

Sentencia T-841/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD-Obligación de reservar identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir la IVE/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Desarrollo de la sexualidad

En virtud del derecho a la intimidad personal las personas pueden exigir que la esfera de lo íntimo esté libre de interferencias arbitrarias externas o, lo que es lo mismo, “poder actuar libremente en la mencionada esfera”. Así mismo, este derecho contiene la facultad de exigir que, salvo que medie la voluntad del titular, lo íntimo no sea divulgado o publicado y así “sustraerse de cualquier tipo de opinión pública al respecto”. Para la Sala es claro que la decisión de una mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo –en las condiciones de la sentencia C-355 de 2006- pertenece a la esfera íntima o privada y, en consecuencia, no se trata de un asunto de interés público o general pues es una decisión que le afecta solamente a ella y por la cual la sociedad no se ve perjudicada. Además, la jurisprudencia constitucional ha citado como ejemplo de aquello que pertenece a la esfera de lo íntimo todo lo que le permite al ser humano desarrollar su personalidad y, en esa medida, la decisión de someterse a una IVE cae en este ámbito. Recuérdese que la sentencia C-355 de 2006 se basó, entre otros, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad para despenalizar el aborto en ciertos eventos. A lo dicho se suma que la decisión de no llevar a término un embarazo pertenece al ámbito de la sexualidad y reproducción el cual es uno de los más personales del ser humano y ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional como parte integrante de la esfera de lo íntimo. Todo lo anterior significa, entre otras cosas, que esta decisión no puede ser divulgada o publicada a menos que opere el consentimiento de la mujer titular del derecho a la intimidad. Y una de las consecuencias que se deriva de ello es que, con independencia de la decisión que tome en el caso concreto, el juez de tutela al cual acude una mujer para exigir su derecho fundamental a la IVE debe siempre reservar su identidad. La Sala estima pertinente resaltar la necesidad de que, tal como lo han hecho las diferentes Salas de Revisión de esta Corte, los jueces de tutela en todo caso reserven la identidad de las mujeres -incluidas las niñas- que solicitan el amparo su derecho fundamental a la IVE, sin importar si el amparo es finalmente concedido o negado.

RESERVA DE IDENTIDAD DE LAS MUJERES QUE SOLICITAN DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE POR MEDIO DE LA ACCION DE TUTELA-Garantiza acceso a la

justicia y al sistema de salud al no acudir a sitios no autorizados, arriesgando vida y salud

RESERVA DE IDENTIDAD DE LAS MUJERES QUE SOLICITAN DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE POR MEDIO DE LA ACCION DE TUTELA-Obligación del Juez de reservar en la sentencia datos que conduzcan a la identificación y debe restringir acceso al expediente a las partes del proceso

Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió. Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva. En el caso de que se alegue la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante o la hipótesis de malformaciones graves del feto que hagan inviable su vida, existe una razón adicional para restringir el acceso al expediente por personas o autoridades ajenas al proceso de tutela pues en estos casos, por lo general, el expediente contendrá apartes de la historia clínica de la mujer, la cual goza de reserva legal por sí misma.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

La carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Configuración

La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido lo que se

pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental.

JUEZ DE TUTELA-Supuestos que debe distinguir cuando se ha verificado la existencia de un daño consumado y conducta a seguir

JUEZ DE TUTELA-Ante un hecho consumado, puede declarar la improcedencia de la acción sin hacer análisis de fondo

DAÑO CONSUMADO DURANTE EL TRANCURSO DEL PROCESO DE TUTELA-Conducta a seguir por juez de segunda instancia y Corte Constitucional

El segundo supuesto tiene lugar cuando el daño se consuma en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el juez de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión: (i) Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado. (ii) Hagan una advertencia “a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991. (iii) Informen al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño. (iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Análisis jurisprudencial sobre hecho superado y daño consumado

Es claro para la Sala que la carencia actual de objeto –por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela- no es óbice para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y sobre si el amparo ha debido ser concedido o

negado, salvo la hipótesis de la daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Menos aún en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional. Adicionalmente, como se dijo, este pronunciamiento judicial puede servir para prevenir futuras violaciones de derechos fundamentales, para reparar perjuicios y para activar los procesos dirigidos a derivar responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciarse de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE COMO DERECHO REPRODUCTIVO-Obligaciones correlativas en cabeza del Estado y particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud

El Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto- tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. Así también, tienen el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía-.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE CUANDO EXISTE PELIGRO PARA LA VIDA O SALUD FISICA Y MENTAL DE LA GESTANTE-Requisitos de acuerdo con la Sentencia C-355/06 sin exigir requisitos adicionales

La jurisprudencia de las diferentes Salas de Revisión de esta Corte ha sido enfática y unánime en reiterar que, de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006, los únicos requisitos que se pueden exigir para proceder a una IVE son aquellos determinados en esta sentencia de constitucionalidad. Se ha expresado que, aunque es cierto que la Corte no excluyó a posibilidad de regulación legislativa, fue muy enfática al precisar que tales regulaciones no podían encaminarse a establecer

“cargas desproporcionadas sobre el ejercicio de los derechos de la mujer”. Hasta el momento no hay regulación legislativa alguna lo que refuerza la conclusión de que sólo se pueden exigir los requisitos indicados en la sentencia C-355 de 2006. A partir de la sentencia C-355 de 2006 las mujeres cuya vida o salud física o mental está en riesgo por causa del embarazo tienen el derecho fundamental de exigir la IVE, solicitud ante la cual las entidades del sistema de seguridad social en salud sólo pueden exigirles un certificado médico que dé cuenta tal amenaza ya que este fue el único requisito indicado en la sentencia C-355 de 2006. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cualquier requisito adicional constituye incumplimiento de la obligación de respetar el derecho fundamental a la IVE.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE CUANDO EXISTE PELIGRO PARA LA VIDA O SALUD FISICA Y MENTAL DE LA GESTANTE-Faceta de diagnóstico

En virtud de este contenido del derecho fundamental a la IVE, la gestante puede exigir de las entidades públicas y de los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S., I.P.S. y profesionales de la salud que la atiendan-: (i) Una valoración médica oportuna sobre el peligro que representa el embarazo para su vida o su salud. Esta se debe dar en aquellos eventos en que los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o cuando la mujer gestante alega estar incurso en ella por los síntomas que presenta. Además, debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 determinó que la amenaza para ésta también legítima una solicitud de IVE. (ii) La expedición oportuna del certificado médico para proceder a la IVE, el cual debe responder a los resultados de la valoración médica realizada. La Sala resalta que la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE es una aplicación de la ya reiterada y unánime jurisprudencia de esta Corte sobre el denominado derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho fundamental a la salud, la cual se ha venido desarrollando aproximadamente desde el año 2003.

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Conductas violatorias de este derecho

Esta Corte ha identificado como una las conductas violatorias del derecho al diagnóstico el que la E.P.S, I.P.S. o su personal médico rehúsen o demoren la realización de cualquier tipo de diagnóstico respecto de los síntomas que presenta el paciente y, en consecuencia, nieguen o retarden la prescripción de cualquier tipo de tratamiento. Se

ha hecho notar que, sin la orden médica respectiva, no se cumple el requisito jurisprudencial consistente en que para que se concedan servicios médicos por medio de la acción de tutela éstos deben estar respaldados en el concepto de un profesional de la salud pues el juez carece del conocimiento científico para determinar el tratamiento de las enfermedades. Así las cosas, en algunas ocasiones las entidades del sistema de salud o su personal médico niegan o retardan la emisión de un diagnóstico y de la respectiva prescripción del tratamiento con el objetivo de evitar ser sujetos pasivos de la acción de tutela y con ello obstaculizan en la práctica la garantía del acceso a los servicios y prestaciones en salud a los que tienen derecho las personas.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Vulneración de EPS por incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de este derecho

La exigencia que le hizo la E.P.S. a la niña según la cual las certificaciones médicas debían venir acompañadas de la historia clínica la paciente, excede el requisito del certificado médico expresado en la sentencia C-355 de 2006. Si se consideraba necesario contar con tal documento para proceder a la intervención, la E.P.S. ha debido solicitarlo inmediatamente, más no negar ni dilatar el acceso al servicio por su ausencia. Lo antedicho demuestra que la demandada en efecto vulneró el derecho fundamental a la IVE de AA (i) al no garantizarlo mediante una respuesta oportuna a su solicitud de IVE y (ii) al incumplir su obligación de respetarlo ya que obstaculizó su ejercicio mediante la exigencia un requisito que excedía el que fue fijado en la sentencia C-355 de 2006.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Vulneración de EPS por solicitar la realización de juntas médicas que ocasionan tiempos de espera injustificados

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Ante la ausencia de desarrollo legal en la fijación del término para la IVE, se debe garantizar el mínimo reconocido en la C-355/06

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Medidas adoptadas por la Corte Constitucional en relación con la reparación del daño

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Orden al Consejo Superior de la Judicatura informe a todos los jueces de la República sobre la obligación de reservar la identidad de la titular del derecho y limitación del acceso al expediente a las partes del proceso

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Caso en que la EPS negó la IVE de niña de 12 años quien estaba afectada en su salud emocional

Referencia: expediente T-3.130.813

Acción de tutela instaurada por Balder¹, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S.

Magistrado Ponente:
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado PP en la acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB Empresa Promotora de Salud (E.P.S.).

I. ANTECEDENTES

En el presente caso, por razones que serán explicadas a profundidad más adelante, la Sala ha decidido no mencionar en la sentencia ningún dato que conduzca a la identificación de la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, restringir el acceso al expediente a las partes del proceso y ordenar que tanto éstas como el juez de instancia y la Secretaría de esta Corte, guarden estricta reserva

¹ Seudónimo asignado por la Sala de Selección número 7 en el auto de dieciocho (18) de julio de 2011, al seleccionar el expediente de la referencia para ser objeto de revisión por esta Corte.

respecto de la identidad de la misma.

El once (11) de mayo de dos mil once (2011) la ciudadana Balder interpuso acción de tutela en representación de su hija menor de edad AA², solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud los cuales, en su opinión, están siendo amenazados por BB E.P.S.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustentó su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- AA, de doce (12) años³, perteneciente al estrato 1⁴, beneficiaria del régimen contributivo de salud a través de la E.P.S. BB⁵, contaba con diecinueve (19) semanas de gestación al momento de la interposición de la acción de tutela⁶. Su embarazo fue producto de una relación sexual sostenida con su novio, menor de edad de dieciséis (16) años⁷.

2.- El veintiocho (28) de marzo de 2011, cuando contaba con catorce (14) semanas de gestación, AA acudió a la Institución Prestadora de Servicios de Salud (I.P.S.) CC –no vinculada con la E.P.S. BB⁸- para “*confirmar embarazo y edad gestacional*” y “*solicitar información sobre la interrupción voluntaria del embarazo*”⁹.

Tras una valoración, el médico DD expidió un certificado de riesgo para la salud como consecuencia de la continuación del embarazo. Concretamente señaló que estaba en riesgo su salud emocional ya que observó “*frustración y depresión*” y su salud física por el peligro de “*complicaciones obstétricas*”¹⁰.

3.- Después de esta primera valoración, la niña refiere un intento de suicidio “*ingiriendo pastillas de las cuales dice no recordar el nombre*”¹¹.

² En el folio 2 del cuaderno 1 del expediente se encuentra el registro civil de la menor de edad, que comprueba la calidad de madre de la accionante.

³ Folios 2 y 3, cuaderno 1.

⁴ Folio 74, cuaderno 1.

⁵ Folio 67, cuaderno 1.

⁶ Folio 31, cuaderno 1.

⁷ Folio 59, cuaderno 1.

⁸ Folio 125, cuaderno 1.

⁹ Folios 71 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁰ Folio 73, cuaderno 1.

¹¹ Folio 81, cuaderno 1.

4.- El nueve (9) de abril de 2011 AA acudió nuevamente a la I.P.S. CC - esta vez acompañada de su madre- y solicitó el servicio de interrupción de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) por la causal de peligro para la salud, ante lo cual se le informó *“qué hacer para solicitarlo en la EPS según sentencia C-355/06”*¹².

5.- El doce (12) de abril de 2011, cuando contaba con quince (15) semanas de gestación, AA fue valorada por el médico psiquiatra EE –no vinculado con la E.P.S. BB-. La niña refirió que su embarazo no era deseado y que, a partir de que conoció su estado, presentaba *“tristeza, llanto frecuente”, “idea de culpa, alteración del patrón del sueño y ansiedad”*. Expresó además su idea de no continuar el embarazo. El psiquiatra le diagnosticó una *“reacción depresivo-ansiosa”* al embarazo no deseado y determinó que *“la continuidad del mismo afecta su salud mental”*¹³.

6.- El veinticinco (25) de abril de 2011, cuando AA contaba con una gestación de dieciocho (18) semanas, la gineco-obstetra FF, adscrita a la I.P.S. CC, certificó que la continuación del embarazo de AA *“representa un riesgo para su salud tanto física como mental y social”*. Indicó que *“presenta síntomas depresivos y angustia severa y enfrenta los múltiples riesgos que significa continuar su embarazo y asumir la maternidad a su edad (...):*

- *A corto plazo, un riesgo incrementado de complicaciones obstétricas y resultados perinatales adversos, que es incluso más intenso por encontrarse en el grupo de edad más temprano de la adolescencia. El riesgo que confiere su edad actúa de manera independiente de su nivel socioeconómico (aunque este lo agrava aún más) y del cuidado prenatal que se le brinde, por cuanto muchas de estas complicaciones no son prevenibles.*
- *A largo plazo, durante su vida adulta, un riesgo incrementado de sufrir de menor salud mental, social y física como resultado de asumir la maternidad a tan temprana edad. Este riesgo se refleja en mayor incidencia de depresión, uso de psicoactivos, menos escolaridad y estabilidad familiar y mayor pobreza y desventaja social, mayor riesgo de enfermedades físicas e incluso muerte prematura”*¹⁴.

¹² Folio 77, cuaderno 1.

¹³ Folio 4, cuaderno 1.

¹⁴ Folio 5, cuaderno 1.

7.- Ese mismo día – veinticinco (25) de abril de 2011- AA solicitó por escrito a la E.P.S. BB la práctica inmediata de la IVE *“por constituir peligro para mi salud”* adjuntando las dos certificaciones médicas más recientes. Señaló que *“el embarazo pone en peligro mi salud mental, puesto que las condiciones del embarazo y mi situación psicosocial han ocasionado un fuerte impacto emocional, personal y familiar que no deseo y no estoy obligada a soportar (...) el embarazo actual pone en riesgo mi salud en el ámbito psicosocial, pues afecta mi bienestar y mi proyecto de vida. Actualmente me encuentro atravesando una terrible depresión, siento que mi vida no tiene ningún sentido, vivo en una angustia permanente, esta situación ha trastocado por completo mi vida actual”*¹⁵.

8.- El dos (2) de mayo la accionante se comunicó con la línea de atención al usuario de la E.P.S. BB para solicitar información acerca de la petición de IVE de su hija. Aseguró que le indicaron que *“la petición había sido negada y que no le iban a realizar ningún procedimiento pues los certificados al ser expedidos por un médico fuera de su red no eran válidos y que dada la edad gestacional una terminación del embarazo ponía en riesgo la vida de su hija”*. A raíz de lo anterior, la actora acudió a un punto de servicio al cliente de la E.P.S. BB para solicitar una respuesta escrita. Indicó que adujeron que *“no podían entregar respuesta porque dicho trámite se demoraba 15 días [pues a partir de ese momento empezaban a correr los términos de un derecho de petición] y aún estaban estudiando el caso”*¹⁶.

9.- El cinco (5) de mayo de 2011 la peticionaria radicó un escrito en la E.P.S. BB en el que se reforzaban los argumentos de la solicitud de IVE de su hija AA en vista de que habían transcurrido ya nueve días desde la petición inicial sin respuesta escrita alguna¹⁷.

10.- El cinco (5) de mayo de 2011 la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres –organización no gubernamental que había venido asesorando a la actora y a su hija- solicitó a la Secretaria de Salud de QQ *“ordenar a BB E.P.S. la realización de la interrupción del embarazo [de AA], en tanto se encuentra dentro de las causales amparadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 (...)”*¹⁸.

En el marco de la investigación preliminar No. GG del 2011, la Secretaría de Salud de QQ respondió que *“de conformidad con la*

¹⁵ Folios 6 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁶ Folio 13, cuaderno 1; Folios 25, 26 y 32, cuaderno principal.

¹⁷ Folio 21 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁸ Folio 25 y siguientes, cuaderno 1.

competencia que nos atribuye el numeral 176 de la Ley 100 de 1993, artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001 y por el Decreto No. 1011 de 2006” solo se puede investigar a “Instituciones Prestadoras de Salud registradas ante la Secretaría de Salud que presten sus servicios bajo la vigilancia de la misma (...)”, lo que excluye de su competencia el presente caso al no ser BB E.P.S. una de ellas. De todos modos, aseveró que “adelantará las diligencias administrativas necesarias (...) tendientes a esclarecer los hechos denunciados (...) requiriendo a BB EPS para que allegue los documentos que permitan tener una mayor claridad dentro de la presente investigación, igualmente (...) la competencia para el conocimiento de esta denuncia está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud y de BB EPS, por consiguiente la queja será remitida a las entidades competentes de su conocimiento”¹⁹.

11.- A raíz de un dolor de estómago, el siete (7) de mayo de 2011 AA fue valorada por el médico general HH de la I.P.S. JJ –vinculada a la E.P.S. demandada-. Relata la peticionaria que, respecto de la IVE de su hija, el médico *“nos dijo que ellos no se comprometían a hacerle nada porque era peligroso y que mejor esperara la respuesta escrita de la EPS”²⁰*. Al mismo tiempo, remitió a AA a ginecología *“por alto riesgo”²¹*. Asegura la actora que *“intentamos conseguir la cita pero hasta el momento solo nos han asignado una atención con ginecólogo para el día 24 de Mayo”²²*.

12.- Aduce la peticionaria que *“ya han transcurrido más de 15 días sin recibir ninguna respuesta efectiva, sin recibir las atenciones necesarias, situación que vulnera los derechos fundamentales de mi hija y pone innecesariamente en riesgo su vida y su salud. Hay claramente una dilación y una violación al principio de celeridad en la prestación del servicio (...) por cuanto se han tomado alrededor de 3 semanas –hasta ahora- para darme una respuesta efectiva y por el contrario se han impuesto mayores obstáculos para esto”*.

Añade que *“es claro que la presente petición: i) encaja perfectamente dentro de la hipótesis de despenalización del aborto reseñada; ii) encuentra el sustento probatorio exigido para su procedencia en las certificaciones anexas que es el único requisito establecido para estos casos en la sentencia C-355/06”²³*. Señala que el argumento según el cual los certificados médicos no son válidos al haber sido emitidos por

¹⁹ Folios 28 y siguientes, cuaderno 1.

²⁰ Folio 32, cuaderno 1.

²¹ Folio 30, cuaderno 1.

²² Folio 32, cuaderno 1.

²³ Folio 32, cuaderno 1.

médicos no adscritos a la E.P.S. demandada contraría la jurisprudencia constitucional, en especial la sentencia T-760 de 2008²⁴.

Solicitud de Tutela

13.- Con fundamento en los hechos narrados la ciudadana Balder exigió la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de su hija menor de edad AA, que considera están siendo amenazados por la E.P.S. demandada al no responder de forma oportuna y no acceder a interrumpirle su embarazo a pesar de que está en peligro su salud, una de las hipótesis en las que la IVE no es punible según la sentencia C-355 de 2006. Solicitó entonces que se ordene a BB E.P.S. que le practique la IVE a su hija²⁵.

Respuesta de la entidad demandada

14.- Por medio de auto del diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011) el juez de primera instancia ordenó vincular a la I.P.S. CC, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a la Secretaría de Salud de QQ, a la Personería de QQ, a la Secretaría de RR de QQ y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

15.- El diecinueve (19) de mayo de 2011, la Secretaría de Salud de QQ manifestó que *“resulta improcedente cualquier acción incoada en contra de la Secretaría de Salud, por legitimación de la causa por pasiva, toda vez que la E.P.S. BB es la responsable de la garantía de la prestación de los servicios de salud que requiera su afiliada”*. En consecuencia solicitó ser desvinculada del proceso de tutela²⁶.

16.- El veinte (20) de mayo de 2011 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –a través de un equipo conformado por trabajadora social y una psicóloga- visitó a AA en su colegio para emitir un informe psicosocial. Durante la visita la niña manifestó que *“presentaba síntomas de tristeza, llanto frecuente, dolor de cabeza (...)”*. Agregó que quiere someterse a la IVE *“porque su vida está en riesgo y no está preparada para tener un bebé (...) no cuenta con la edad suficiente y la capacidad para asumir su situación”*. Indicó también que *“comprende el alto riesgo que existe tanto en el procedimiento de la IVE como de continuar el proceso de gestación y que cualquiera que sea la decisión que sea la decisión que*

²⁴ Folio 31, cuaderno 1.

²⁵ Folio 33, cuaderno 1.

²⁶ Folios 67 y siguientes, cuaderno 1.

tome, quedarán secuelas, encontrándose dispuesta a recibir apoyo terapéutico”²⁷.

17.- El veintitrés (23) de mayo de 2011 la Secretaría de RR de QQ señaló que, según la información que reposa en el expediente, a AA “*le asignaron una cita con ginecología para el día 24 de mayo del corriente, es decir que al momento de contestar la acción de tutela se encuentra en curso un procedimiento médico que puede determine una decisión de la accionada EPS BB*”. Así, “*hasta el momento no se le han violado los derechos a la niña AA, por cuanto la EPS BB le ha asignado una cita ginecológica a la niña para el día 24 de mayo, es decir que se encuentra adelantando el procedimiento que médica y científicamente puede corresponder con el caso que nos ocupa, es decir no se le ha negado lo petitionado (...)*”.

Agrega que “*la competencia para la vigilancia administrativa de las EPS corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, que es la llamada a investigar una eventual negativa de la EPS BB para adelantar el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo de la niña AA*”, por lo cual “*no sería legalmente procedente la vinculación de la Secretaría RR a la presente acción de tutela (...)*”²⁸.

18.- El veintitrés (23) de mayo de 2011 la Personería de QQ descalificó los certificados médico anexos a la solicitud de IVE y en consecuencia indicó que “*no se encuentran suficientes elementos de juicio que nos permitan concluir, que nos encontramos frente a alguno de los tres eventos taxativos fijados a través de la sentencia C-355 de 2006, por la cual se despenalizó el aborto en circunstancias especiales*”²⁹.

19.- El veintitrés (23) de mayo de 2011 la E.P.S. BB contestó la acción de tutela de la referencia. Respecto de la solicitud de IVE de AA informó que “*en aras de dar trámite a dicha solicitud agenda cita con nuestra contratada con el Dr. KK, Médico Ginecólogo para el día 24 de mayo de 2011, para emisión del concepto y manejo a seguir*”.

Argumentó que dentro de los anexos de la solicitud de IVE “*no se evidencia el anexo de la historia clínica de la paciente con conceptos que determine el procedimiento*” y agregó que “*solo procede la tutela para proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida cuando se trate de eventos NO POS en caso de que se den los siguientes requisitos (...)* 3.

²⁷ Folios 80 y siguientes, cuaderno 1.

²⁸ Folios 84 y siguientes, cuaderno 1.

²⁹ Folio 118 y siguientes, cuaderno 1.

Que la orden médica haya sido impartida por un médico tratante de la entidad accionada (...) De lo anterior se tiene que la orden médica no aparece probada por ningún lado (...)”³⁰.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de instancia única

20.- El treinta (30) de mayo de 2011 el Juzgado PP decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la hija de la actora. Estimó que *“teniendo en cuenta el criterio de la H. Corte Constitucional en su sentencia C-355 de 2006 y las pruebas referenciadas, considera el despacho que no se dan las consecuencias allí previstas pues las condiciones que supuestamente afectan y ponen en inminente riesgo y peligro la vida y salud de la menor, no se encuentran certificadas por un médico adscrito a la EPS en la que se encuentra vinculada la menor, tampoco está avalado el concepto emitido por el galeno de la entidad CC; otrora, y de igual manera según las pruebas aportadas al plenario, se advierte que la interrupción terapéutica del embarazo puede realizarse sin riesgo para la vida de la madre y el feto en las primeras 8 semanas de gestación y a la fecha la menor AA cuenta aproximadamente con 21 semanas de gestación, situación que sin duda pondría en peligro la vida de la menor y del feto”³¹.*

Actuaciones surtidas en el trámite de revisión

21.- Por medio de escrito del veintiséis (26) de octubre de 2011 la abogada LL, perteneciente a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a quien la peticionaria otorgó poder para actuar en el asunto de la referencia³², informó lo siguiente³³:

(i) AA *“fue valorada por ginecología el 24 de mayo y el 30 de mayo por psicología y trabajo social. En ninguna de estas consultas hubo respuesta a la petición de la IVE, todos manifestaron evasivamente la peligrosidad del procedimiento, la necesidad de valoraciones especializadas (...) de tener que llevarse a cabo una junta médica, entre otras”.*

(ii) *“Por requerimiento de la EPS, la menor fue valorada nuevamente por médico ginecólogo el día 2 de Junio, este emitió una orden para que*

³⁰ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

³¹ Folio 141, cuaderno principal.

³² Folio 34, cuaderno principal.

³³ Folios 12-33, cuaderno principal.

se llevara a cabo una junta médica materno fetal, pero al mismo tiempo afirmó que él no se iba comprometer a hacer una IVE, y que sí era un embarazo de alto riesgo pero que la decisión la tomaba junto con otros médicos de otra clínica (materno infantil de MM), con los que se iba a reunir el 8 de junio, pero que lo más posible era que no hicieran la IVE pues ellos habían atendido niñas de hasta 9 años y no les había pasado nada”.

(iii) “El mismo 2 de junio (...) fue atendida para valoración psicológica y psiquiátrica en la sede Countrie de JJ IPS. En primer lugar, la psicóloga después de una entrevista en la que indagó por el estado emocional de la menor, afirmó que no iba a entregar ningún reporte por escrito sino que este quedaría en el sistema para la consulta de los demás médicos. En segundo lugar (...) fue valorada por un psiquiatra, quien entregó reporte completo sobre la situación de salud mental (...) y conceptúa un embarazo de alto riesgo con peligro para la salud y que presenta síntomas de ansiedad que deben ser manejados”.

(iv) “El 9 de Junio se comunicó con las peticionarias la Sra. NN de la sede administrativa de BB, manifestando su preocupación por que no se había emitido respuesta sugirió que lo mejor era exponer ante la comisaría de familia y exponer el caso como una violación, para que los médicos actuaran de inmediato. Ese mismo día, expidieron una orden para la realización de junta médica maternofetal, con la jefe OO; para ese momento la menor ya contaba con 24 semanas de gestación”.

(v) “Una semana después telefónicamente nos informaron que los médicos habían decidido no realizar la IVE, pues consideraban que la vida de AA no se encontraba en grave peligro y que la edad gestacional estaba demasiado avanzada”.

(vi) AA “tuvo un parto el 20 de Septiembre de 2011 (...) Hoy en día el recién nacido tiene un mes de vida”.

(vii) “A la fecha por parte de la EPS no ha habido ninguna prestación de servicios tendientes a proteger la salud mental y psicosocial de la menor”.

22.- En el escrito referido la abogada solicitó:

(i) “(...) ordenar que se realicen de manera efectiva por parte del Ministerio de Protección Social, Superintendencia de Salud y Tribunal de Ética Médica, la investigaciones tendientes a establecer la responsabilidad de las entidades demandadas con la vulneración de los

derechos fundamentales de la peticionaria (sic) [entiende la Sala que se refiere en realidad a AA y no a su madre]”.

(ii) “Ordenar que se adopten todas las medidas necesarias tendientes a restablecer los derechos vulnerados en el presente caso: provisión de servicios de salud integral para la peticionaria (sic) que restablezcan y mejores su salud en los ámbitos físico, mental y social. Inclusión de la peticionaria (sic) en programas o proyectos que aporten al mejoramiento de su calidad de vida y la reconstrucción de su proyecto de vida. Que se adopten medidas para la reparación integral para la peticionaria”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si la E.P.S. BB vulneró el derecho fundamental a la IVE de la niña AA al no responder y no acceder a su petición de IVE a pesar de que, a juicio de la peticionaria, está incurso en una de las hipótesis en que ésta no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 –peligro la salud física o mental de la gestante-.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE, (ii) la jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto, (iii) el derecho fundamental de las mujeres a la IVE como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud, (iv) el derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante, los requisitos para proceder a ésta y la imposibilidad de exigir requisitos adicionales y (v) la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante. Luego, la Sala (vi) resolverá el caso concreto.

Obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE

4.- En esta oportunidad la Sala estima pertinente resaltar la necesidad de que, tal como lo han hecho las diferentes Salas de Revisión de esta Corte³⁴, los jueces de tutela en todo caso reserven la identidad de las mujeres –incluidas las niñas– que solicitan el amparo su derecho fundamental a la IVE, sin importar si el amparo es finalmente concedido o negado. Ello tiene como base varios derechos fundamentales.

5.- En primer lugar la reserva explicada busca proteger el derecho fundamental a la intimidad personal reconocido por el artículo 15 de la Constitución.

A efectos de este derecho, lo íntimo es una “*esfera o espacio de vida privada*” en la cual se inscribe aquello que “*incumbe solamente al individuo*”, es decir, “*aquellas conductas o actitudes que corresponden al fuero personal*” y en las cuales “*la sociedad, de manera general, sólo tiene un interés secundario*”³⁵. Ha dicho esta Corte que “*el concepto de privacidad o de lo privado, corresponde a los asuntos que en principio tocan exclusivamente con los intereses propios y específicos de la persona humana, sin que afecten o se refieran a los demás miembros de la colectividad; (...) a contrario sensu, si alguna materia es considerada por el derecho de importancia o relevancia pública, su naturaleza se transforma de un asunto íntimo a una cuestión socialmente catalogada como común o general*”³⁶. La jurisprudencia constitucional ha citado como ejemplo de aquello que pertenece a la esfera de lo íntimo todo lo que le permite al ser humano desarrollar su personalidad e identidad³⁷: “*las relaciones familiares, las prácticas sexuales, la salud, el domicilio, las comunicaciones personales, las creencias religiosas, los secretos profesionales*”³⁸, “*los acontecimientos personales, el pensamiento y sus expresiones*”³⁹.

En virtud del derecho a la intimidad personal las personas pueden exigir que la esfera de lo íntimo esté libre de interferencias arbitrarias externas o, lo que es lo mismo, “*poder actuar libremente en la mencionada esfera*”⁴⁰. Así mismo, este derecho contiene la facultad de exigir que, salvo que medie la voluntad del titular, lo íntimo no sea divulgado o

³⁴ Ver las sentencias T-988 de 2007, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-209 de 2008 y T-585 de 2010.

³⁵ Sentencia T-889 de 2009. En similar sentido las sentencias T-916 de 2008, T-768 de 2008, T-158A de 2008 y T-787 de 2004, entre otras.

³⁶ Sentencia T-787 de 2004.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sentencia T-889 de 2009. En igual sentido la sentencia T-158A de 2008 y T-787 de 2004.

³⁹ Sentencia T-916 de 2008.

⁴⁰ Sentencia T-889 de 2009. En igual sentido las sentencias T-916 de 2008, T-768 de 2008 y T-158A de 2008, entre otras.

publicado y así “*sustraerse de cualquier tipo de opinión pública al respecto*”⁴¹.

Para la Sala es claro que la decisión de una mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo –en las condiciones de la sentencia C-355 de 2006- pertenece a la esfera íntima o privada y, en consecuencia, no se trata de un asunto de interés público o general pues es una decisión que le afecta solamente a ella y por la cual la sociedad no se ve perjudicada. Además, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha citado como ejemplo de aquello que pertenece a la esfera de lo íntimo todo lo que le permite al ser humano desarrollar su personalidad y, en esa medida, la decisión de someterse a una IVE cae en este ámbito. Recuérdese que la sentencia C-355 de 2006 se basó, entre otros, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad para despenalizar el aborto en ciertos eventos. A lo dicho se suma que la decisión de no llevar a término un embarazo pertenece al ámbito de la sexualidad y reproducción el cual es uno de los más personales del ser humano y ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional como parte integrante de la esfera de lo íntimo.

Todo lo anterior significa, entre otras cosas, que esta decisión no puede ser divulgada o publicada a menos que opere el consentimiento de la mujer titular del derecho a la intimidad. Y una de las consecuencias que se deriva de ello es que, con independencia de la decisión que tome en el caso concreto, el juez de tutela al cual acude una mujer para exigir su derecho fundamental a la IVE debe siempre reservar su identidad.

6.- Además de la protección del derecho a la intimidad, esta reserva también tiene como razón de ser la creación de condiciones que favorezcan el acceso a la justicia por parte de las mujeres.

Aunque la decisión de someterse a una IVE –en los casos despenalizados por la sentencia C-355 de 2006- no solamente es legal sino totalmente respetable al ser tomada en ejercicio de un derecho fundamental fundado en otros de suma importancia en nuestro Estado Social de Derecho – como la vida, la salud física y mental, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad-, es innegable que aún es objeto de reproches morales y religiosos por parte de la sociedad. La posibilidad de verse sometida a este tipo de juicios puede disuadir a una mujer de acudir a la justicia a exigir su derecho fundamental a la IVE y, en ese sentido, la reserva de su identidad pretende extraer del conocimiento público esta

⁴¹ Sentencia T-889 de 2009. En similar sentido las sentencias T-158A de 2008 y T-787 de 2004, entre otras.

decisión, impedir que se vea expuesta a los mismos y, de esta forma, crear condiciones favorables para que acceda a la justicia.

La relevancia de esta consideración se refuerza si se tiene en cuenta que las mujeres son un grupo tradicionalmente discriminado en lo que respecta al acceso a la justicia. En no pocas ocasiones son objeto de una nueva victimización basada en prejuicios de género de origen moral y religioso cuando acuden a los jueces a denunciar los delitos de los que generalmente son víctimas –como la violencia sexual e intrafamiliar- o a exigir derechos especialmente importantes en razón de su sexo –como los derechos sexuales y reproductivos-⁴². Esta situación ha generado una tendencia a no acudir a la Rama Judicial, lo que no hace sino perpetuar las violaciones a sus derechos y su situación como grupo discriminado⁴³. A juicio de la Sala, para acabar con esa tendencia, al menos en lo que respecta a la IVE, es fundamental que los jueces de tutela reserven la identidad de las mujeres que la solicitan.

7.- Resta exponer un último argumento relacionado íntimamente con el anterior. Esta reserva busca además garantizar el derecho fundamental a la IVE en sí mismo y los derechos a la vida y a la salud de las mujeres que se encuentran en las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006.

Por los reproches morales y religiosos a los que se pueden ver expuestas, ante una negativa por parte del sistema de salud algunas mujeres no recurren a la justicia y, en vez de ello, se realizan el procedimiento en lugares no autorizados arriesgando su salud e incluso su vida, peligro que se incrementa en el caso de aquellas que son menores de edad o de escasos recursos quienes por su condición terminan acudiendo a los

⁴² Al respecto se pueden consultar los siguientes documentos: “Estudio sobre la tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia” realizado en el año 2010 por el Fondo de Población las Naciones Unidas, disponible en http://issuu.com/infogenero/docs/cartilla_vbg; Informe “El acceso a las justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>; Informe “El progreso de las mujeres en el mundo 2011-2012. En busca de la justicia” elaborado por ONU Mujeres, disponible en http://issuu.com/onumujeres_region_andina/docs/progreso_de_las_mujeres_en_el_mundo_2011. Esta situación fue incluso reconocida por esta Corte en el auto 092 de 2008 y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en lo relativo a la violencia sexual contra las mujeres con ocasión del conflicto armado. El informe de la CIDH está disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/indicemujeres06sp.htm>

⁴³ Tan cierta es esta situación que, a raíz de ella, la Rama Judicial en Colombia –a través de la Comisión Nacional de Género-, ha adelantado varias acciones para hacer realidad una administración de justicia con perspectiva de género. Ver http://www.ramajudicial.gov.co/csj/index.jsp?cargaHome=3&id_subcategoria=1008&id_categoria=213

lugares más inseguros⁴⁴. En opinión de la Sala, la reserva de la identidad de las mujeres que solicitan la IVE por medio de tutela, al crear condiciones favorables para el acceso a la justicia, también contribuirá a estimular el acceso al sistema de salud y así disminuir el número de mujeres que, a pesar de tener el derecho a la IVE, arriesgan su vida y su salud en sitios no autorizados.

8.- Las razones ofrecidas llevan a la conclusión de que todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, *en todo caso y con independencia del resultado del proceso*, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.

Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva. En el caso de que se alegue la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante o la hipótesis de malformaciones graves del feto que hagan inviable su vida, existe una razón adicional para restringir el acceso al expediente por personas o autoridades ajenas al proceso de tutela pues en estos casos, por lo general, el expediente contendrá apartes de la historia clínica de la mujer, la cual goza de reserva legal por sí misma⁴⁵.

Observa la Sala que en el presente asunto el juez de instancia no protegió la identidad de la niña AA, por lo que la Sala lo hará en los términos antes mencionados. Así, no se mencionará en la sentencia ningún dato que conduzca a su identificación –se reemplazarán por combinaciones de letras-, se restringirá el acceso al expediente a las partes del proceso y se ordenará que tanto éstas como el juez de instancia y la Secretaría de esta Corte, guarden estricta reserva respecto de la identidad de la parte actora en este proceso, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

⁴⁴ Al respecto, ver el estudio “Embarazo no deseado y aborto en Colombia” elaborado por el Guttmacher Institute que sugiere que muchas de las mujeres incursas en las causales despenalizadas no acuden al sistema de salud. Disponible en <http://www.orientame.org.co/IMG/pdf/Embarazo-no-deseado-Colombia.pdf>. En similar sentido las recomendaciones hechas a Colombia por el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, órgano que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a raíz de la presentación del sexto informe periódico (4 de agosto de 2010).

⁴⁵ Ver la ley 23 de 1981 y la resolución No. 1995 de 1999.

Adicionalmente, con el objetivo de asegurar que la obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE en adelante sea conocida y cumplida por todos los jueces de tutela, en la parte resolutive de la presente sentencia la Sala ordenará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adelantar gestiones para que así sea.

Jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia.

9.- El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío⁴⁶. Lo anterior se presenta generalmente a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

10.- La carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -*verbi gratia* se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria⁴⁷. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna⁴⁸.

¿Cuál debe ser entonces la conducta del juez de amparo ante la presencia de un hecho superado? Según la jurisprudencia constitucional⁴⁹, para resolver este interrogante se debe hacer una distinción entre los jueces de instancia y la Corte Constitucional cuando ejerce su facultad de revisión.

Así, esta Corte ha señalado que *“no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones*

⁴⁶ Sentencia T-533 de 2009.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ En el mismo sentido, las sentencias T-170 de 2009, T-309 de 2006, T-308 de 2003 y T-972 de 2000, entre muchas otras.

⁴⁹ Sentencia T-533 de 2009.

pertinentes”⁵⁰, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991⁵¹. Lo que es potestativo para los jueces de instancia se convierte en obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión pues como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional “*tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita*”⁵².

Ahora bien, lo que sí resulta ineludible en estos casos, tanto para los jueces de instancia como para esta Corporación, es que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado⁵³, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

11.- La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido lo que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental⁵⁴.

Recuérdese que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general⁵⁵. En otras palabras, su fin es que el juez de tutela, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización⁵⁶. En

⁵⁰ Sentencia T-170 de 2009.

⁵¹ “*ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.*”

⁵² Sentencia T-170 de 2009.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Sentencia T-083 de 2010.

⁵⁵ Al respecto, ver las sentencias T-803 de 2005, T-448 de 2004, T-873 de 2001, T-498 de 2000, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-138 de 1994, T-468 de 1992 y T-456 de 1992, entre otras.

⁵⁶ El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 25, regula la excepcional hipótesis de indemnización por vía de tutela de la siguiente forma: “*Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además*

este orden de ideas, en caso de que presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua⁵⁷ o, lo que es lo mismo, caería en el vacío⁵⁸ pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

Cabe preguntarse cuál es la conducta a seguir por parte del juez de tutela en el caso en el que se verifique la existencia de un verdadero daño consumado teniendo en cuenta que, como se dijo, cualquiera de sus órdenes sería inocua. Para responder a este interrogante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos⁵⁹.

El primero de ellos se presenta cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que *“la acción de tutela no procederá.... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado (...)”*. Esto quiere decir que el juez de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo⁶⁰. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño.

de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ellos sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”.

⁵⁷ Sentencias T-288 de 2004, T-496 de 2003, T-436 de 2002, SU-667 de 1998, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-596 de 1993 y T-594 de 1992, entre otras.

⁵⁸ Sentencia T-309 de 2006, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998, entre otras.

⁵⁹ T-083 de 2010.

⁶⁰ Así se hizo, por ejemplo, en las sentencias T-979 de 2006 (respecto de la violación del derecho de petición), T-138 de 1994 y T-596 de 1993.

El segundo supuesto tiene lugar cuando el daño se consuma en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el juez de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión⁶¹:

(i) Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado⁶².

(ii) Hagan una advertencia *“a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”*, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991⁶³.

(iii) Informen al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño⁶⁴.

(iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño⁶⁵.

12.- Para ejemplificar la hipótesis del daño consumado durante el transcurso del proceso de tutela resulta útil traer a colación dos casos sobre IVE, los cuales fueron decididos por esta Corte mediante las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008.

En esas oportunidades se verificó la existencia de una carencia actual de objeto por daño consumado ya que, ante la injustificada negativa de las E.P.S. e I.P.S. a realizar a las peticionarias el procedimiento necesario para la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal no consentido, se hizo imposible la práctica de la IVE porque éstas dieron a luz.

⁶¹ Sentencias T-170 de 2009 y SU-667 de 1998.

⁶² Ver sentencias T-803 de 2005, T-758 de 2003, T-873 de 2001, T-498 de 2000, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995, entre otras.

⁶³ Así se hizo en las sentencias T-803 de 2005, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995.

⁶⁴ Ver las sentencias T-170 de 2009 y T-576 de 2008.

⁶⁵ Así se hizo en las sentencias T-808 de 2005, T-662 de 2005, T-980 de 2004, T-288 de 2004, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998.

Ante la presencia del daño consumado, de conformidad con la jurisprudencia reseñada, la Corte procedió a (i) indicar que los demandados habían incurrido en una vulneración de los derechos fundamentales de la actora al rehusarse a practicarle la IVE a pesar de encontrarse incurso en una de las hipótesis despenalizadas mediante la sentencia C-355 de 2006, (ii) señalar que los jueces de instancia han debido conceder el amparo y a (iii) oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de la Protección Social, al Consejo Seccional de Judicatura respectivo y a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se investigaran las conductas de las demandadas y de los jueces de instancia. Es más, en las sentencias reseñadas la Corte consideró que, más que informar a la peticionaria y a su familia sobre las acciones jurídicas a las que podía acudir para la reparación del daño, se debía hacer uso del artículo 25 del decreto 2591 de 1991 que permite, de forma excepcional (iv) ordenar en abstracto la indemnización del daño causado.

13.- Ahora bien, en la sentencia T-585 de 2010 esta Sala advirtió que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto. A manera de ejemplo, indicó que ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el tutelante perdiera el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo.

Esto fue precisamente lo que aconteció en el asunto decidido a través de la sentencia T-988 de 2007 en el que la E.P.S. se rehusó ilegítimamente a practicar la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal violento en persona incapaz de resistir. Ante la negativa, la mujer terminó su gestación por fuera del sistema de salud por lo que, en sede de revisión, cualquier orden judicial dirigida a la interrumpir el embarazo resultaba inocua. No se trataba entonces de un hecho superado, pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada, pero tampoco de un daño consumado en vista de que el nacimiento tampoco se produjo. En esa ocasión se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte (i) se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que el amparo debía haber sido concedido y (ii) advirtiera a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales.

Lo mismo sucedió en el caso de la sentencia T-585 de 2010 en el que la I.P.S. demandada no realizó un diagnóstico oportuno a la peticionaria, cuyo embarazo al parecer estaba poniendo en riesgo su salud mental. Debido a esta omisión, la mujer terminó su gestación por fuera del sistema de salud. En esa oportunidad la Sala consideró que la carencia actual de objeto (i) no impedía un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, lo cual podría tener (ii) importantes efectos en materia prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y (iii) podía ser un primer paso para la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

14.- Visto lo anterior es claro para la Sala que la carencia actual de objeto –por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela- no es óbice para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y sobre si el amparo ha debido ser concedido o negado, salvo la hipótesis de

daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Menos aún en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional. Adicionalmente, como se dijo, este pronunciamiento judicial puede servir para prevenir futuras violaciones de derechos fundamentales, para reparar perjuicios y para activar los procesos dirigidos a derivar responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

El derecho fundamental de las mujeres a la IVE como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia

15.- En la sentencia C-355 de 2006, a raíz de una demanda de inconstitucionalidad contra varias normas del Código Penal relativas al delito de aborto, la Corte decidió que su penalización absoluta era contraria a la Constitución⁶⁶. Esta consideración la llevó a indicar en la parte resolutive de la sentencia que *“no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se*

⁶⁶ Para un recuento de los argumentos usados en la sentencia C-355 de 2006, ver la sentencia T-585 de 2010.

produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

16.- Como se expresó en la sentencia T-585 de 2010, resulta innegable que a partir de la sentencia C-355 de 2006 surgió en Colombia un verdadero derecho a la IVE en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las hipótesis despenalizadas; afirmación que se fundamentó en una reconstrucción de la argumentación empleada en la mencionada sentencia de constitucionalidad.

Así, en la sentencia C-355 de 2006 la Corte concluyó que la protección de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental – contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- imponen reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación al menos en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada. En otras palabras, del contenido mismo de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó una facultad, es decir, un derecho consistente en decidir si procrear o abstenerse de hacerlo, el cual se activa en cabeza de las mujeres gestantes cuando se encuentran en los eventos antes indicados.

17.- Reitera la Sala en esta oportunidad que el derecho a la IVE tiene *per se* carácter fundamental⁶⁷ ya que hace parte de los denominados derechos reproductivos y más exactamente de la autonomía reproductiva, cuyo rango fundamental fue reconocido por la Corte en la misma sentencia C-355 de 2006. En esta última afirmó que “*los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos*” y que estos “*incluyen el derecho fundamental de todas las personas a decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos (...)*”⁶⁸ (subrayas fuera del texto original). Como se ve la sentencia aludió expresamente a la naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva y si la IVE –en las hipótesis despenalizadas- es parte del derecho fundamental a la autodeterminación

⁶⁷ Como lo había expresado ya en la sentencia T-585 de 2010.

⁶⁸ Aparte número 7 sobre los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.

reproductiva, entonces es lógico concluir que esta facultad también es de carácter fundamental.

18.- La pertenencia del derecho a IVE a la categoría de los derechos reproductivos y más específicamente a la autodeterminación reproductiva fue explicada profusamente por esta Sala en las sentencias T-732 de 2009 y T-585 de 2010. Esta clasificación partió del análisis del contenido de los derechos reproductivos en la Constitución de 1991 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, entendidas estas normas de conformidad con la interpretación efectuada por esta Corte y por los organismos internacionales competentes.

En las mencionadas sentencias se expresó que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

(i) En virtud de la autodeterminación reproductiva se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas, en especial de las mujeres⁶⁹, de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que *“la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”* y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)⁷⁰ que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos.

En este sentido, el derecho a la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no (artículos 13 y 42 de la Constitución⁷¹ y artículo 11.2 de la CEDAW⁷²). Por tanto, se viola el

⁶⁹ Como se reconoció en las sentencias T-732 de 2009 y T-585 de 2010, tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, se aceptó también que es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado.

⁷⁰ Ratificada por Colombia desde 1982.

⁷¹ *“La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”*.

⁷² *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con*

derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados⁷³ o cuando se solicitan pruebas de esterilización⁷⁴ o de embarazo⁷⁵ para acceder o permanecer en un empleo.

Además, este derecho reconoce que este tipo de decisiones son personales, pues “[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos...no debe...estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”⁷⁶. Es por ello que el derecho a la autodeterminación reproductiva es vulnerado, por ejemplo, “cuando se obliga al marido a dar su autorización para decidir sobre la esterilización de la mujer, o cuando se establecen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como por ejemplo, tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando es obligatorio que los médicos y otros funcionarios de salud informen sobre los casos de mujeres que se someten a abortos”⁷⁷.

Ahora bien, después de la sentencia C-355 de 2006 es posible afirmar que dentro del contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva se encuentra el derecho de las mujeres gestantes a la IVE pues tal decisión les reconoció precisamente la facultad de decidir libremente si procrear o no cuando se encuentran en las hipótesis despenalizadas.

(ii) Los derechos reproductivos también reconocen, respetan y garantizan

los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil (...)”.

⁷³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Capítulo VII Los Derechos de la Mujer” en *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, junio, 2000, párr. 26. En el mismo sentido, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer*, 1992, párr. 22; COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “Observación General N° 19” en *Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004; e INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS. *Políticas y prácticas que repercuten en la salud reproductiva de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen*, 1999, párr. 52.

⁷⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, 1997, párr. 14

⁷⁵ Esta Corte ha rechazado sistemáticamente esta práctica. Ver, entre otras, las sentencias T-1002 de 1999, T-472 de 2002, T-873 de 2005 y T-071 de 2007, entre otras.

⁷⁶ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22.

⁷⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 28. igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29/3/2000, párr. 20.

la facultad de las personas, en especial de las mujeres, de acceder a servicios de salud reproductiva. Estos incluyen, entre otros:

-Educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquél de su preferencia, prestación que está reconocida en los artículos 10⁷⁸ y 12⁷⁹ de la CEDAW y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña⁸⁰.

-Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Al respecto, el artículo 43 de la Constitución prescribe que *“durante el embarazo y después del parto [la mujer] gozará de especial asistencia y protección del Estado”*. Por su parte, el artículo 12 de la CEDAW impone a los Estados la obligación de asegurar *“a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”*. Así mismo, el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño los obliga a proporcionar *“atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”*.

-Prevención y tratamiento las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino⁸¹.

-Por último, el acceso a los servicios de IVE de forma segura, oportuna y

⁷⁸ *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”* (subrayado fuera de texto).

⁷⁹ *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”* (subrayado fuera de texto).

⁸⁰ *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.*

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...)

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia” (subrayado fuera de texto). Ratificada por Colombia en 1991.

⁸¹ Al respecto, en la sentencia T-605 de 2007, esta Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS practicarle una *“cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”*, excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear. Así mismo, en la sentencia T-636 de 2007, con el mismo argumento, se ordenó a una EPS practicar a una mujer un examen de diagnóstico denominado *“cariotipo materno”* con el objetivo de determinar la causa de sus constantes abortos espontáneos.

con calidad en aquellos casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006.

19.- Revisado el contenido de los derechos reproductivos se explica su caracterización como derechos fundamentales ya que las prerrogativas que conceden, incluida la IVE, son a su vez parte de los derechos fundamentales reconocidos expresamente en la Constitución de 1991 pues simplemente especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en el ámbito de la reproducción⁸². Por esta razón la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 indicó que esta categoría de derechos *“abarca ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso”* (principio 4). Afirmación similar a la hecha en la sentencia C-355 de 2006 según la cual el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres *“parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos”*.

20.- En la sentencia T-585 de 2010 se resaltó que el reconocimiento de la IVE –en los casos despenalizados- como derecho fundamental implicó el surgimiento de un conjunto de obligaciones de respeto y de garantía en cabeza del Estado y de los prestadores y promotores del servicio público de salud.

En otras palabras, el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto- tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. Así también, tienen el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía-⁸³.

Al respecto, la sentencia T-388 de 2009 enlistó, de forma enunciativa, algunas de las obligaciones de respeto y de garantía más importantes:

⁸² Así las sentencias T-732 de 2009 y T-585 de 2010.

⁸³ En este sentido la sentencia T-988 de 2007.

- (i) *“Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo.*
- (ii) *Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 (...)*
- (iii) *Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar disponibles en todo el territorio nacional - bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia - y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran.*
- (iv) *Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atiende la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.*
- (v) *Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.*
- (vi) *Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de la red pública con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción*

voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad.

(vii) *Ninguna entidad prestadora de salud – sea pública o privada, confesional o laica - puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 – cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia -.*

(viii) *Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C- 355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:*

- *Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido.*
- *Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.*
- *Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.*
- *Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.*
- *Suscribir pactos – individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo.*
- *Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios*

de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados (as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos.

- *Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.*
- *Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico – en este caso la práctica del aborto inducido – no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente.*
- *No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo”.*

Según la sentencia T-585 de 2010, en la hipótesis de peligro para la vida o la salud de gestante, a las obligaciones mencionadas se deben agregar las relativas a la faceta de diagnóstico, la cuales serán explicadas más adelante.

21.- De conformidad con todo lo anterior es imperioso concluir, como lo hizo la sentencia T-585 de 2010, que a partir de la sentencia C-355 de 2006 existe en Colombia un derecho a la IVE en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las hipótesis despenalizadas, el cual a su vez se deriva del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental.

También es necesario reiterar que este derecho tiene rango fundamental al inscribirse en una categoría—los derechos reproductivos— que ha sido considerada de naturaleza fundamental por la jurisprudencia constitucional. Lo anterior por ser especificaciones, en el ámbito de la reproducción, de varios derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución de 1991 tales como la vida, la salud, la igualdad, la libertad y la integridad personal.

De este reconocimiento del derecho fundamental a la IVE –en las circunstancias despenalizadas- se desprende para el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.-, la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas – obligación de respeto- y el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía-.

El derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante, los requisitos para proceder a ésta y la imposibilidad de exigir requisitos adicionales. Reiteración de jurisprudencia.

22.- Como se adelantó, en la sentencia C-355 de 2006 la Corte despenalizó el delito de aborto en los casos en los cuales se ve amenazada la salud y la vida de la mujer gestante.

El fundamento para ello fue que resulta a todas luces un exceso requerir que la vida de la madre – ya formada – ceda ante la vida del feto – apenas en formación -. En ese orden de ideas, manifestó la Corporación: *“si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propia de la madre respecto de la salvaguarda del embrión”*. Hizo hincapié la Corte en que la mujer en estado de gestación no puede ser obligada *“a asumir sacrificios heroicos”* ni puede conducirse *“a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”*. A su juicio, una obligación de esta entidad resulta por entero inexigible así el embarazo haya sido resultado de un acto consentido, máxime – agregó la Corporación - cuando se tiene en cuenta el artículo 49 Superior que contiene el deber en cabeza de toda persona *“de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud.”*

La Corte trajo a la memoria lo establecido en diferentes convenios internacionales encaminados a proteger el derecho a la vida y a la salud de las mujeres (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁴, artículo 12.1 de la CEDAW⁸⁵ y artículo 12 del Pacto

⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales – PIDESC⁸⁶) y recordó que tales disposiciones forman parte del bloque de constitucionalidad y exigen, en consecuencia, que el Estado adopte las medidas orientadas a proteger la vida y la salud de la mujer en estado de gravidez. En tal sentido, recalcó la Corte que prohibir el aborto cuando *“está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir (...) una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivada de las normas del derecho internacional.”*

23.- También se indicó que la causal de peligro para la salud y la vida de la mujer gestante no cobija solamente la protección de su salud física sino que también se extiende a *“aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental”*, y evocó la disposición contenida en el artículo 12 del PIDESC según la cual la garantía del derecho a la salud supone gozar del *“más alto nivel posible de salud física y mental”*. Concluyó la Corporación que el embarazo podía provocar *“una situación de angustia severa o, incluso, graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica”*.

24.- En la sentencia C-355 de 2006, además de indicar las hipótesis del delito de aborto que serían despenalizadas, la Sala Plena de esta Corporación dejó claros los requisitos que debían cumplir las mujeres embarazadas que, incursas en éstas, desearan interrumpir voluntariamente la gestación.

En los casos de peligro para la vida y la salud integral de la mujer gestante la Corte precisó que el *único* requisito que se puede exigir para acceder a su petición de IVE es un *certificado médico*. Específicamente en la hipótesis de afectación de la salud mental, en la sentencia T-388 de 2009 esta Sala subrayó que está terminantemente prohibido descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos pues la Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.

25.- La jurisprudencia de las diferentes Salas de Revisión de esta Corte ha sido enfática y unánime en reiterar que, de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006, los *únicos* requisitos que se pueden exigir para proceder a una IVE son aquellos determinados en esta sentencia de constitucionalidad⁸⁷. Se ha expresado que, aunque es cierto que la Corte no excluyó a posibilidad de regulación legislativa, fue muy enfática al

⁸⁵ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

⁸⁶ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

⁸⁷ Ver las sentencias T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-388 de 2009.

precisar que tales regulaciones no podían encaminarse a establecer “*cargas desproporcionadas sobre el ejercicio de los derechos de la mujer*”. Hasta el momento no hay regulación legislativa alguna lo que refuerza la conclusión de que *sólo* se pueden exigir los requisitos indicados en la sentencia C-355 de 2006.

Además, en la sentencia C-355 de 2006 se aclaró también que cada una de las hipótesis despenalizadas “*tiene carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable*” o viceversa⁸⁸.

Lo anterior corresponde plenamente con la obligación de respeto del derecho fundamental a IVE a la que se ha aludido en esta sentencia y en la sentencia T-585 de 2010, según la cual el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis, tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. Ha sido precisamente la trasgresión de esta obligación la que ha llevado a esta Corte a emitir varias sentencias de tutela en las cuales ha estimado vulnerados los derechos fundamentales de mujeres gestantes a las que se les han hecho exigencias no expresadas en la sentencia C-355 de 2006.

Así, en la sentencia T-988 de 2007 esta Sala de Revisión concluyó que la E.P.S. demandada había incurrido en una violación de los derechos fundamentales de una mujer con discapacidad física y mental -que había quedado en estado de embarazo como consecuencia de un acceso carnal en persona incapaz de resistir- al exigirle requisitos adicionales a la denuncia para proceder a la IVE, en contravía de la sentencia C-355 de 2006. En concreto, de manera ilegítima la demandada requirió sentencia judicial de interdicción y guarda y prueba psicológica por medio de la cual se comprobara que la relación sexual no había sido consentida. Así, se consideró que ésta “*en lugar de remover los obstáculos para lograr la efectividad de los derechos de la joven –lo que, como se mostró, es deber de las autoridades públicas y también de las EPS quienes obran en esa calidad al ser prestadoras del servicio público de salud-, se orientó a multiplicarlos*”.

De manera similar, en la sentencia T-209 de 2008 la Sala Novena de Revisión concluyó que la E.P.S. y la I.P.S. demandadas habían incurrido en una violación a los derechos fundamentales de una menor de catorce

⁸⁸ En el mismo sentido, sentencia T-209 de 2008.

años -víctima de acceso carnal abusivo- al rehusarse a practicarle el procedimiento para la IVE bajo el argumento de que existían discrepancias entre la fecha del delito y la de la fecundación, a pesar de que se presentó la correspondiente denuncia y de que, en vista de la edad de la menor –trece años-, se presume la violación sexual de acuerdo con la legislación penal.

A igual conclusión arribó la Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-946 de 2008 mediante la cual se decidió el caso de una mujer interdicta - que quedó en estado de embarazo al ser víctima de acceso carnal en persona incapaz de resistir- a la cual se le negó la práctica de la IVE debido a que no se podía determinar si el embarazo era en realidad producto de la violación. En concreto afirmó que *“la solicitud, de cualquier otro requisito, en el evento descrito constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo”*.

Más recientemente esta Sala de Revisión en la sentencia T-388 de 2009 consideró que se habían vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria, que había exigido la IVE debido a que se presentaban malformaciones del feto que hacían inviable su vida, adjuntado el certificado médico respectivo, y a quien se le había solicitado orden judicial para proceder a la intervención.

26.- Al tener en cuenta lo explicado, queda claro que a partir de la sentencia C-355 de 2006 las mujeres cuya vida o salud física o mental está en riesgo por causa del embarazo tienen el derecho fundamental de exigir la IVE, solicitud ante la cual las entidades del sistema de seguridad social en salud *sólo* pueden exigirles un *certificado médico* que dé cuenta tal amenaza ya que este fue el *único* requisito indicado en la sentencia C-355 de 2006. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cualquier requisito adicional constituye incumplimiento de la obligación de respetar el derecho fundamental a la IVE.

La faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante. Reiteración de jurisprudencia

27.- En la sentencia T-585 de 2010 esta Sala señaló que el derecho

fundamental a la IVE incluye una faceta de diagnóstico en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre. Ello porque, al tratarse de un asunto relacionado con la salud, es precisamente un diagnóstico médico el que puede determinar si se configura la hipótesis referida. De ahí que el requisito para acceder a la IVE sea justamente un certificado médico.

28.- En virtud de este contenido del derecho fundamental a la IVE, la gestante puede exigir de las entidades públicas y de los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S., I.P.S. y profesionales de la salud que la atiendan-:

(i) Una valoración médica oportuna sobre el peligro que representa el embarazo para su vida o su salud. Esta se debe dar en aquellos eventos en que los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o cuando la mujer gestante alega estar incurso en ella por los síntomas que presenta. Además, debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 determinó que la amenaza para ésta también legítima una solicitud de IVE.

(ii) La expedición oportuna del certificado médico para proceder a la IVE, el cual debe responder a los resultados de la valoración médica realizada.

29.- Así, de un lado, la obligación de respeto de la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE implica que una E.P.S., I.P.S. o un profesional de la salud no puede:

(i) Negar o dilatar la realización de las consultas o exámenes necesarios para verificar si el embarazo amenaza la vida o la salud física o mental de la gestante.

(ii) Negar o dilatar la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado.

30.- De otro lado, según la sentencia T-585 de 2010, para satisfacer la obligación de garantía de esta faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE, las entidades públicas y privadas que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.- deben contar con protocolos de diagnóstico rápido en aquellos eventos en que los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure esta hipótesis o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella

por los síntomas que presenta. Tales protocolos deben ser integrales, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE.

31.- De conformidad con lo expresado, en el caso decidido mediante la sentencia T-585 de 2010 esta Sala encontró vulnerado el derecho fundamental a la IVE en su faceta de diagnóstico y demostró que el Hospital demandado había incumplido su obligación de respetarlo y garantizarlo.

Indicó que, a pesar de la solicitud de IVE que hizo la peticionaria por los graves síntomas que padecía, los profesionales de la salud que la atendieron no le ordenaron ningún examen tendiente a determinar si se presentaba peligro para su vida o su salud física y mental y se limitaron a darle citas para controles. Solamente con ocasión de la prueba ordenada por el juez de instancia la actora fue examinada en el Hospital demandado con el objetivo de verificar el peligro para su vida o su salud. Agregó esta Sala que, aunque como resultado de esta valoración se descartó la causal de peligro para la vida y la salud física, en el mismo dictamen el médico advirtió un posible peligro para la salud mental, a pesar de lo cual la peticionaria no fue remitida inmediatamente a un profesional de la psicología ni por el Hospital demandado ni por el juez de instancia. Manifestó así mismo que lo sucedido sugería que el Hospital demandado carecía de un protocolo de diagnóstico oportuno para los casos de IVE en los que se alega la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante.

32.- En esta oportunidad la Sala resalta que la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE es una aplicación de la ya reiterada y unánime jurisprudencia de esta Corte sobre el denominado derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho fundamental a la salud⁸⁹, la cual se ha venido desarrollando aproximadamente desde el año 2003⁹⁰.

Según esta línea jurisprudencial, el derecho al diagnóstico otorga a su titular –paciente- la facultad de exigir a su E.P.S. o I.P.S. “(i) la prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el

⁸⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-055 de 2009, T-274 de 2009, T-050 de 2009, T-760 de 2008, T-398 de 2008, T-795 de 2008, T-253 de 2008, T-1180 de 2008, T-881 de 2008, T-570 de 2008, T-083 de 2008, T-1177 de 2008 y T-324 de 2008.

⁹⁰ Ver la sentencia T-843 de 2003.

*caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles*⁹¹.

Ha precisado además esta Corporación que el diagnóstico debe ser oportuno⁹². Al respecto, ha dicho que *“es preciso resaltar que la urgencia de su práctica no se da en forma exclusiva en aquellos eventos en los cuales la vida del paciente se encuentra en riesgo inminente, pues la demora injustificada en la atención de las enfermedades ordinarias, ocasionada por la falta de diagnóstico, supone un ilegítimo irrespeto al derecho a la dignidad humana, toda vez que dicha actuación dilatoria obliga al paciente a soportar las inclemencias de su dolencia, siendo éstas evitables con la puntual iniciación del tratamiento médico”*⁹³. Además, el diagnóstico debe hacerse de manera completa⁹⁴ y con calidad⁹⁵.

Con base en lo anterior, esta Corte ha identificado como una las conductas violatorias del mencionado derecho el que la E.P.S, I.P.S. o su personal médico rehúsen o demoren la realización de cualquier tipo de diagnóstico respecto de los síntomas que presenta el paciente y, en consecuencia, nieguen o retarden la prescripción de cualquier tipo de tratamiento⁹⁶.

Se ha hecho notar que, sin la orden médica respectiva, no se cumple el requisito jurisprudencial consistente en que para que se concedan servicios médicos por medio de la acción de tutela éstos deben estar respaldados en el concepto de un profesional de la salud pues el juez carece del conocimiento científico para determinar el tratamiento de las enfermedades⁹⁷. Así las cosas, en algunas ocasiones las entidades del

⁹¹ Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-083 de 2008 y T-452 de 2010. En similar sentido la sentencia T-274 de 2009 en la que se indicó: *“(…) tal garantía confiere al paciente la prerrogativa de exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”*.

⁹² Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-055 de 2009, T-274 de 2009, T-881 de 2008, T-083 de 2008 y T-324 de 2008, entre otras.

⁹³ Sentencia T-274 de 2009, reiterada por la sentencia T-452 de 2010. En similar sentido, las sentencias T-785 de 2008, T-253 de 2008 y T-1177 de 2008, entre otras.

⁹⁴ *Ibídem*.

⁹⁵ Sentencias T-083 de 2008 y T-452 de 2010.

⁹⁶ Es el caso de las sentencias T-050 de 2009, T-1180 de 2008 y T-646 de 2009.

⁹⁷ Sentencias T-055 de 2009, T-050 de 2009, T-398 de 2008, T-1180 de 2008, T-881 de 2008 y T-570 de 2008, entre otras.

sistema de salud o su personal médico niegan o retardan la emisión de un diagnóstico y de la respectiva prescripción del tratamiento con el objetivo de evitar ser sujetos pasivos de la acción de tutela y con ello obstaculizan en la práctica la garantía del acceso a los servicios y prestaciones en salud a los que tienen derecho las personas⁹⁸.

Ante esta conducta, la jurisprudencia constitucional ha indicado que *“cuando el usuario no cuenta con una orden médica escrita, pero no ha logrado superar satisfactoriamente alguna patología, le asiste el derecho a que se le diagnostiquen las prestaciones necesarias para conjurar dicha situación”*⁹⁹. La orden del juez constitucional debe estar dirigida entonces a que la E.P.S. o I.P.S., en cabeza de su personal médico, especializado de ser el caso, emitan respecto del paciente un diagnóstico y la respectiva prescripción que le permita iniciar un tratamiento médico dirigido a la recuperación de su salud o al alivio de su dolencia según el caso¹⁰⁰.

Revisada brevemente la jurisprudencia sobre el denominado derecho al diagnóstico, se ven las coincidencias con faceta de diagnóstico del derecho a la IVE. Ambas otorgan al paciente la posibilidad de exigir la realización de todos los exámenes y consultas necesarias para hacer un diagnóstico oportuno, completo y de calidad, con la consecuente prescripción de un tratamiento acorde con el mismo. La especificidad en el caso de la IVE es que el paciente es una mujer gestante, el diagnóstico se dirige a comprobar o descartar la presencia de una amenaza a la vida o salud mental o física a causa del embarazo y la prescripción, en la primera de las situaciones, es la realización de una IVE, si la mujer libremente desea proceder a ella. Así también la construcción jurisprudencial de ambos derechos busca evitar que las entidades públicas y privadas del sistema de seguridad social en salud obstaculicen o nieguen el acceso a los servicios médicos en general, y a la IVE en particular, mediante la negación injustificada de la expedición de las órdenes o certificados médicos.

Con las anteriores consideraciones procede la Sala a resolver el caso concreto.

Caso concreto

⁹⁸ Sentencia T-274 de 2009.

⁹⁹ Sentencia T-050 de 2009.

¹⁰⁰ Sentencia T-452 de 2010.

33.- En el presente asunto, Balder considera amenazados los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de su hija menor de edad AA debido a que BB E.P.S. no respondió su solicitud de IVE y se negó a practicarle el procedimiento, a pesar de que, a su juicio, está incurso en una de las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006, a saber, peligro para la salud de la madre. En consecuencia, solicitó ordenar a la demandada llevar a cabo la intervención referida.

34.- Advierte la Sala que en el caso de la referencia se presenta una carencia actual de objeto que determina que sea imposible que la orden solicitada en la demanda de amparo –la práctica de la IVE- surta algún efecto pues, por medio de escrito del veintiséis (26) de octubre de 2011, la abogada de la peticionaria informó al Despacho del Magistrado Ponente que AA dio a luz el veinte (20) de septiembre de 2011¹⁰¹. En esta oportunidad la carencia actual de objeto se deriva de un daño consumado pues la amenaza del derecho fundamental que se denunciaba en el escrito de tutela –suponiendo que ésta tuvo lugar- se ha concretado haciendo imposible ordenar lo que se pretendía –la IVE-, de modo tal que lo único que procedería es el resarcimiento de los daños que hubieran podido originarse por la pretendida violación del derecho fundamental, lo cual es excepcionalmente permitido por medio de la acción de tutela.

Como se expresó, la carencia actual de objeto por daño consumado no impide a esta Corte pronunciarse de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, salvo que el daño se consume con anterioridad a la presentación de la acción –lo que no sucedió en el presente caso-. Ello es así porque este pronunciamiento tiene importantes efectos en materia de interpretación de los derechos fundamentales y prevención de sus futuras violaciones, además de que puede ser un primer paso para la reparación del daño ocasionado y la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias. Esta fue la postura asumida por la Corte en las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008, en las cuales se produjeron los nacimientos tras la negación injustificada de las solicitudes de IVE. Después de concluir que se había incurrido en violación de derechos fundamentales, se ofició a las entidades encargadas de investigar administrativa, disciplinaria y penalmente a los demandados y a los jueces de instancia y se hizo uso del artículo 25 del decreto 2591 de 1991 que permite, de forma excepcional, ordenar en abstracto la indemnización del daño causado.

¹⁰¹ Folios12-33, cuaderno principal.

De conformidad con lo expresado, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre el asunto de la referencia, al cabo de lo cual decidirá si hay lugar a tomar medidas en relación con la reparación del daño y las posibles responsabilidades que deriven de la violación de derechos fundamentales.

35.- Es necesario determinar entonces si BB E.P.S. violó el derecho fundamental de AA a la IVE. Encuentra la Sala que la respuesta es afirmativa y que ello fue consecuencia de acciones y omisiones imputables a la demandada, que revelan el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía del derecho fundamental mencionado.

La primera de estas omisiones fue la falta de respuesta oportuna a la solicitud de IVE presentada por AA. De acuerdo con la sentencia T-585 de 2010, después de la sentencia C-355 de 2006, el derecho a acceder a los servicios de salud reproductiva incluye el acceso a los servicios de IVE de forma oportuna -en aquellos casos en que no es punible-. Como se explicó, del reconocimiento de este derecho se desprende para las E.P.S. una obligación de garantía consistente en desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas las actividades necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad. Resulta evidente para la Sala que una de estas actividades es la respuesta oportuna a las peticiones de IVE, pues éste es el primer paso para acceder al servicio de forma igualmente oportuna.

En el asunto de la referencia, tal obligación de garantía fue desatendida por BB. En efecto, AA presentó la petición a la E.P.S. demandada el veinticinco (25) de abril de 2011¹⁰² y hasta el momento de interposición de la presente acción de tutela -once (11) de mayo de dos mil once (2011)¹⁰³ - habían transcurrido dieciséis días sin respuesta alguna. Según indica la misma la E.P.S. en su escrito de contestación¹⁰⁴, sólo se disponía a iniciar las actividades encaminadas a responder la solicitud el veinticuatro (24) de mayo de 2011 -casi un mes después- fecha en la cual un médico adscrito a la E.P.S. valoraría a la niña. Nótese además que, revisado el expediente, se comprueba que esta valoración ni siquiera se produjo por iniciativa de la E.P.S. como parte del trámite de la solicitud de IVE que se había presentado, sino como consecuencia de una solicitud de cita médica realizada por la accionante a raíz de un dolor de estómago sufrido por AA¹⁰⁵.

¹⁰² Folio 6, cuaderno 1.

¹⁰³ Folio 31, cuaderno 1.

¹⁰⁴ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁰⁵ Folio 30, cuaderno 1.

El término de casi un mes –que se tomó la E.P.S. demanda para iniciar apenas las acciones dirigidas a contestar la solicitud de AA- de ningún modo es razonable tratándose de una IVE, ya que con cada mes de gestación se hace más riesgoso y complejo su procedimiento de interrupción. Desde la expedición de la resolución 000495 de 2006 del Ministerio de Protección Social¹⁰⁶, se consideró que un plazo razonable para dar respuesta a la petición de IVE y llevarla a cabo –si ello es médicamente posible- son cinco días, término que es mucho menor a un mes e incluso más reducido que los quince (15) días estipulados en el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo para dar respuesta al derecho de petición. La brevedad de este plazo responde precisamente a la urgencia de la realización del procedimiento en aras de minimizar su complejidad y riesgos.

La resolución mencionada estaba parcialmente fundada en el decreto 4444 de 2006 actualmente suspendido de forma provisional por la Sección Primera del Consejo de Estado el 15 de octubre de 2009¹⁰⁷, razón por la cual se puede cuestionar la posibilidad de su aplicación, al menos en este momento. Sin embargo, la Sala estima que su vigencia durante aproximadamente tres años sirvió para que todas las E.P.S. e I.P.S. advirtieran su obligación de responder las solicitudes y practicar las IVE en un corto tiempo. De modo tal que no puede la E.P.S. demandada argumentar que tomarse un mes para apenas iniciar las gestiones tendientes a contestar una petición de IVE es razonable y no constituye un incumplimiento de su obligación de garantizar el derecho fundamental a la IVE, pues desde 2006 sabía que es su deber dar respuesta a estas solicitudes en un breve lapso.

36.- La segunda de las conductas violatorias del derecho fundamental a la IVE de AA por parte de la E.P.S. demandada fue exigirle un requisito adicional al determinado en la sentencia C-355 de 2006 para proceder a la misma. En la sentencia T-585 de 2010 esta Sala resaltó que el reconocimiento de la IVE –en los casos despenalizados- como derecho fundamental de tipo reproductivo hizo surgir para las E.P.S. una obligación de respeto, que implica abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE, tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. En otras palabras, los únicos requisitos que se pueden exigir para proceder a una IVE son aquellos determinados en esta sentencia de constitucionalidad. Como se explicó, lo anterior es producto de una sólida línea jurisprudencial que

¹⁰⁶ Ver artículo 5.

¹⁰⁷ Expediente 2008-00256-00.

parte de la misma sentencia C-355 de 2006 y que ha sido reiterada unánimemente por diferentes salas de revisión de esta Corte en las sentencias T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-388 de 2009.

Revisado el texto de la sentencia C-355 de 2006, en la hipótesis de peligro para la salud física o mental de la mujer gestante –como es el caso de AA- el *único* requisito que se puede exigir es *un certificado médico*. Este fue cumplido más que satisfactoriamente en el asunto de la referencia: las pruebas demuestran que, a la solicitud de IVE que se hizo el veinticinco (25) de abril de 2011, se adjuntaron no sólo uno sino dos certificados médicos que comprobaban que el embarazo representaba un peligro para la salud mental y física de AA, los cuales fueron expedidos respectivamente por un psiquiatra y una gineco–obstetra¹⁰⁸. Contrario a lo manifestado por la Personería de QQ¹⁰⁹, la Sala estima que cualquiera de las dos certificaciones médicas hubiera bastado para autorizar inmediatamente la IVE ya que ambas fueron expedidas por profesionales de la salud quienes, con base en su conocimiento científico y tras una valoración de la paciente, concluyeron que su salud física y mental estaban amenazadas por el embarazo, que es precisamente lo que exige la sentencia C-355 de 2006. Una entidad pública no está en posición de descalificar el concepto de un profesional de la salud pues carece de los conocimientos médicos para ello.

La exigencia que le hizo la E.P.S. BB a la niña según la cual las certificaciones médicas debían venir acompañadas de la historia clínica la paciente¹¹⁰, excede el requisito del certificado médico expresado en la sentencia C-355 de 2006. Si se consideraba necesario contar con tal documento para proceder a la intervención, la E.P.S. ha debido solicitarlo inmediatamente, más no negar ni dilatar el acceso al servicio por su ausencia.

Lo antedicho demuestra que la demandada en efecto vulneró el derecho fundamental a la IVE de AA (i) al no garantizarlo mediante una respuesta oportuna a su solicitud de IVE y (ii) al incumplir su obligación de respetarlo ya que obstaculizó su ejercicio mediante la exigencia un requisito que excedía el que fue fijado en la sentencia C-355 de 2006.

37.- Ahora bien, si la E.P.S. demandada estimaba que los certificados médicos anexados a la solicitud de IVE debían ser refrendados por sus

¹⁰⁸ Folios 6 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁰⁹ Folio 118 y siguientes, cuaderno 1.

¹¹⁰ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

profesionales de la salud, como lo sugiere en el escrito de contestación¹¹¹ -argumento que fue avalado por el juez de instancia¹¹²-, ha debido proceder inmediatamente de la forma determinada por la jurisprudencia constitucional, en vez de dilatar y negar el servicio de IVE.

Aproximadamente desde 2007¹¹³, esta Corte ha indicado que, cuando el paciente ha recurrido a un médico externo, la E.P.S. no puede simplemente negar el servicio ordenado por el mismo, sino que debe proceder a refrendar o refutar científicamente la prescripción con base en la condición médica particular del paciente, en ausencia de lo cual el juez de tutela puede hacer cumplir las prescripciones médicas dadas por el médico particular¹¹⁴. En la contestación de la tutela, la propia E.P.S. demandada acepta que negó la práctica de la IVE en razón a que los certificados médicos adjuntos a la petición de IVE no estaban suscritos por sus profesionales de salud¹¹⁵, sin ofrecer prueba de que previamente los había refutado científicamente con base en la condición médica particular de la gestante, lo que autorizaba al juez de instancia a dar plena validez a tales certificaciones, según la línea jurisprudencia reseñada.

En el escrito allegado al despacho del Magistrado Ponente durante el trámite de revisión, la abogada de la peticionaria informa que, después de negado el amparo, se realizó una “*junta médica materno-fetal*” y, más o menos un mes y tres semanas después de la petición inicial¹¹⁶, la E.P.S. demandada les comunicó telefónicamente que “*los médicos habían decidido no realizar la IVE, pues consideraban que la vida de AA no se encontraba en grave peligro*”¹¹⁷. Aún si estas afirmaciones son tomadas por ciertas -la abogada de la peticionaria no adjunta ningún soporte documental a su escrito¹¹⁸-, no soslayan la conclusión anterior según la cual el juez ha debido ordenar la IVE con base en los certificados médicos de los profesionales externos, no sólo porque estos hechos ocurrieron con posterioridad a la decisión judicial, sino porque la actividad de la E.P.S. fue sumamente tardía –se tomó más de un mes-. Se recuerda además que no se trataba de determinar si la vida de AA estaba en grave peligro sino de verificar que estaba afectada su salud física o mental.

¹¹¹ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

¹¹² Folio 141, cuaderno principal.

¹¹³ Ver la sentencia T-1080 de 2007.

¹¹⁴ Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-050 de 2009, T-055 de 2009, T-760 de 2008, T-881 de 2008, T-398 de 2008, T-570 de 2008, T-151 de 2008, T-324 de 2008, T-324 de 2008 y T-1080 de 2007, entre otras.

¹¹⁵ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

¹¹⁶ Aproximadamente el dieciséis (16) de junio de 2011.

¹¹⁷ Folios 12-33, cuaderno principal.

¹¹⁸ .

Aclara entonces la Sala que la línea jurisprudencial sobre las prescripciones de los médicos externos, aplicada a la IVE, significa que la E.P.S, I.P.S. o profesional de la salud adscrito a quien se le solicita su práctica con base en una certificación médica de un profesional de la salud externo debe proceder, si lo considera necesario desde el punto de vista médico, a refrendarla o refutarla científicamente a través de sus profesionales de la salud con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la misma¹¹⁹.

Ello por la imperiosa necesidad de realizar prontamente la IVE con el objetivo de que la intervención sea lo más sencilla posible y la mujer que se someta a ella corra también el menor riesgo posible. Permitir un debate científico y médico que se extienda más allá de este término dilataría la realización de una intervención médica que se hace más compleja y riesgosa entre más avanza la gestación y podría llegar a frustrar la posibilidad de realizar la IVE si el nacimiento se produce. Así las cosas, si el juez de tutela verifica que existe certificado médico de un profesional de la salud no adscrito, que no ha sido refutado científicamente en los cinco días siguientes a la solicitud de IVE, por la E.P.S., I.P.S. o un profesional de la salud adscrito, con base en la condición médica particular de la gestante, debe proceder a ordenarla con base en el concepto del primero.

38.- En el escrito allegado al despacho del Magistrado Ponente durante el trámite de revisión¹²⁰, la abogada de la peticionaria también informa ciertos hechos que ocurrieron con posterioridad a la presentación de la acción de la tutela y que, de ser ciertos, podrían estimarse como conductas violatorias del derecho fundamental a la IVE: (i) la exigencia de realizar una “*junta materno fetal*”, así como (ii) la sugerencia de que “*lo mejor era exponer ante la comisaría de familia (...) el caso como una violación, para que los médicos actuaran de inmediato*” y (iii) la conducta de una de las psicólogas adscritas a las E.P.S. que se negó a entregar un reporte escrito de la valoración que le realizó a la niña AA.

Aunque los anteriores hechos no se pueden estimar probados porque no se soportan en ninguna prueba y la demandada no tuvo oportunidad de defenderse frente a los mismos, merecen al menos un breve pronunciamiento por parte de la Sala, con el objetivo de que sean objeto

¹¹⁹ Esto último en caso de que sea médicamente viable.

¹²⁰ Folios12-33, cuaderno principal.

de comprobación en el marco de una futura investigación administrativa que será ordenada en la parte resolutive de la sentencia.

Sobre (i), se reitera que, como se indicó en la sentencia T-388 de 2009, dentro de las barreras inadmisibles a la IVE se encuentra la realización de juntas médicas que ocasionan tiempos de espera injustificados.

En lo relativo a (ii), es importante recalcar que la sentencia C-355 de 2006 dejó claro que cada una de las hipótesis despenalizadas *“tiene carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable”* o viceversa. Por ello, la sugerencia de acudir a la hipótesis de la violación resultaba totalmente innecesaria pues, como se vio, la causal de peligro para la salud se encontraba plenamente demostrada de acuerdo con lo exigido por la sentencia C-355 de 2006.

En lo que respecta a (iii), se explicó que la faceta de diagnóstico del derecho a la IVE faculta a las mujeres gestantes a exigir, entre otras cosas, la expedición oportuna del certificado médico para proceder a la IVE, el cual debe responder a los resultados de la valoración médica realizada, lo que significa que una E.P.S., I.P.S. o un profesional de la salud no puede negar o dilatar la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado.

39.- Es imperativo pronunciarse también sobre la decisión de instancia. En opinión de la Sala ninguno de los dos argumentos usados en esta justificaba la negativa del amparo.

Se explicó por qué era procedente ordenar la IVE con fundamento en los certificados médicos de los profesionales no adscritos a la E.P.S., pero resta analizar el argumento según el cual el hecho de que el embarazo de AA estuviera avanzado significaba que la IVE no pudiera ordenarse – argumento que parece ser compartido por la E.P.S. y sus médicos, según el escrito de tutela¹²¹ y la afirmación de la abogada de la actora en el escrito allegado en el trámite de revisión¹²²-. En concreto, en la sentencia de instancia se señaló que *“(…) según las pruebas aportadas al plenario, se advierte que la interrupción terapéutica del embarazo puede realizarse sin riesgo para la vida de la madre y el feto en las primeras 8 semanas de gestación y a la fecha la menor AA cuenta aproximadamente*

¹²¹ Folio 25, cuaderno principal.

¹²² Folios 12-33, cuaderno principal.

con 21 semanas de gestación, situación que sin duda pondría en peligro la vida de la menor y del feto”¹²³.

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

La sentencia C-355 de 2006 constituye el contenido mínimo del derecho fundamental a la IVE, el cual puede ser ampliado por el legislador. Recuérdesse que en esta decisión la Sala Plena indicó que *“se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal”*. Así mismo, las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la IVE pueden ser desarrolladas por el legislador, siempre y cuando se respete y garantice el contenido mínimo del derecho que fue reconocido por esta Corte. En este sentido, el legislador podría, por ejemplo, establecer un periodo de tiempo en el cual la sola voluntad de la mujer baste para acceder a la IVE o fijar un límite máximo razonable para la utilización de las causales hasta ahora despenalizadas, lo cual hasta el momento no ha ocurrido.

En ausencia de una norma legal que establezca una restricción de carácter temporal para la IVE en las hipótesis despenalizadas, esta Sala debe garantizar el mínimo reconocido en la sentencia C-355 de 2006 pues en esta se dejó claro que la falta de desarrollo legal no podía implicar la negación del derecho a la IVE. Con ello en mente, la Sala estima que la

¹²³ Folio 141, cuaderno principal.

decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento –que ni siquiera era el caso de AA, quien tenía menos de cinco meses de embarazo al momento de la interposición de la tutela¹²⁴- debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.

Una vez hecho este pronunciamiento de fondo, la Sala estima procedente tomar las siguientes medidas en relación con la reparación del daño, las posibles responsabilidades que se derivan de la violación del derecho fundamental a la IVE de AA y la prevención de futuras vulneraciones similares.

40.- Frente a lo primero, como se ha hecho en otras ocasiones¹²⁵, ante la verificación del daño consumado y de la violación de los derechos fundamentales de AA, se condenará en abstracto a BB E.P.S. a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a la menor por la negativa ilegítima de la IVE, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Los perjuicios deberán ser reparados en su integridad, para lo cual se deberá tener en cuenta, especialmente, la condición de menor de edad de AA y el daño ocasionado a su salud mental y a su proyecto de vida como consecuencia de la negación del acceso a la IVE, a la cual tenía derecho¹²⁶.

La liquidación de los perjuicios se hará por el juez administrativo de QQ –reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva.

Como parte de esa reparación –lo cual deberá ser tenido en cuenta por el juez a quien le corresponda liquidar los perjuicios-, y con el fin de proteger inmediatamente el derecho fundamental a la salud de AA, se ordenará a la demandada prestarle todos los servicios médicos que requiera a causa del nacimiento que se produjo, en lo que se refiere a su

¹²⁴ Folio 31, cuaderno 1.

¹²⁵ Sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008.

¹²⁶ Similares criterios se utilizaron en la sentencia T-209 de 2008.

salud física pero especialmente en lo tocante con su salud mental. Al ser estos servicios parte de la reparación, no estarán limitados a los servicios incluidos en el POS sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico.

Así también, en vista de que el hijo de AA no puede ser incluido, sin costo adicional, como beneficiario de la peticionaria en el régimen contributivo de salud, y la afiliación al régimen subsidiado puede demorarse, la E.P.S. deberá prestarle atención en salud, mientras no pueda ser incluido en alguno de estos dos regímenes, para lo cual la peticionaria deberá adelantar las gestiones necesarias en caso de no haberlo hecho hasta el momento.

Adicionalmente, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Secretaría de Salud de QQ y a la Secretaría de RR de QQ que, si AA lo desea, se le incluya en todos los programas dirigidos a madres adolescentes que estén disponibles y sean aplicables a su situación. Lo anterior porque no escapa a la Sala que la situación de la niña AA no es aislada sino que se inscribe en la problemática general sobre el alto número de embarazos adolescentes que se presentan en el país, la cual tiene consecuencias negativas indudables en el goce de los derechos fundamentales de las niñas que se convierten en madres y frente a la cual el Estado no puede permanecer inactivo.

41.- En relación con lo segundo -las posibles responsabilidades que se derivan de la violación del derecho fundamental a la IVE de AA- se compulsarán copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso BB E.P.S., lo que deberá incluir la corroboración de los hechos referidos en el párrafo 38 de la parte motiva de la presente sentencia.

42.- En lo relativo a lo tercero -la prevención de futuras vulneraciones similares a la sufrida por AA- se prevendrá a BB E.P.S para que en adelante responda oportunamente a las solicitudes de IVE y se abstenga de exigir requisitos adicionales a los fijados en la sentencia C-355 de 2006.

Así mismo, como se ha hecho en otras ocasiones¹²⁷, se ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud que, por los medios que considere efectivos y adecuados, informe a las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud que:

¹²⁷ Sentencias T-209 de 2008, T-388 de 2009 y T-585 de 2010.

(i) Deben responder de forma oportuna las solicitudes de IVE y que un término razonable para ello y para realizar su práctica –de ser médicamente posible- es de cinco (5) días.

(ii) La E.P.S a quien se le solicita la práctica de la IVE con base en una certificación médica de un profesional externo debe proceder, si lo considera necesario desde el punto de vista médico, a refrendarla o refutarla científicamente a través de sus profesionales de la salud, con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la misma. De superarse este término se debe proceder a la IVE con base en el concepto del médico externo.

(iii) Ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.

Aquí es necesario precisar que, el hecho de que la Superintendencia Nacional de Salud no haya sido vinculada al asunto de la referencia, no obsta para darle las ordenes antedichas pues ello se hace, no en calidad de parte como consecuencia de considerarla responsable por violación de derechos fundamentales, sino en virtud del cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias.

43.- Finalmente, para proteger la identidad de AA, se ordenará a la Secretaría General de esta Corte y al juez de instancia, limitar el acceso al expediente a las partes del presente proceso y guardar estricta reserva sobre su identidad. También se dará esta última orden a todos los particulares y entidades públicas vinculadas al asunto de la referencia.

Con miras al futuro incidente de liquidación de los perjuicios ocasionados a AA, se ordenará al juez que le corresponda conocer del mismo reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y

cualquier otro dato que conduzca a su identificación, así como restringir el acceso al expediente a las partes del proceso, a quienes debe ordenar guardar la misma reserva.

La desobediencia de estas órdenes estará sujeta a las sanciones legales correspondientes.

Como se anunció, con el objetivo de asegurar que la obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE en adelante sea conocida y cumplida por todos los jueces de tutela, se ordenará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, por los medios que estime más eficientes y adecuados, informe a todos los jueces de la República lo siguiente:

(i) Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.

(ii) Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva.

La misma aclaración hecha respecto de la Superintendencia Nacional de Salud –en el sentido de no ser necesaria su vinculación al presente proceso- resulta válida para la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado PP que decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora, para en su lugar declarar la carencia actual de objeto por daño consumado en razón

de la frustración del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, en la acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S.

Segundo.- CONDENAR en abstracto a BB E.P.S. a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a AA por la negativa ilegítima de la interrupción voluntaria del embarazo, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Los perjuicios deberán ser reparados en su integridad, para lo cual se deberá tener en cuenta, especialmente, la condición de menor de edad de AA y el daño ocasionado a su salud mental y a su proyecto de vida como consecuencia de la negación ilegítima del acceso a la IVE, a la cual tenía derecho.

La liquidación de los perjuicios se hará por el juez administrativo de QQ –reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva.

Tercero.- ORDENAR a BB E.P.S. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, como parte de la reparación ordenada en el numeral anterior, comience a prestarle a AA todos los servicios médicos que requiera a causa del nacimiento que se produjo, en lo que se refiere a su salud física pero especialmente en lo tocante con su salud mental. Al ser estos servicios parte de la reparación, no estarán limitados a los servicios incluidos en el POS sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico.

Así también la E.P.S. deberá prestar atención en salud al hijo de AA, mientras no pueda ser incluido en el régimen contributivo o subsidiado de salud, para lo cual la peticionaria deberá adelantar las gestiones necesarias en caso de no haberlo hecho hasta el momento.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Secretaría de Salud de QQ y a la Secretaría de RR de QQ que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, inicien los trámites para que, si AA lo desea, se le incluya en todos los programas dirigidos a madres adolescentes que estén disponibles y sean aplicables a su situación.

Quinto.- COMPULSAR copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, en ejercicio de sus

competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso BB E.P.S., lo que deberá incluir la corroboración de los hechos referidos en el párrafo 38 de la parte motiva de la presente sentencia.

Sexto.- PREVENIR a BB E.P.S para que en adelante responda oportunamente a las solicitudes de IVE y se abstenga de exigir requisitos adicionales a los fijados en la sentencia C-355 de 2006.

Séptimo.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, por los medios que considere efectivos y adecuados, inicie acciones tendientes a informar a las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud que:

(i) Deben responder de forma oportuna las solicitudes de IVE y que un término razonable para ello, y para realizar su práctica –de ser médicamente posible- es de cinco (5) días.

(ii) La E.P.S a quien se le solicita la práctica de la IVE con base en una certificación médica de un profesional externo debe proceder, si lo considera necesario desde el punto de vista médico, a refrendarla o refutarla científicamente a través de sus profesionales de la salud, , con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la misma. De superarse este término se debe proceder a la IVE con base en el concepto del médico externo.

(iii) Ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.

Octavo.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corte y al juez de

instancia limitar el acceso al expediente a las partes del presente proceso y guardar estricta reserva sobre la identidad de AA, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Noveno.- ORDENAR a BB E.P.S., a la I.P.S. CC, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a la Secretaría de Salud de QQ, a la Personería de QQ, a la Secretaría de RR de QQ, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Superintendencia Nacional de Salud guardar estricta reserva sobre la identidad de AA, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Décimo.- ORDENAR al juez que le corresponda conocer del incidente de liquidación de perjuicios, ordenado en el numeral segundo de la presente sentencia, reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, así como restringir el acceso al expediente a las partes del proceso, a quienes debe ordenar guardar la misma reserva, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Undécimo.- ORDENAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, por los medios que estime más eficientes y adecuados, inicie actividades tendientes a informar a todos los jueces de la República lo siguiente:

(i) Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.

(ii) Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva.

Décimo Segundo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General