista clínica, que el motivo de la consulta consistió en "diversas manifestaciones de ansiedad y tensión, como alteraciones en el ritmo del sueño, pesadillas, alteración en los hábitos alimenticios, pensamientos recurrentes de muerte, afectación en los comportamientos sociales, conductas de dependencia, llanto frecuente" y que el concepto profesional fue el siguiente:

"Considerando los antecedentes recogidos en las entrevistas psicológicas con XXX, estimo que para la salud mental y adecuado desarrollo psicológico de la joven es necesario practicar la interrupción voluntaria del embarazo, no solo por las malformaciones del hijo en gestación sino por la afectación de la madre que paulatinamente ha venido perdiendo su capacidad para velar por sí misma, de atender a sus necesidades básicas y tener un desempeño normal de lo cotidiano. Es necesario que la joven reciba apoyo psicoterapéutico orientado a elaborar y superar el estado de depresión y evitar mayores secuelas psicológicas".

Adicionalmente, la demandante adjuntó a su petición copia simple de un concepto fechado el 18 de diciembre de 2009 y firmado por el médico ginecólogo-obstetra, Juan Pablo Bermúdez, que se transcribe a continuación:

"Paciente XXX, identificada con cédula número 1.098.689.802 de Bucaramanga, con 27 semanas de embarazo, con diagnóstico de múltiples malformaciones fetales confirmadas por estudios ecográficos seriados. Diagnóstico que ha afectado su salud y bienestar mental y social.

Habiendo hablado con la paciente y explicado todas las implicaciones de su diagnóstico, recomiendo interrupción de su embarazo, por las causales:

1.- Riesgo para la salud de la mujer y

2.- Malformaciones fetales múltiples”.

Con base en los anteriores fundamentos, así como en las pruebas a las que se ha hecho referencia y en ejercicio de la acción de tutela de los derechos fundamentales, la demandante buscó obtener judicialmente la interrupción del embarazo, en razón de orden que, a su juicio, debía impartirse a CAFESALUD EPS-S y al Hospital Universitario de Santander, mas debido a que la orden pretendida no fue impartida, porque al producirse la sentencia de primera instancia le había sido realizada cesárea en la Clínica SaludCoop y su hijo nació vivo, al impugnar la providencia la actora solicitó como pretensión que “se revoque o modifique el fallo de primera instancia por cuanto el juez no ordenó las medidas necesarias e indispensables a los accionados para que la situación que viví no se presente en otras mujeres que soliciten legalmente la interrupción voluntaria del embarazo” y que, en virtud de lo anterior se ordene a las entidades demandadas adoptar “las medidas necesarias para no dilatar ni negar la interrupción del embarazo de manera injustificada” y que “se adopten las medidas imperiosas para reparar el daño causado”.

El juez de segunda instancia concluyó que, de conformidad con lo decidido en la Sentencia C-355 de 2006, en el caso concreto procedía la interrupción del embarazo y que los profesionales de la salud no podían exigir requisitos adicionales o imponer barreras administrativas, por lo cual ordenó enviar comunicación a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de la Protección Social y al Tribunal Nacional de Etica Médica para que iniciaran las actuaciones e investigaciones del caso.

Ya en sede de revisión en la Corte Constitucional, las apoderadas judiciales de la actora presentaron escrito en el que pidieron confirmar el fallo de segunda instancia, ordenar la realización efectiva por el Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia de Salud y el Tribunal de Etica Médica de las investigaciones orientadas a establecer la responsabilidad de las entidades demandadas y disponer la adopción de las medidas necesarias para restablecer los derechos vulnerados, medidas que, de una parte, tienen que ver con la atención en salud para la peticionaria y para su hijo y, de la otra, con la reparación integral a que tendría derecho la demandante.

3. La solicitud inicial y la carencia actual de objeto

De acuerdo con el recuento que se ha realizado, la decisión del juez de primera instancia que

declaró improcedente la acción por haberse superado el hecho que la originó, debe ser considerada a la luz de de las pruebas recaudadas en esa instancia y de la pretensión esgrimida en la solicitud de tutela que, precisamente, consistía en obtener la interrupción del embarazo.

Algunas de las pruebas allegadas a la actuación tienen que ver con la práctica de una cesárea y con el nacimiento del hijo de la demandante. En efecto, al dar contestación a la demanda CAFESALUD EPS-S informó que en razón del concepto emitido el 18 de diciembre de 2009 por el ginecólogo obstetra Juan Pablo Bermúdez, de PROFAMILIA, quien asumió “una posición contraria a la Junta” y ante “la satisfacción de la exigencia probatoria mínima establecida por la H. Corte Constitucional para el caso, se remitió a la usuaria a la Clínica SaludCoop en donde luego de la respectiva valoración, se programó el procedimiento para el día 08 de enero de 2010” y agregó que “debido a que la edad gestacional es de 31 semanas, el procedimiento que se va a realizar, más que una interrupción voluntaria del embarazo, es un adelantamiento del parto, por lo que, frente a la posibilidad de que el producto del embarazo sobreviva, se procedió a enterar de la situación al ICBF como autoridad competente”. Así mismo, el Oficial Mayor del Juzgado 21 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga dejó una constancia, en la cual informa haberse comunicado telefónicamente con la actora, quien le manifestó que “el día 8 de enero de 2010 le realizaron cesárea y que su hijo nació vivo”.

En un evento que guarda similitud con el que ahora ocupa la atención de la Sala, por cuanto se trataba de un feto “con múltiples malformaciones” y una junta médica conceptuó, en forma unánime, dejar llegar el embarazo “al término (mas o menos 37 semanas) manejándola por consulta externa de alto riesgo, solicitar el apoyo psicológico y luego desembrazar, ya que cursa en este momento, según ecografía realizada el 07 de diciembre de 2006, con una edad gestacional de 29 semanas +/- ; en eco anterior, realizada el 20 de septiembre, reportó 20 semanas en ese momento y al traspolarlo al día de hoy serían 32 semanas y media”, la Sala Tercera de Revisión declaró la carencia actual de objeto, porque a la demandante le había sido practicada una cesárea de emergencia”, como resultado de la cual “le fue extraído un feto con múltiples malformaciones, las cuales como se había previsto médicamente, hicieron inviable su vida”².

Así pues, idéntica decisión cabe en esta oportunidad, ya que, habiéndose solicitado la

interrupción del embarazo, el nacimiento de un niño mediante la práctica de una cesárea constituye un hecho superado y, como lo recordó la Corte en la providencia citada, la finalidad de la acción de tutela es la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales frente a su vulneración o a su amenaza latente, que solo pueden ser evitadas en virtud de órdenes expeditas destinadas a hacer cesar de inmediato la violación o a impedir que la amenaza contraria a los derechos fundamentales se concrete, para “procurar así la defensa actual y cierta de los mismos”³.

Carecería, entonces, de objeto una orden proferida de conformidad con lo pedido en la solicitud de tutela, pues, en caso de que llegara a estimarse procedente conceder el amparo pedido, sería inane ordenar la interrupción del embarazo. El hecho superado implica la desaparición del supuesto básico que autoriza la protección inmediata y efectiva de los derechos constitucionales fundamentales y puede presentarse por la cesación de la vulneración o de la amenaza o a causa de que la violación “se ha consumado en forma tal que sea imposible restablecer al solicitante en el goce efectivo de su derecho conculcado”, eventos en los cuales “la acción pierde eficacia y razón de ser, al extinguirse el objeto jurídico sobre el cual se pretendía, resultando inocua cualquier decisión al respecto”⁴.

Dado que la solicitud que dio origen a la presentación de la acción de tutela fue la interrupción del embarazo y que, conforme al acervo probatorio existente en ese momento, hubo superación del hecho que sirvió de fundamento a la pretensión inicial, la Sala se limitará a declarar la carencia actual de objeto.

V. DECISION

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,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en este proceso, mediante Auto del treinta (30) de julio de dos mil diez (2010).

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Unidad de Medicina Materno Fetal y Neonatal.

2 Cfr. Sentencia T-171 de 2007.

3 Cfr. Sentencia T-308 de 2003.

4 Cfr. Sentencia T-739 de 2009.