

Sentencia SU096/18

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Procendencia cuando embarazo presenta grave malformación del feto incompatible con la vida

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA CONSTITUCION POLITICA Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS- Alcance y contenido

La Corte Constitucional ha precisado cual es el fundamento y el alcance de los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico colombiano. En tal sentido ha indicado que la estructura de estas garantías se edifica sobre dos dimensiones. La primera, relacionada con la libertad, que supone la imposibilidad del estado y la sociedad de implantar restricciones injustificadas en contra de las determinaciones adoptadas por cada persona; y la segunda, prestacional, que implica la responsabilidad de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo de estos derechos

ESTEREOTIPOS DE GENERO- Jurisprudencia constitucional

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS- Diferencias

Esta Corte menciona que esta distinción resulta especialmente relevante en el desarrollo de los conflictos de género, pues como consecuencia de la adscripción de la mujer al rol reproductor y de madre, se ha limitado la protección de su sexualidad solamente al contexto de la maternidad

DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES- Protección de la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva

AUTODETERMINACION REPRODUCTIVA- Vulneración

Se violenta la autodeterminación reproductiva cuando se obstaculiza el ejercicio de la autonomía personal y se recurre a la coacción para obtener una decisión respecto del desarrollo de la progenitora. Igualmente, cuando no se ofrecen los medios y servicios necesarios para adoptar una determinación en relación con esta facultad; y finalmente, cuando no se suministra la información precisa para adoptar una decisión fundada en hechos ciertos, o se provee de forma falsa o inexacta

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO CUANDO EXISTE PELIGRO PARA LA VIDA O LA SALUD FISICA Y MENTAL DE LA GESTANTE- Requiere de concepto médico que certifique el riesgo que representa el embarazo, para la vida o la salud de la mujer

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE POR GRAVE MALFORMACION DEL FETO INCOMPATIBLE CON LA VIDA-No comporta aborto eugenésico o selectivo por discapacidad

Para la Sala Plena es indudable que la hipótesis de IVE por grave malformación del feto incompatible con la vida no comporta el establecimiento del denominado aborto eugenésico ni del aborto selectivo por discapacidad. Esto por cuanto, i) no tiene por objeto el supuesto mejoramiento de la especie humana, sino la superación del sufrimiento de la mujer gestante que comparte su cuerpo con un feto con pronóstico de inviabilidad vital; ii) únicamente procede frente a fetos con graves malformaciones que probablemente no vivirán a causa de sus dificultades anatómicas y fisiológicas y; iii) proscribire la realización del procedimiento de IVE en relación con fetos con pronóstico de vida extrauterina que padezcan enfermedades que puedan ser curadas antes o después del nacimiento

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-No se limita a la realización de un procedimiento médico, sino también supone componentes básicos de información, accesibilidad y disponibilidad en los servicios por parte de las EPS

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-EPS no pueden negarse a practicar IVE, cuando la mujer se encuentre bajo las condiciones establecidas en la sentencia C-355 de 2006, cualquiera que sea la etapa de embarazo y el tipo de afiliación a la seguridad social

DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD-Obligación de reservar identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir la IVE

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-EPS e instituciones prestadoras de salud deben contar con un protocolo de diagnóstico en caso que se configure hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE Y DERECHO AL DIAGNOSTICO-Sistema de seguridad social no puede negarse a respetar la faceta de diagnóstico del derecho a la IVE

La obligación de respeto de la faceta de diagnóstico del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo implica que el sistema de seguridad social no puede i) negar o dilatar la realización de consultas o exámenes necesarios para verificar si el embarazo amenaza la vida o la

salud física o mental de la gestante y ii) negar o dilatar la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado

PLAZOS PARA LA PRACTICA DE LA IVE-No se impone límites a la edad gestacional

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Término de cinco días para resolver toda petición de aborto legal

OBJECION DE CONCIENCIA POR MEDICOS PARA PRACTICAR ABORTO-Requisitos y procedimientos deben constar por escrito para garantizar seriedad y rigurosidad al ejercicio de la objeción

OBJECION DE CONCIENCIA-No son titulares las personas jurídicas, solo se reconocen a personas naturales

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Configuración

El principal parámetro para determinar la configuración de un hecho superado siempre será la amenaza de derechos fundamentales, de modo que el juez valore si persiste o cesó, según el curso de la situación particular

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Jurisprudencia constitucional ha sostenido que la pretensión de solicitar la práctica de la IVE ha sido superada, en razón a la duración de la gestación y el tiempo promedio para resolver las acciones de tutela

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE CUANDO EXISTE PELIGRO PARA LA VIDA O SALUD FISICA Y MENTAL DE LA GESTANTE-No le corresponde al juez de tutela cuestionar la idoneidad o calidad de los dictámenes médicos para la procedencia de la IVE, puesto que esto estará a cargo del Comité de Ética Médica

MEDIDAS PROVISIONALES EN PROCESO DE TUTELA PARA PROTEGER UN DERECHO-Finalidad

Las medidas provisionales establecidas en el proceso de tutela persiguen dos fines. Por una parte, buscan evitar que la amenaza de un derecho fundamental se convierta en vulneración. Por otra parte, si ya ocurrió la violación de estas garantías constitucionales, propende porque no se aumente el daño causado por la situación.

MEDIDAS PROVISIONALES EN PROCESO DE TUTELA PARA PROTEGER UN DERECHO-Si su procedencia se encuentra condicionada por el peligro inminente y el daño causado en un asunto particular, no se pueden establecer criterios de restricción absolutos

MEDIDAS PROVISIONALES EN PROCESO DE TUTELA PARA PROTEGER UN DERECHO-El juez constitucional puede tomar por excepción medidas cautelares no reversibles, en situaciones en las que estén en peligro derechos fundamentales que requieren protección urgente

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Desarrollo jurisprudencial

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-EPS realizó IVE

Referencia: Expediente T-6.612.909

Acción de tutela instaurada por Emma¹ en contra de Compensar EPS y otros.

Magistrado Sustanciador:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, al interior de la acción de tutela que presentó la señora Emma contra la EPS Compensar.

I. ANTECEDENTES

Hechos relevantes²

1. El 05 de enero de 2018 la accionante presentó acción de tutela contra la EPS Compensar ante la negativa de esta y de sus IPS de practicarle el procedimiento denominado “*ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO (...) MALFORMACIÓN FETAL*”, ordenado por un médico adscrito a la EPS el 20 de diciembre de 2017³, con

¹ Por razones de protección de los derechos fundamentales a la intimidad y a la familia, el nombre de la accionante será cambiado.

² Se extraen del escrito de tutela, de las actuaciones procesales y de las pruebas acopiadas.

³ Ver folio 9 del cuaderno de primera instancia.

ocasión del diagnóstico descrito como “*malformación SNC⁴ fetal - holoprosencefalia*”⁵. Solicitó así, la protección de sus derechos a la salud y a la vida y, en consecuencia, ordenar a la EPS accionada la práctica del procedimiento ordenado por el médico tratante y garantizar el tratamiento integral.

2. De forma previa a la orden antes mencionada, según la historia clínica y la narración de la accionante, el 13 de septiembre de 2017, se le realizó una ecografía obstétrica que determinó la existencia de una “[g]estación intrauterina de 9 semanas y 4 días con adecuados signos de vitalidad”⁶.

3. El 19 de septiembre de 2017, la señora Emma ingresó a urgencias ginecobstétricas de la Clínica de la Mujer. La historia clínica refiere: “*paciente con embarazo de 10.4 semanas por FUR quien consulta por cuadro que inició hace 10 horas consistente en sangrado vaginal inicial abundante, no asociado a coágulos que ha disminuido progresivamente de manera espontánea, asociado a dolor pélvico tipo cólico de leve a moderada intensidad*”. Con el fin de determinar el diagnóstico, se le efectuó una ecografía obstétrica la cual determinó “*embarazo intrauterino de 10.7 semanas*” y “*hematoma subcoriónico*”⁷. Le diagnostican “*amenaza de aborto*”⁸ y le dieron de alta con recomendaciones de “*reposo absoluto*”⁹ y una incapacidad médica del 19 de septiembre al 03 de octubre de 2017¹⁰.

4. El 02 de octubre de 2017, en atención médica se le practicó un ultrasonido obstétrico el cual arrojó las siguientes conclusiones: “*1. Embarazo de 11 semanas y 6 días(s) +/- 7 días por biometría. 2. Tamizaje negativo de uterinas para RCIU o HIE. 3. Tamizaje genético negativo para aneuploidias. 4. Hematoma subcorial*”¹¹.

5. El 10 de octubre de 2017 le fue emitida una nueva incapacidad por 10 días, con fecha de finalización el 19 de octubre de 2017¹² con ocasión del diagnóstico “*O200*”, “*amenaza de aborto*”. Por el mismo motivo, el 07 de noviembre de 2017 la EPS emite una nueva incapacidad por 5 días, la cual terminó el 11 de noviembre¹³.

6. El 13 de noviembre de 2017, la señora Emma nuevamente ingresó al servicio de urgencias ginecobstétricas de la Clínica de la Mujer. Refirió “*cuadro clínico de +- dos horas de dolor en región de hipogastrio tipo cólico*”

⁴ Sistema Nervioso Central.

⁵ Ver folio 10 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Ver folios 43 y 45 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Ver folios 39 al 42 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Ver folio 51 adverso del cuaderno de primera instancia.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Ver folio 49 del cuaderno de primera instancia.

¹¹ Ver folios 35 al 38 del cuaderno de primera instancia.

¹² Ver folio 48 del cuaderno de primera instancia.

¹³ Ver folio 46 del cuaderno de primera instancia.

y *sangrado escaso rojo*”¹⁴. Le realizaron valoración ecográfica encontrando “*feto único vivo activo*” y “*se observa a nivel de borde inferior placentario colección anecoica*”; para ese momento se dejó a la accionante en observación hasta el día siguiente; el 14 de noviembre le dieron de alta con incapacidad y “*reposo relativo*”¹⁵ con un diagnóstico de “*hemorragia anteparto, no especificada*”¹⁶ y una incapacidad del 14 de noviembre de 2017 al 23 del mismo mes.

7. El 30 de noviembre de 2017 le fue realizada a la accionante una ecografía obstétrica morfológica de segundo trimestre¹⁷. Allí se determinó una edad gestacional de “*aproximadamente 21 semanas y 2 días, acorde con FUR y el seguimiento ecográfico*”¹⁸. La médico ginecobstetra interpretó la ecografía y determinó “*holoprosencefalia lobar*”¹⁹, en consecuencia, citó a junta médica²⁰.

8. El 04 de diciembre de 2017 se reunió el Comité Técnico Científico para segunda opinión de casos difíciles y como posible diagnóstico estableció “*Displasia septo-óptica vs Holoprosencefalia lobar*”²¹, en plan de manejo se lee “*estudio citogenético. Se explica el mal pronóstico en el neuro desarrollo a futuro*”²².

9. El 12 de diciembre de 2017, con ocasión del diagnóstico holoprosencefalia, le fueron practicados al feto dos exámenes denominados “*FISCH DETECC DE ANEUPLOIDIAS 13, 18, 21, x Y PRENATAL*” y el “*careotipo prenatal*”.

10. El primero interpretó “*un paciente femenino normal para los cinco cromosomas analizados*”²³; el segundo indicó que “*se observó un complemento cromosómico femenino normal sin alteraciones numéricas ni estructurales. La holoprosencefalia es una alteración que se origina en la división del procencéfalo (lóbulo frontal embrionario) causando problemas en el desarrollo cerebral y de la cara. En el 50% de los casos se asocia a anomalías cromosómicas las cuales no se observan en este examen*”²⁴.

11. Afirmó la accionante que los médicos le informaron que “*la bebe puede nacer con trastorno sicomotor neurodesarrollo neurológico, endocrino, óptico olfatorio y psicomotriz, puede nacer ciega o lo peor podría nacer*

¹⁴ Ver folios 54 a 63 del cuaderno de primera instancia.

¹⁵ Ver folio 60 del cuaderno de primera instancia.

¹⁶ *Ibídem*.

¹⁷ Ver folios 20 al 27 del cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Ver folio 23 del cuaderno de primera instancia.

¹⁹ *Ibídem*.

²⁰ El informe trae una nota que indica “*la literatura médica actualizada coincide en que la certeza diagnóstica del ultrasonido en la detección de anomalías estructurales fetales es de aproximadamente 75 – 85 %*”. *Ibídem*.

²¹ Ver folios 19 del cuaderno de primera instancia.

²² *Ibídem*.

²³ Ver folio 15 del cuaderno de primera instancia.

²⁴ Ver folio 13 del cuaderno de primera instancia.

*muerta o le dan poco tiempo de vida*²⁵. Por esta razón, el 15 de diciembre de 2017 el médico tratante de la accionante diagnosticó “*Embarazo de 20 sem. Malformación SNC fetal – holoprosencefalia*” y solicitó la “*Interrupción Voluntaria del embarazo*”²⁶.

12. En consecuencia, el 20 de diciembre de 2017 el médico tratante ordenó el procedimiento “*695101 ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO*”²⁷, en el mismo documento indica “*MALFORMACIÓN FETAL*”²⁸.

13. Aseguró la señora Emma que desde esa fecha comenzó su “*odisea para lograr la autorización de este procedimiento pues me enviaron a la Fundación Santa Fe allí el médico me examinó y me dijo que no podían realizarme el procedimiento, de ahí me remitieron al Hospital San José pero allí tampoco me lo hicieron ya que según ellos esta institución no tiene el protocolo para poder realizar el procedimiento, fui a Compensar EPS me informaron que en el Hospital la Victoria pero ahí tampoco me quieren realizar el procedimiento*”²⁹.

14. En efecto, el 27 de diciembre de 2017 la Unidad de Medicina Materno Fetal, sección de diagnóstico y terapia fetal del Hospital San José, le practicó a la accionante un “*examen ultrasonográfico con transductor multifrecuencia con técnica de alta definición*”³⁰. Acorde con los resultados emitió la siguiente opinión: “*embarazo de 24.6 semanas por biometría. Crecimiento fetal concordante. Displasia septo óptica vs holoprosencefalia lobar*”³¹.

15. El mismo día, una médica ginecobstetra del Departamento de Ginecobstetricia del Hospital San José determinó:

“Paciente de 33 años G1P0 con embarazo de 24.4 semanas con hallazgos de malformación en SNC fetal detectado a la semana 20 sospecha de displasia septo óptica vs holoprosencefalia lobar. Hoy direccionada de su EPS para valoración en esta institución, en la mañana se realizó ecografía descrita con hallazgos sugestivos de holoprosencefalia lobar vs displasia septo óptico. En reunión realizada con la Dra. Pinto y el DR. Rojas sobre el caso se considera que los hallazgos presentes en el feto no son incompatibles con la vida, las posibles secuelas que puede presentar el neonato pueden ser variables desde leves hasta severas no predecibles mediante ecografía. La paciente y su esposo solicitan interrupción de la gestación, actualmente no cumple con los criterios contemplados por la sentencia C-355 para este

²⁵ Ver folio 1 del cuaderno de primera instancia.

²⁶ Ver folio 10 del cuaderno de primera instancia.

²⁷ Ver folio 9 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ *Ibídem.*

²⁹ Ver folio 1 del cuaderno de primera instancia.

³⁰ Ver folio 29 y adverso del cuaderno de primera instancia.

³¹ *Ibídem.*

*procedimiento por encontrarse a una edad gestacional avanzada requiere feticidio el cual no se realiza en la institución por lo cual se envía a su EPS para ser redireccionada a otra IPS. Se solicita valoración por psiquiatría*³².

16. El 29 de diciembre de 2017, un médico psiquiatra adscrito a la EPS Compensar, evaluó el caso de la accionante dada su solicitud de *“interrupción del embarazo de común acuerdo con su esposo*”³³. Encontró a una paciente *“consciente, alerta, orientada, sin alteraciones en la sensopercepción o el pensamiento. Afecto reactivo ansioso depresivo. Memoria conservada. Juicio de realidad adecuado*”³⁴. Conceptuó: *“madre gestante de 33 años que ante informe solicita interrupción del embarazo. Es consciente de su situación y está en pleno uso de sus facultades para tomar esa decisión. Se recomienda continuar en apoyo psicoterapéutico*”³⁵.

17. En la misma fecha, la paciente fue remitida a Profamilia. El formato contiene la siguiente información, relevante para el caso, (i) *“paciente con cuadro de ansiedad y depresión desencadenado por la noticia de que el feto presenta holoprosencefalia vs displasia septo-óptica*”; y (ii) diagnóstico: *“F412 Trastorno mixto de ansiedad y depresión, Z303 Extracción menstrual. Z359 Supervisión de embarazo de alto riesgo, sin otra especificación. Z300 Consejo y asesoramiento general sobre la anticoncepción*”³⁶.

18. Una vez evaluada por Profamilia, un profesional médico de esta entidad relacionó en su historia clínica la siguiente información: *“Área Afectiva: Angustiada, Deprimida, Ansiosa, Sentimientos de desesperanza, Impotencia. Área Somática: Alteraciones en el sueño, Inapetencia. Área Relacional: Aislamiento. Área Cognitiva: Dispersa, Pensamientos Negativos frecuentes, Dificultad para resolver problema, Dificultad para la concentración y producción intelectual*”.

En consecuencia, certificó *“paciente con cuadro depresivo y ansiedad desencadenado por el embarazo, además feto presenta holoprosencefalia vs displasia septo-óptica. Certifico causal salud y malformación congénita. Explico sentencia C-355/06, se acoge a ella y solicita IVE por IMF [inducción de muerte fetal]*”³⁷. Como plan de manejo señaló *“se remite para IMF*”³⁸ la justificación que incluye el informe es *“paciente requiere inducción de muerte fetal y atención del parto del óbito fetal*”³⁹.

19. El 02 de enero de 2018 la señora Emma presentó una queja ante la Superintendencia de Salud en contra de la EPS Compensar *“en razón a la*

³² Ibídem.

³³ Ver folio 28 del cuaderno de primera instancia.

³⁴ Ibídem.

³⁵ Ibídem.

³⁶ Ver folio 32 del cuaderno de primera instancia.

³⁷ Ver folio 33 adverso del cuaderno de primera instancia.

³⁸ Ver folio 34 del cuaderno de primera instancia.

³⁹ Ibídem.

*demora e inconvenientes presentados para la interrupción voluntaria del embarazo*⁴⁰. En respuesta, la Superintendencia de Salud le informó a la accionante que “[en] razón a que COMPENSAR tiene el deber legal de garantizar su derecho (o el de su representado) a la salud, su denuncia está siendo gestionada a través del Grupo Soluciones Inmediatas en Salud –SIS-, mediante la impartición de instrucciones de inmediato cumplimiento que permitan superar la situación denunciada”⁴¹.

20. Manifestó la accionante en el escrito de tutela que para ese momento, sentía que “[su] vida corre peligro pues Compensar EPS y las instituciones hospitalarias han hecho todo lo posible por dilatar las cosas y no realizar el procedimiento”⁴². Además, expuso que su “estado de salud se deteriora día a día”⁴³. Finalmente planteó que, ante la ausencia de recursos económicos para realizarse el procedimiento “debemos someternos a seguir con las humillaciones a que hemos sido sometidos por parte de Compensar EPS y la falta de valores humanos de las cuales carecen algunos de sus empleados. No se puede tolerar que bajo la negligencia descarada Compensar EPS, las personas de bajos recursos tengamos que ser sometidos a llevar una vida indigna o a la pena de muerte de manera lenta y anticipada”⁴⁴.

21. Como medida provisional solicitó “ordenar a Compensar EPS llevar a cabo de manera inmediata el procedimiento ASPIRACION AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO, que fue ordenado desde diciembre 20 de 2017 y el cual a la fecha no le han practicado”. Lo anterior teniendo en cuenta la urgencia ya que podría “sufrir un daño irreversible que ponga en peligro mi vida”⁴⁵.

Trámite procesal en primera instancia.

22. Mediante auto del 5 de enero de 2018⁴⁶, el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá avocó el conocimiento de la acción de tutela, dispuso la notificación de la parte accionante⁴⁷ y de la EPS accionada⁴⁸. Asimismo, vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social⁴⁹, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁰, a la Fundación Santa Fe⁵¹, al Hospital San José⁵² y al Hospital La Victoria⁵³.

⁴⁰ Ver folio 12 y adverso del cuaderno de primera instancia.

⁴¹ Ver folio 11 del cuaderno de primera instancia.

⁴² Ver folio 1 adverso del cuaderno de primera instancia.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Ver folio 1 adverso cuaderno de primera instancia.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Folios 65 y 66 del cuaderno de primera instancia.

⁴⁷ Fue notificada del auto que avoca conocimiento de la acción el 10 de enero de 2018, según consta en el folio 65 del cuaderno de primera instancia.

⁴⁸ Fue notificada del auto y de la medida cautelar el 09 de enero de 2018, según consta en el folio 74 del cuaderno de primera instancia.

⁴⁹ Fue notificado del auto de vinculación el 10 de enero de 2018, según consta en el folio 68 del cuaderno de primera instancia.

⁵⁰ Fue notificada del auto de vinculación el 10 de enero de 2018, según consta en el folio 70 del cuaderno de primera instancia.

Medida provisional

23. En el mismo proveído del 5 de enero de 2018, el juzgado de primera instancia decretó una medida provisional en favor de la señora Emma en los siguientes términos:

“Luego de analizar los elementos de convicción allegados por la demandante con su libelo de solicitud de amparo, se avizora que en efecto, la citada paciente requiere con urgencia el referido procedimiento, por lo que a efectos de salvaguardar su derecho fundamental a la vida, salud, y vida en condiciones dignas de la paciente, se ordenará al representante legal de la EPS COMPENSAR, que en el término no superior a 24 HORAS CORRIDAS, a partir de la notificación de esta determinación y mediante respectivo oficio, proceda a efectuar los trámites pertinentes para que se realice EL PROCEDIMIENTO ASPIRACIÓN AL VACIO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO tal y como lo prescribiera el galeno tratante”⁵⁴.

Respuestas a la acción

24. La **EPS Compensar**⁵⁵ informó que la señora Emma se encuentra afiliada al régimen contributivo y al plan complementario de salud en calidad de cotizante independiente. Señaló que el 06 de enero de 2018 autorizó la IVE y practicó el legrado en el Hospital La Victoria⁵⁶. Por lo tanto solicitó a la Corte declarar la **carencia actual de objeto**, para esos efectos allegó copia de la historia clínica de la paciente.

25. La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES**⁵⁷ solicitó ser desvinculada del proceso en atención a la falta de legitimación en la causa por pasiva.

26. La **Fundación Santa Fe de Bogotá**⁵⁸ informó que el último ingreso que registran las bases de datos de la entidad respecto de la señora Emma datan del 6 de julio de 2016 (consulta externa con ortopedista especialista en mano y microcirugía), luego de lo cual, *“la paciente no presenta ingresos al*

⁵¹ Fue notificado del auto de vinculación el 10 de enero de 2018, según consta en el folio 69 del cuaderno de primera instancia.

⁵² Fue notificado del auto de vinculación el 10 de enero de 2018, según consta en el folio 72 del cuaderno de primera instancia.

⁵³ Fue notificado del auto de vinculación el 10 de enero de 2018, según consta en el folio 71 del cuaderno de primera instancia.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ver folios 75 al 108 del cuaderno de primera instancia. La respuesta fue presentada el 10 de enero de 2018 en el centro de servicios judiciales de Paloquemado.

⁵⁶ Como prueba adjunta la historia clínica de la paciente de los días 06 y 07 de enero de 2018. Ver folios 85 al 108 del cuaderno de primera instancia.

⁵⁷ Ver folios 109 al 112 del cuaderno de primera instancia.

⁵⁸ Ver folios 113 al 116 del cuaderno de primera instancia.

*Hospital Universitario por hospitalización, urgencia o consulta interna*⁵⁹. En consecuencia, solicitó su desvinculación del trámite de tutela.

Al margen, indicó que *“el procedimiento médico ordenado a la paciente, denominado ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO, es un procedimiento que se realiza hasta la semana 12 de gestación y para el presente caso la paciente cuenta con más de 26 semanas”*⁶⁰.

27. La Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE de la Alcaldía Mayor de Bogotá - Hospital La Victoria⁶¹, reiteró que el 06 de enero de 2017 le practicó a la accionante el procedimiento *“Amniocentesis diagnóstica SOD”* con ocasión del diagnóstico *“malformación fetal del SNC (causal 2)”*.

28. La Sociedad de Cirugía de Bogotá -Hospital San José⁶² manifestó que el 27 de diciembre de 2017 fue valorada la accionante, quedando consignada en la historia clínica el análisis del caso y el plan de manejo. A su juicio, *“no solo le suministró los servicios de salud requeridos por la señora [Emma], sino que además emitió las correspondientes órdenes que la accionante requirió como plan de manejo para su patología”*⁶³. Respecto del plan de manejo, la entidad aseguró que *“no cuenta con la habilitación del servicio de ‘feticidio’ por parte del Ente Territorial competente, atención que es requerida por la paciente debido a su avanzada edad gestacional”*⁶⁴. En este sentido, solicitó ser desvinculada del trámite de tutela.

Sentencia objeto de revisión. Sin impugnación

Única instancia

29. El Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia del 22 de enero de 2018⁶⁵, decidió (i) *“NEGAR por carencia actual de objeto, la acción de tutela”*; (ii) confirmar la medida provisional adoptada el 05 de enero de 2018; y (iii) negar el tratamiento integral. La providencia consideró que con la realización del procedimiento ordenado por el médico tratante a la paciente, el 06 de enero de 2017, *“en la actualidad ha desaparecido el objeto jurídico que motivó la génesis a la acción de amparo, precisamente porque esto es lo que se buscaba por parte de la demandante, lo que daría lugar a un hecho superado”*. En cuanto a la pretensión del tratamiento integral aseguró que *“no es posible acceder a tal*

⁵⁹ Ver folio 114 del cuaderno de primera instancia.

⁶⁰ *Ibídem*.

⁶¹ Ver folios 107 al 133 del cuaderno de primera instancia.

⁶² Ver folios 134 al 137 del cuaderno de primera instancia.

⁶³ Ver folio 136 del cuaderno de primera instancia.

⁶⁴ *Ibídem*.

⁶⁵ Ver folios 138 al 143 del cuaderno de primera instancia.

pretensión, dado que de hacerlo se estaría desbordando los límites y fines esenciales de las misma, contrariándose la misma norma constitucional”.

Pruebas que obran en el expediente

30. Las pruebas que obran en el expediente son las que a continuación se relacionan:

i) Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Emma y del carné de afiliación al Plan Complementario Especial de la EPS Compensar⁶⁶.

ii) Orden médica para la realización del procedimiento “*ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACION DEL EMBARAZO*”, emitida el 20 de diciembre de 2017⁶⁷.

iii) Orden del médico tratante solicitando la “*interrupción voluntaria del embarazo*” por “*malformación SNC Fetal – holoprosencefalia*”, emitida el 15 de diciembre de 2017⁶⁸.

iv) Respuesta de la Superintendencia de Salud en virtud de la queja presentada por la accionante contra la EPS Compensar⁶⁹.

v) Queja presentada por la accionante ante la Superintendencia de Salud contra la EPS accionada⁷⁰.

vi) Historia clínica de la accionante del 12 de diciembre de 2017⁷¹.

vii) Concepto del Comité Técnico Científico del 04 de diciembre de 2017⁷².

viii) Historia clínica de la accionante del 30 de noviembre de 2017⁷³.

ix) Dictamen médico de la accionante emitido por un médico psiquiatra el 29 de diciembre de 2017⁷⁴.

x) Opinión emitida por el Hospital San José – FUCS sobre el caso de la accionante, el 27 de diciembre de 2017⁷⁵.

⁶⁶ Folio 8 del cuaderno de primera instancia.

⁶⁷ Folio 9 del cuaderno de primera instancia.

⁶⁸ Folio 10 del cuaderno de primera instancia.

⁶⁹ Folio 11 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁰ Folios 12 y adverso del cuaderno de primera instancia.

⁷¹ Folios 13 a 18 del cuaderno de primera instancia.

⁷² Folio 19 del cuaderno de primera instancia.

⁷³ Folios 20 a 27 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁴ Folio 28 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁵ Folio 29 y adverso del cuaderno de primera instancia.

- xi) Análisis y plan de manejo en el caso de la accionante emitido por el Departamento de Ginecobstetricia del Hospital San José, el 27 de diciembre de 2017⁷⁶.
- xii) Remisión del asunto a Profamilia⁷⁷.
- xiii) Historia clínica de la accionante del 29 de diciembre de 2017 en Profamilia⁷⁸.
- xiv) Historia clínica de la accionante del 02 de octubre de 2017⁷⁹.
- xv) Ecografía obstétrica temprana de urgencia del 19 de septiembre de 2017⁸⁰.
- xvi) Ecografía obstétrica de primer semestre del 13 de septiembre de 2017⁸¹.
- xvii) Incapacidad emitida el 07 de noviembre de 2017⁸².
- xviii) Incapacidad emitida el 10 de octubre de 2017⁸³.
- xix) Incapacidad emitida el 9 de septiembre de 2017⁸⁴.
- xx) Historia clínica de la accionante del 19 de septiembre de 2017⁸⁵.
- xxi) Incapacidad emitida el 14 de noviembre de 2017⁸⁶.
- xxii) Historia clínica de la accionante del 13 y 14 de noviembre de 2017⁸⁷.
- xxiii) Historia clínica de la accionante del 06 y 07 de enero de 2018⁸⁸.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. La Sala de Selección número dos de la Corte Constitucional mediante auto del 27 de febrero de 2018 resolvió seleccionar para revisión el Expediente T-6.612.909 y dispuso su reparto al despacho de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien solicitó las pruebas que se relacionarán a continuación. La Sala Plena de esta Corporación en sesión del día 18 de abril de 2018 asumió el conocimiento del mismo. El 17 de octubre de 2018 la Sala Plena decidió no

⁷⁶ Folios 30 y 31 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁷ Folio 32 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁸ Folios 33 y 34 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁹ Folios 35 y 38 del cuaderno de primera instancia.

⁸⁰ Folios 39 y 42 del cuaderno de primera instancia.

⁸¹ Folios 43 y 45 del cuaderno de primera instancia.

⁸² Folio 46 del cuaderno de primera instancia.

⁸³ Folio 48 del cuaderno de primera instancia.

⁸⁴ Folio 49 del cuaderno de primera instancia.

⁸⁵ Folios 50 al 52 del cuaderno de primera instancia.

⁸⁶ Folio 53 del cuaderno de primera instancia.

⁸⁷ Folios 54 al 63 del cuaderno de primera instancia.

⁸⁸ Folios 85 al 108 del cuaderno de primera instancia.

acoger la ponencia presentada por la Magistrada y, en consecuencia, el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas fue designado como ponente del asunto.

2. Por medio de autos del 6 de abril⁸⁹ y 21 de junio⁹⁰ de 2018, la Corte pidió a la Federación Colombiana de Ginecología y Obstetricia, a la Asociación Colombiana de Neurocirugía, a la Asociación Colombiana de Genética Humana, a la Sociedad Colombiana de Pediatría, a la Asociación Colombiana de Cirugía, a la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas, al Ministerio de Salud y Protección Social, y a las facultades de medicina de las Universidades Nacional, los Andes, Javeriana, de la Sabana y del Rosario, que dentro del ámbito de su experticia, respondieran algunas preguntas relacionadas con el diagnóstico “*DISPLASIA SEPTO ÓPTICA VS HOLOPROSENCEFALIA LOBAR*”.

Con estas pruebas se pretendía esclarecer (i) la fiabilidad del examen de ecografía obstétrica en un diagnóstico positivo de displasia septo óptica vs holoprosencefalia lobar, realizado en feto de más de 20 semanas de gestación; (ii) el porcentaje aproximado de falsos positivos en la ecografía obstétrica para este tipo de diagnóstico; (iii) la sensibilidad del examen de ecografía obstétrica sobre de 20 semanas de gestación para pronosticar compromisos en las funciones cerebrales, la visión y otras funciones orgánicas; (iv) el pronóstico para un paciente de 26 semanas de gestación con el diagnóstico displasia septo óptica vs holoprosencefalia lobar; (v) estadísticas sobre la mortalidad de los fetos de más de 26 semanas de gestación con este diagnóstico; y (vi) el riesgo para la vida o la salud física de la mujer gestante de un feto con este diagnóstico en comparación con los riesgos del embarazo de una mujer gestante sin dicha prescripción.

Adicionalmente, planteó preguntas relacionadas con el “*feticidio*”, así: (i) a partir de qué semana de embarazo el lenguaje médico científico considera la interrupción del embarazo como un feticidio; (ii) a partir de qué semana de gestación se considera que el feto logra la viabilidad autónoma; y (iii) cuál es el procedimiento o protocolo que se adelanta para llevar a cabo la interrupción voluntaria de un embarazo con feto vivo a partir de la semana 24 de gestación en Colombia.

Finalmente, ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social, contestar si: (i) en Colombia existen protocolos aprobados para realizar la interrupción voluntaria de embarazos con más de 16 semanas de gestación; y (ii) existe un protocolo denominado “*feticidio*” para la realización de interrupciones de embarazo de más de 24 semanas de gestación con feto vivo.

⁸⁹ Ver folios 23 al 25 del cuaderno principal.

⁹⁰ Ver folios 784 al 809 del cuaderno principal.

3. Mediante auto del 24 de abril de 2018⁹¹, la Corte solicitó a la Asociación Colombiana de Psiquiatría, al Colegio Colombiano de Psicólogos, a la Asociación Colombiana de Psicoanálisis y la Sociedad Colombiana de Psicología, que dentro del ámbito de su experticia respondieran 11 preguntas relacionadas con la enfermedad “*afecto reactivo ansioso depresivo*”.

Requirió información acerca de: (i) la clasificación de los tipos de depresión y los síntomas que pueden considerarse como un riesgo para la vida de la paciente; (ii) si es común la presentación de síntomas de depresión o ansiedad durante el embarazo; (iii) la diferencia entre la afectación normal de la salud mental de la mujer gestante y una afectación grave de la vida psíquica de ella; (iv) los factores desencadenantes de un trastorno ansioso-depresivo en una mujer embarazada; (v) la relación entre el diagnóstico del feto y una situación de alto riesgo para la vida o la salud mental de la mujer; (vi) las consecuencias en la salud mental de la mujer ante la práctica de un aborto inducido; (vii) si el diagnóstico afecto reactivo ansioso depresivo puede ser considerado como un riesgo grave para la accionante; (viii) los criterios de evaluación para establecer dicho diagnóstico; (ix) las posibilidades de éxito de los tratamientos contra la depresión de mujeres embarazadas; (x) bajo qué circunstancias la interrupción del embarazo es una medida necesaria para evitar un grave daño a la salud mental de una mujer gestante; y (xi) si el nacimiento de un hijo con discapacidad mental o sensorial se considera como un factor que arriesga o afecta gravemente la salud mental de la mujer gestante.

4. A través de providencias del 08⁹², 17⁹³ y 28⁹⁴ de mayo, 07 de junio⁹⁵, 26 de julio⁹⁶, 06 de agosto⁹⁷ y 06 de septiembre⁹⁸ de 2018, la Corte invitó a participar en el proceso a la Organización Internacional de Derechos Humanos *Women's Link Worldwide*, al Programa de Acción para la Igualdad y la Inclusión Social - PAIIS, a Profamilia, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, al Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad - Dejusticia-, al Instituto Nacional para Ciegos – INCI, a la Clínica de Interés Público de la Universidad de la Sabana y a la Plataforma Cívica Nueva Democracia, a la Asociación de Discapacitados del Valle -Asodisvalle, a la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos –UNAB, al Semillero de Investigación de Género y Derecho, adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, a Amnistía Internacional, a la organización *A buon diritto – Associazione per le libertà* y a la *Associazione Luca Coscioni per la Libertá di ricerca scientifica, Non c'e pace senza giustizia y Radicali Italiani*.

⁹¹ Ver folios 68 al 70 del cuaderno principal.

⁹² Ver folios 163 y 164 del cuaderno principal.

⁹³ Ver folios 366 y 367 del cuaderno principal.

⁹⁴ Ver folios 321 y 322 del cuaderno principal.

⁹⁵ Ver folios 406 y 407 del cuaderno principal.

⁹⁶ Ver folio 143 del cuaderno nuevo.

⁹⁷ Ver folio 144 del cuaderno nuevo.

⁹⁸ Ver folios 899 y 900 del cuaderno principal.

Con tal fin planteó cinco asuntos pilares de las intervenciones: (i) barreras de acceso a las mujeres con orden para la realización de la IVE en Colombia; (ii) estándares internacionales y/o de derecho comparado respecto del concepto de “*malformación del feto*” como causal de aborto; (iii) estándares internacionales y/o de derecho comparado sobre la ponderación entre derechos de las mujeres y derechos de los fetos humanos con diagnóstico de discapacidad; (iv) derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y los estándares normativos sobre aborto, en particular luego de la semana 24 de gestación; y (v) medidas provisionales o cautelares que ordenen la realización de abortos en el derecho comparado.

5. Mediante auto del 19 de junio de 2018⁹⁹, la Corte invitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF, a la Fundación Los Pisingos, a la Fundación para la Asistencia de la Niñez Abandonada – FANA, a la Asociación Amigos del Niño “Ayúdame” Clemencia Gutiérrez Wills, a la Casa de la Madre y el Niño; y a la Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño -CRAN, a presentar un escrito con sus argumentos sobre aspectos relacionados con el trámite de adopción en Colombia.

Las cuestiones giraron en torno a (i) el procedimiento para dar en adopción un hijo; (ii) si el trámite presenta diferencias cuando el hijo que se pretende dar en adopción presenta características particulares; (iii) si existen instituciones y programas para atender a estos niños que se encuentran bajo medidas de protección; (iv) las estadísticas de niños con características o necesidades especiales¹⁰⁰ que en los últimos 5 años han sido entregados por sus padres en adopción; (v) las estadísticas de niños con características o necesidades especiales que en los últimos 5 años han sido adoptados; (vi) el número actual de niños con características o necesidades especiales que actualmente atiende la institución bajo medidas de adoptabilidad; (vii) el número de niños con características o necesidades especiales que, en el promedio anual de los últimos 5 años, fueron entregados a familias adoptantes por parte de la correspondiente institución; y (viii) las condiciones de vida de los niños con características o necesidades especiales que no son adoptados y hasta qué edad son sujetos de acompañamiento y protección.

6. Adicionalmente, la Corte Constitucional recibió intervenciones de¹⁰¹: la Corporación Católicas Por el Derecho a Decidir Colombia¹⁰², el ciudadano Pio Iván Gómez Sánchez¹⁰³, las ciudadanas María Carolina Borrero y Olivia López Arellano¹⁰⁴, la Casa de la Mujer¹⁰⁵, el ciudadano Felipe Jaramillo

⁹⁹ Ver folios 811 al 813 del cuaderno principal.

¹⁰⁰ Así fue solicitado por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger en los autos por medio de los cuales decretó las pruebas.

¹⁰¹ Las intervenciones relacionadas corresponden a aquellas presentadas antes de la fecha del registro de fallo del asunto, es decir, del 28 de septiembre de 2018. Atendiendo a la extensión de estas, en documento adjunto se presentará la síntesis de cada una de ellas.

¹⁰² Ver folios 416 al 245 del cuaderno principal.

¹⁰³ Ver folios 454 al 459 del cuaderno principal.

¹⁰⁴ Ver folios 461 al 473 del cuaderno principal y 264 al 274 del cuaderno nuevo.

¹⁰⁵ Ver folios 472 al 477 del cuaderno principal y 277 al 281 del cuaderno nuevo.

Ruiz¹⁰⁶, el Consejo Consultivo de Mujeres de Bogotá¹⁰⁷, el Colectivo de Mujeres del Tolima¹⁰⁸, *Human Rights Watch*¹⁰⁹, el Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género¹¹⁰, el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “*Alicia Moreau*” de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)¹¹¹, el Instituto de Investigación del Comportamiento Humano¹¹², la Corporación Colectiva Justicia Mujer (CCJM)¹¹³, el Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro (CLACAI)¹¹⁴, Médicos sin Fronteras¹¹⁵, el Instituto Guttmacher¹¹⁶, el Grupo Médico por el Derecho a Decidir¹¹⁷, la Fundación Unidad de Orientación y Asistencia Materna (Oriéntame)¹¹⁸, el Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de México¹¹⁹, la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugénésico¹²⁰, la ciudadana Natalia Bernal Caro¹²¹, la Secretaría de la Mujer de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.¹²², la Federación Nacional para el Aborto¹²³, la Universidad Sergio Arboleda¹²⁴, la Coalición Internacional de Salud de la Mujer¹²⁵, Defensoría del Pueblo¹²⁶, la Comisión Colombiana de Juristas¹²⁷, la Universidad Metropolitana de Manchester¹²⁸, la Corporación Miles de Chile¹²⁹ y el Centro de Derechos Reproductivos¹³⁰.

7. En atención a la extensión de las respuestas a las pruebas solicitadas y de las intervenciones presentadas por interesados en el asunto, estas se adjuntarán al fallo en anexo y, en la medida de su pertinencia, serán mencionadas al resolver el caso concreto.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

¹⁰⁶ Ver folios 478 al 484 del cuaderno principal y 286 al 300 del cuaderno nuevo.

¹⁰⁷ Ver folios 486 al 490 del cuaderno principal.

¹⁰⁸ Ver folios 491 al 513 del cuaderno principal.

¹⁰⁹ Ver folios 515 al 527 del cuaderno principal.

¹¹⁰ Ver folios 528 al 550 y 704 al 774 del cuaderno principal.

¹¹¹ Ver folios 551 al 564 del cuaderno principal.

¹¹² Ver folios 565 al 581 del cuaderno principal.

¹¹³ Ver folios 582 al 638 del cuaderno principal.

¹¹⁴ Ver folios 640 al 676 del cuaderno principal.

¹¹⁵ Ver folios 677 al 682 del cuaderno principal.

¹¹⁶ Ver folios 683 al 763 del cuaderno principal.

¹¹⁷ Ver folios 775 al 782 del cuaderno principal.

¹¹⁸ Ver folios 845 al 864 del cuaderno principal.

¹¹⁹ Ver folios 865 al 869 del cuaderno principal.

¹²⁰ Ver folios 890 al 895 del cuaderno principal.

¹²¹ Ver folios 902 al 969 del cuaderno principal.

¹²² Ver folios 26 al 39 del cuaderno nuevo.

¹²³ Ver folios 40 al 51 del cuaderno nuevo.

¹²⁴ Ver folios 53 al 79 del cuaderno nuevo.

¹²⁵ Ver folios 116 al 127 del cuaderno nuevo.

¹²⁶ Ver folios 146 al 164 del cuaderno nuevo.

¹²⁷ Ver folios 172 al 183 del cuaderno nuevo.

¹²⁸ Ver folios 218 al 220 del cuaderno nuevo.

¹²⁹ Ver folios 221 al 228 del cuaderno nuevo.

¹³⁰ Ver folios 283 al 284 del cuaderno nuevo.

1. La Sala Plena es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política; 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 y el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional).

Presentación de caso

2. El 15 de diciembre de 2017, después de varios exámenes, ecografías y conceptos clínicos, el médico tratante de la accionante diagnosticó “*malformación SNC fetal – holoprosencefalia*”¹³¹, en consecuencia, el 20 de diciembre ordenó el procedimiento “*ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO (...) MALFORMACIÓN FETAL*”¹³².

3. A partir de esa fecha, la señora Emma y su esposo solicitaron a la EPS Compensar autorizar el procedimiento para la Interrupción Voluntaria del Embarazo, por considerar que, en su caso, se cumplía con dos de las causales permitidas por la sentencia C-355 de 2006, esto es, “*cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico*” y “*cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico*”, sin obtener respuesta positiva a su petición. Según el escrito de tutela el Hospital San José¹³³, la Fundación Santa Fe¹³⁴ y el Hospital La Victoria¹³⁵ se negaron a practicarle el procedimiento, motivo por el cual el 05 de enero de 2018 -21 después de que se emitió la orden por su médico tratante- interpuso acción de tutela.

En la misma fecha el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá dispuso a la EPS Compensar como medida provisional practicar a la señora Emma el procedimiento “*aspiración al vacío de útero para terminación del embarazo*”, tal como lo ordenó el galeno tratante, medida que se notificó a la EPS accionada el 9 de enero de 2018¹³⁶.

4. El 06 de enero de 2018 la EPS accionada autorizó el procedimiento y se hizo efectiva la intervención quirúrgica -el mismo día-. Por este motivo, el juez de primera instancia, mediante sentencia del 22 de enero de 2018 “*negó*” la acción de tutela por carencia actual de objeto, confirmó la medida

¹³¹ Ver folio 10 del cuaderno de primera instancia.

¹³² Ver folio 9 del cuaderno de primera instancia.

¹³³ Argumentando que “(...) los hallazgos presentes en el feto no son incompatibles con la vida (...) actualmente no cumple con los criterios contemplados por la sentencia C 355 par este procedimiento. Por encontrarse en una edad gestacional avanzada requiere feticidio el cual no se realiza en la institución por lo cual se encía a su EPS para ser re direccionada -sic- a otra IPS” Ver folio 30 y 31 del cuaderno de primera instancia.

¹³⁴ Aseguran en la respuesta que la accionante no se presentó en la entidad para solicitar dicho procedimiento. Ver folios 113 a 116 del cuaderno principal.

¹³⁵ En esta IPS finalmente se practica el procedimiento ordenado por su médico tratante. Ver folios 117 a 133 del cuaderno principal.

¹³⁶ Ver folio 74 del cuaderno principal.

provisional por él adoptada y negó el tratamiento integral solicitado por la accionante.

Planteamiento del problema jurídico y metodología

5. De conformidad con los antecedentes señalados, y atendiendo el contenido de la solicitud de amparo, corresponde a la Sala Plena establecer si una EPS o una IPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y a los derechos reproductivos en su faceta de derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE)¹³⁷, al no autorizar y practicar el procedimiento “*aspiración al vacío de útero para terminación del embarazo*” a pesar de contar con el documento que certifica en el feto una “*malformación SNC fetal – holoprosencefalia*”¹³⁸, y en la mujer un diagnóstico “[a]fecto reactivo ansioso depresivo”¹³⁹ y un “*episodio mixto de ansiedad y depresión*”¹⁴⁰.

6. Para resolver el problema jurídico planteado, la Corte examinará los siguientes temas: i) el marco constitucional de los derechos reproductivos; ii) el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo como expresión de los derechos reproductivos; iii) se desarrollarán las causales que soportaron la procedencia de la IVE; iv) los estándares y deberes de protección derivados del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo. Finalmente, v) se resolverá el caso concreto.

Marco constitucional de los derechos reproductivos

7. A continuación la Sala se referirá al marco normativo de los derechos sexuales y reproductivos, con el propósito de contextualizar el escenario en que se inscribe el debate sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Explicará que los derechos sexuales y reproductivos comparten su fundamento normativo y filosófico, pues se enmarcan en el empeño de avanzar en la eliminación de los estereotipos de género que han facilitado la discriminación histórica de la mujer, y en las reivindicaciones relativas a su libertad y autonomía sexual y reproductiva. La Sala precisará, no obstante, que el alcance y contenido obligacional de cada una de estas categorías *ius fundamentales*, es de carácter independiente. Advertirá, finalmente, que el derecho a la IVE se encuadra exclusivamente en el margen de protección de los derechos reproductivos.

8. Los derechos sexuales y reproductivos “*reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción*”¹⁴¹. En particular, con relación a los derechos reproductivos, la Constitución consagra el derecho a decidir de forma libre y

¹³⁷ Reconocido como derecho en sentencia C-355 de 2006.

¹³⁸ Ver folio 10 del cuaderno de primera instancia.

¹³⁹ Ver folio 28 del cuaderno de primera instancia.

¹⁴⁰ Ver folio 33 adverso cuaderno de primera instancia.

¹⁴¹ Cfr. Sentencia T-732 de 2009. Reiterada en las sentencias T-585 de 2010, T-627 de 2012, T-274 de 2015, T-697 de 2016 y C-093 de 2018, entre otras.

responsable el número de hijos (Art. 42 C. Pol.) y garantiza la igualdad de derechos, proscribiendo, expresamente, la discriminación contra la mujer (Arts. 13 y 43 C. Pol.).

9. Sin embargo, atendiendo al carácter indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales, estas garantías amplían su fundamento y contenido a partir del extenso catálogo de derechos y libertades incorporados en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad¹⁴². A tal propósito concurren, en concreto, los derechos a la dignidad humana y a la autonomía individual (Art. 1 C. Pol.); a la vida digna (Art. 11 C. Pol.); a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 12 C. Pol.); a la intimidad personal y familiar (Art. 15 C. Pol.); a la igualdad (Art. 13 C. Pol.); al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C. Pol.); a las libertades de conciencia y religión (Art. 18 y 19 C. Pol.); a la seguridad social y a la salud (Art. 48 y 49 C. Pol.) y a la educación (Art. 67 C. Pol.)¹⁴³.

10. En un sentido semejante¹⁴⁴, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) establece, en su artículo 16, que la mujer y el hombre tienen derecho a decidir libremente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, así como a acceder a la información, a la educación y a los medios que les permitan ejercer ese derecho. El artículo 12 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por su parte, reconoce que todas las personas tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, lo que comprende el pleno ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva¹⁴⁵. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, a su turno, comprometen a sus Estados parte a prohibir actos que constituyan tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes¹⁴⁶. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, finalmente, protege el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva (Art. 11 y 17)¹⁴⁷.

¹⁴² En relación con la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales, es posible consultar las sentencias T-016 de 2007, T-760 de 2008, T-235 de 2011, C-372 de 2011, C-377 de 2011, C-288 de 2012, C-313 de 2014, C-520 de 2016, C-389 de 2016 y C-113 de 2017.

¹⁴³ Cfr. Sentencias C-533 de 2006, T-627 de 2012, T-697 de 2016 y C-098 de 2018, entre otras.

¹⁴⁴ La sentencia C-355 de 2006, en particular, señaló que “... *diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales 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. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos*”.

¹⁴⁵ Al respecto se puede consultar la Observación General número 22 del Comité DESC, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva como parte integrante del derecho a la salud contemplado en el artículo 12 del PIDESC.

¹⁴⁶ Artículos 16 de la Convención y 7 del PIDESC, respectivamente.

¹⁴⁷ Los artículos 11 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos aluden, respectivamente, a la protección de la honra y de la dignidad y a la protección de la familia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos les dio el alcance referido en la Sentencia de 28 de noviembre de 2012, al resolver el Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica.

11. Con fundamento en esas disposiciones la Corte Constitucional ha precisado cuál es el fundamento y el alcance de los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico colombiano. En tal sentido, ha indicado que la estructura de estas garantías se edifica sobre dos dimensiones. La primera, relacionada con la libertad, que supone la imposibilidad del Estado y la sociedad de implantar restricciones injustificadas en contra de las determinaciones adoptadas por cada persona; y la segunda, prestacional, que implica la responsabilidad de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo de estos derechos¹⁴⁸.

12. De igual modo, el soporte normativo de esas prerrogativas guarda especial correspondencia con el proceso de especificación ocurrido en favor de la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴⁹. En relación con ello, la jurisprudencia constitucional ha destacado que, si bien los derechos sexuales y reproductivos protegen a todas las personas y constituyen, en principio, dimensiones garantizadas en otros derechos fundamentales, su emergencia específica e independiente responde a la necesidad de enfrentar la persistente discriminación histórica que han soportado las mujeres¹⁵⁰ y los estereotipos que tradicionalmente han restringido materialmente su autonomía y su libertad¹⁵¹.

13. La Corte ha dado cuenta de las implicaciones concretas que la consagración, la protección y la garantía de los derechos sexuales y reproductivos han tenido en la realización de los derechos a la libertad, a la autonomía y a la igualdad de las mujeres. Por un lado, en tanto suponen reconocer que *“la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y (...) una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”*¹⁵². Además, porque corroboran la existencia de situaciones que afectan a las mujeres de forma diferenciada, en particular, aquellas que *“concernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción”*¹⁵³.

¹⁴⁸ Cfr. Sentencia T-732 de 2009.

¹⁴⁹ Sobre este criterio la sentencia T-878 de 2014 indicó *“que la comunidad internacional ha realizado esfuerzos para eliminar tanto la violencia como la discriminación contra la mujer, a través de instrumentos jurídicos que imponen obligaciones de prevención y sanción a los Estados y a la humanidad en general”*.

¹⁵⁰ Frente a la exclusión de la mujer en diversos campos, la sentencia C-586 de 2016 anotó: *“La discriminación a la mujer ha sido ampliamente documentada por las sentencias de la Corte Constitucional desde diversos planos, como pueden serlo el de la imposición del modelo patriarcal, que constituyó la preocupación de la Corporación durante la década de los noventa, las violencias de diferente clase, la discriminación como forma de violencia sobre las mujeres, y más recientemente, la tarea social y judicial de remoción de patrones socioculturales y estereotipos que permiten y prolongan formas de violencia y de discriminación”*.

¹⁵¹ En relación con prácticas arraigadas en la sociedad que cosifican a la mujer, la sentencia C-754 de 2015 puntualizó: *“la Corte ha identificado de manera reiterada los estereotipos de género con preconcepciones que generalmente le asignan a la mujer un rol tradicional asociado al trabajo del hogar, a la reproducción y a la subordinación frente al hombre sobre quien, por el contrario, han recaído todas las obligaciones de liderazgo, debido a su fuerza física y supuesta racionalidad mental”*.

¹⁵² Cfr. C-553 de 2006.

¹⁵³ *Ibíd.* Sobre el mismo tema, la sentencia T-732 de 2009 refirió lo siguiente: *“Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, es innegable la particular importancia que tiene para*

14. La vigencia de una serie de concepciones y prejuicios son la base que explica las imposiciones sociales que persiguen constreñir a la mujer para que actúe de una u otra forma¹⁵⁴. A partir de ahí, se cimientan las exigencias que buscan suprimir su capacidad libre y autónoma de disponer sobre sí misma, en el desarrollo no solamente de sus derechos sexuales y reproductivos, sino también de toda la gama de garantías que posee como persona¹⁵⁵.

15. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General número 22, destacó que la respuesta que se dé en torno a esa problemática debe asegurar la adopción de una visión integral de la perspectiva de género en el contexto de los derechos sexuales y reproductivos¹⁵⁶. Igualmente, recalcó la importancia de adoptar medidas que no perpetúen los estereotipos de género, sino que, por el contrario, contribuyan a eliminar las barreras sociales que limitan la materialización del plan de vida que posee cada mujer y que, con ello, se asegure su igualdad material¹⁵⁷.

16. En un sentido similar, la Corte Constitucional ha establecido que estos patrones y concepciones, además de constituir una forma de violencia de género¹⁵⁸, son el fundamento de las obligaciones que posee el Estado para adoptar medidas que permitan hacer frente y, con ello, suprimir este tipo de criterios negativos. En esa medida, ha resaltado la obligación de eliminar dichos prejuicios, en tanto suponen el desconocimiento de las

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.”

¹⁵⁴ En particular, la sentencia C-754 de 2015 mencionó que “*Un estereotipo se refiere a la determinación de un molde como una referencia a la identidad de alguien, que cuando se traduce en un prejuicio adquiere una connotación negativa y tiene el efecto de la discriminación. La asignación de estereotipos muchas veces responde a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo cual puede generar desventajas que tengan un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales. Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular, o sobre los roles que éstos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los miembros de un grupo tienen unas características o cumplen unos roles precisos, y por lo tanto cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo se presume que ésta actuará de conformidad con dichas preconcepciones, o que es su deber hacerlo”.*

¹⁵⁵ En la misma C-754 de 2015, la Corte reconstruyó la línea jurisprudencial que existe sobre este asunto y encontró que los prejuicios que se han establecido contra la mujer no son exclusivos de un ámbito de la vida en sociedad, sino que abarcan escenarios tan variados como las sanciones contra “*la mujer adúltera*” y la afiliación a seguridad social de las trabajadoras, por ejemplo.

¹⁵⁶ Observación General número 22 del Comité DESC, párrafo 26.

¹⁵⁷ *Ibidem*, párrafos 26 y 27. Adicionalmente, en ese documento se menciona que: “*Las leyes, las políticas y las prácticas neutrales pueden perpetuar las desigualdades de género y la discriminación ya existentes contra la mujer. La igualdad sustantiva requiere que las leyes, las políticas y las prácticas no mantengan, sino que mitiguen, la desventaja inherente que experimentan las mujeres en el ejercicio de su derecho a la salud sexual y reproductiva. Los estereotipos, las suposiciones y las expectativas basados en el género sobre la subordinación de las mujeres respecto de los hombres y su función exclusiva como cuidadoras y madres, en particular, son obstáculos a la igualdad sustantiva entre los géneros, incluido el derecho en condiciones de igualdad a la salud sexual y reproductiva, que hay que modificar o eliminar, al igual que el papel exclusivo de los hombres como cabezas de familia y sostén de la familia”.*

¹⁵⁸ Cfr. Sentencia T-311 de 2018.

responsabilidades que, por mandato de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, tiene el Estado y la sociedad frente a las mujeres.

17. Precisamente, esta Corporación ha identificado que i) el reforzamiento del paradigma social construido en torno al hombre, y a partir del cual se deriva la concepción de la mujer como débil y sumisa¹⁵⁹; ii) su escasa participación en los espacios decisorios del Estado¹⁶⁰; iii) la designación de roles de género, junto con la consecuente desvalorización de su papel como sostén económico de la familia¹⁶¹; iv) su cosificación como elemento direccionado al hogar, a su esposo y a la procreación¹⁶²; v) su invisibilización en los distintos estamentos normativos¹⁶³ y; vi) la discriminación y la violencia de género, junto con la consecuente impunidad de estas conductas¹⁶⁴; son algunos de los estereotipos y escenarios concretos en los que se manifiesta esta cuestión. Al respecto, en la sentencia C-754 de 2015 este Tribunal sintetizó estas circunstancias y, además, puntualizó que:

“[L]a Corte ha identificado de manera reiterada los estereotipos de género con preconcepciones que generalmente le asignan a la mujer un rol tradicional asociado al trabajo del hogar, a la reproducción y a la subordinación frente al hombre sobre quien, por el contrario, han recaído todas las obligaciones de liderazgo, debido a su fuerza física y supuesta racionalidad mental. En ese sentido, el Tribunal ha acudido a los contenidos de la cláusula de igualdad constitucional y al bloque de constitucionalidad para superar los estereotipos de género. Esto, con el fin de reconocer las obligaciones de acción u abstención al Estado para que no aplique políticas discriminatorias en razón del género y de estereotipos que se construyen alrededor de la idea de las mujeres, como ciudadanas que están supeditadas a roles de inferioridad en la sociedad”.

18. En este contexto y antes de abordar las cuestiones relacionadas con el alcance de las garantías analizadas, esta Sala concluye que el diagnóstico presentado por la jurisprudencia alrededor de los estereotipos de género es un componente que no se puede ignorar y que, por el contrario, constituye un factor determinante a la hora de valorar los hechos que dan origen a este proceso de unificación.

19. Como se mencionó, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y la suscripción de los mencionados instrumentos internacionales imponen al Estado colombiano y a los particulares una serie de

¹⁵⁹ Cfr. Sentencia C-082 de 1999.

¹⁶⁰ Cfr. Sentencia C-371 de 2000.

¹⁶¹ Cfr. Sentencia T-500 de 2002. En un sentido semejante, en la Observación General número 22 del Comité DESC se indicó que “Los Estados deben reconocer las normas sociales y estructuras de poder arraigadas que impidan el ejercicio de ese derecho en igualdad de condiciones, como los papeles asignados a cada género, que afectan a los determinantes sociales de la salud, y adoptar medidas para corregirlas”.

¹⁶² Cfr. Sentencia C-507 de 2004.

¹⁶³ Cfr. Sentencia C-804 de 2006

¹⁶⁴ Cfr. Sentencias C-335 de 2013 y T-967 de 2014.

obligaciones en esta materia. La jurisprudencia de esta Corporación¹⁶⁵ y los documentos de los órganos de supervisión internacional han resalta su alcance a través de diversos pronunciamientos¹⁶⁶.

20. Para el efecto, han distinguido entre derechos sexuales y derechos reproductivos. Esta diferencia ha estado orientada, de una parte, a distinguir entre la sexualidad y la reproducción como ámbitos independientes de las personas y, en particular, de las mujeres. Y de otra, a advertir que, pese a su autonomía, guardan en todo caso una estrecha relación. Sobre este punto, esta Corte mencionó que esta distinción resulta especialmente relevante en el desarrollo de los conflictos de género, pues como consecuencia de la adscripción de la mujer al rol reproductor y de madre, se ha limitado la protección de su sexualidad solamente al contexto de la maternidad¹⁶⁷.

El alcance de los derechos sexuales

21. De ese modo, esta Corporación ha explicado cuáles son las implicaciones que se derivan de cada una de esas garantías. En esa medida, ha indicado que los derechos sexuales les proporcionan a todas las personas la autoridad para “*decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién. En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación*”¹⁶⁸, *violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada*¹⁶⁹”¹⁷⁰.

22. De igual forma, se ha referido que los **derechos sexuales** se estructuran a través de tres facetas. La primera, relacionada con la oportunidad de disponer de información y educación adecuada sobre los distintos aspectos de la sexualidad humana¹⁷¹; la segunda, que tiene que ver con la posibilidad de acceder a los servicios de salud sexual¹⁷²; y la última, correspondiente a la facultad de contar con toda la educación e información respecto de la totalidad

¹⁶⁵ Cfr. Sentencias C-355 de 2006, T-607 de 2007, T-732 de 2009, T-627 de 2012, T-732 de 2009, T-274 y C-754 de 2015, T-697 de 2016 y C-093 de 2018.

¹⁶⁶ Cfr. Recomendación General 24 del Comité CEDAW, Observación General 22 del Comité DESC, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes

¹⁶⁷ Cfr. Sentencia T-732 de 2009.

¹⁶⁸ Al respecto se puede citar toda la jurisprudencia constitucional en torno a la prohibición de discriminación de las personas homosexuales. Ver la sentencia C-029 de 2009.

¹⁶⁹ Cfr. T-732 de 2009.

¹⁷⁰ En un sentido semejante la Cuarta Conferencia sobre la Mujer (Plataforma Beijing) señaló que “*los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual*”.

¹⁷¹ Cfr. Sentencia T-293 de 1998.

¹⁷² Cfr. sentencias T-926 de 1999 y T-465 de 2002 en las que se ordena a las EPS demandadas el suministro a un hombre de un medicamento para la disfunción eréctil y T-143 de 2005 en la cual se ordena a la EPS la implantación de una prótesis peneana con el fin de corregir la misma patología.

de los métodos de anticoncepción, así como la potestad de elegir de forma libre alguno de ellos¹⁷³.

El alcance de los derechos reproductivos

23. Por otra parte, los **derechos reproductivos** le otorgan a todas las personas, especialmente a las mujeres¹⁷⁴, la facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo y con qué frecuencia hacerlo¹⁷⁵. De ahí, que esta garantía posea dos dimensiones: la primera, relacionada con la existencia de una *autodeterminación reproductiva*; y, la otra, correspondiente al *acceso a los servicios de la salud reproductiva*¹⁷⁶.

24. En cuanto a la autodeterminación reproductiva, la Corte ha señalado que de él se deriva “*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*”¹⁷⁷. Aunado a ello, este Tribunal ha afirmado que se transgrede esta garantía cuando se recurre a embarazos, esterilizaciones o abortos forzados o, incluso, cuando se exige el consentimiento de un tercero para admitir la decisión de tener, o no, hijos¹⁷⁸.

25. Sobre este último escenario, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General número 28, indicó que los Estados no respetan la vida privada de la mujer “*cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos*”¹⁷⁹.

¹⁷³ Cfr. T-732 de 2009.

¹⁷⁴ Sobre este punto la Sala quiere volver a hacer especial énfasis, pues de forma reiterada la Corte ha abordado la particular relevancia que tienen estas garantías en el desarrollo de las mujeres. Véase, por ejemplo, que en la sentencia T-627 de 2012 dijo: “*Tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo 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*”.

¹⁷⁵ Cfr. Sentencias T-627 de 2012, T-274 de 2015, T-306 de 2016, T-697 de 2016.

¹⁷⁶ Cfr. Sentencias T-732 de 2009, T-627 de 2012, T-274 de 2015, T-306 de 2016, T-697 de 2016.

¹⁷⁷ Cfr. Sentencia T-627 de 2012. Reiterada en la sentencia T-274 de 2015.

¹⁷⁸ Cfr. Sentencia T-627 de 2012. Al respecto, el Comité de la CEDAW, en su Recomendación General número 21, dijo: “*La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno*”.

¹⁷⁹ Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Observación General número 28, igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, párrafo 20.

26. Asimismo, en su Observación General número 22 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que los Estados tienen una obligación de respeto frente a las decisiones que se adopten bajo la esfera de esta garantías. Adicionalmente, aclaró que de conformidad con este compromiso los Estados no se deben inmiscuir en el ejercicio de los derechos reproductivos, no deben denegar el acceso a los servicios que estructuran esas potestades y, finalmente, *“los Estados deroguen, y se abstengan de promulgar, leyes y políticas que obstaculicen el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Esto incluye los requisitos de autorización de terceros, como los requisitos de autorización de los padres, el cónyuge y los tribunales para acceder a los servicios y la información en materia de salud sexual y reproductiva, en particular para el aborto y la anticoncepción”*¹⁸⁰.

27. En un sentido semejante, en ese documento el Comité DESC señaló que *“[l]os Estados parte también tienen la obligación de combatir la homofobia y la transfobia, que conducen a la discriminación, incluida la violación del derecho a la salud sexual y reproductiva”*.

28. De este modo entonces, se violenta la *autodeterminación reproductiva* cuando se obstaculiza el ejercicio de la autonomía personal y se recurre a la coacción para obtener una decisión respecto del desarrollo de la progenitura. Igualmente, cuando no se ofrecen los medios y servicios necesarios para adoptar una determinación en relación con esta facultad; y, finalmente, cuando no se suministra la información precisa para adoptar una decisión fundada en hechos ciertos, o se provee de forma falsa o inexacta¹⁸¹.

29. Respecto del acceso a los servicios de salud reproductiva se destaca el especial aporte que han suministrado las definiciones y observaciones brindadas por algunos estamentos internacionales sobre este asunto. En tal sentido, por ejemplo, el Comité CEDAW, en su Recomendación General número 24, enfatizó que *“la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”*¹⁸².

30. Asimismo, el Comité DESC, en su Observación General número 22, relacionó los elementos que estructuran esta faceta del derecho. De ese modo, refirió que la prestación de los servicios de salud reproductiva se debe

¹⁸⁰ Observación General número 22 del Comité DESC, párrafo 41. Asimismo, en ese documento se indicó que: *“La no discriminación, en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, abarca también el derecho de todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, a ser plenamente respetadas por su orientación sexual, identidad de género o condición de intersexualidad. [...] || La no discriminación y la igualdad requieren no solo la igualdad jurídica y formal sino también la igualdad sustantiva. || La igualdad sustantiva requiere que se aborden las necesidades particulares en materia de salud sexual y reproductiva de grupos concretos, así como cualquier obstáculo con que puedan tropezar”*.

¹⁸¹ Cfr. Sentencia T-627 de 2012. Sobre el particular, la misma Observación General número 22 del Comité DESC señala que: *“Esas violaciones comprenden la injerencia del Estado con la libertad de la persona para controlar su propio cuerpo y la capacidad para adoptar decisiones libres, informadas y responsables en ese sentido”*.

¹⁸² Párrafo 11. Cfr. Sentencia T-627 de 2012.

adelantar bajo la óptica de la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad. En cuanto al primer componente, aseguró que de conformidad con él la asistencia médica prestada por el Estado debe asegurar que la oferta de los servicios sea adecuada y completa; que los profesionales de la salud estén debidamente capacitados; y que las medicinas esenciales hagan parte de la oferta farmacológica, incluyendo los medicamentos e insumos anticonceptivos, así como los requeridos para la asistencia del aborto y el tratamiento del VIH¹⁸³.

31. Además, destacó que en ningún caso la prestación de estos servicios médicos puede verse obstaculizada por cuestiones ideológicas, como la objeción de conciencia, y que se debe asegurar que la cobertura médica requerida para garantizar que este derecho esté disponible en todo momento y a una distancia física razonable¹⁸⁴.

32. En cuanto al componente de accesibilidad, indicó que a partir de este aspecto se cimienta la obligación de asegurar que los servicios requeridos para la materialización de los derechos reproductivos se puedan utilizar por todas las personas, independientemente de su ubicación geográfica o su situación de vulnerabilidad¹⁸⁵. Paralelamente, advirtió que los costos de acceso a estas herramientas no pueden constituir una barrera infranqueable para su empleo¹⁸⁶. Igualmente, hizo hincapie en la importancia de que las personas tengan la oportunidad de buscar, recibir y difundir información sobre los derechos sexuales y reproductivos¹⁸⁷.

33. Particularmente, recalcó que todos, *“incluidos los adolescentes y jóvenes, tienen el derecho a recibir información con base empírica sobre todos los aspectos de la salud sexual y reproductiva (...)”*¹⁸⁸.

34. Finalmente, en cuanto al criterio de calidad aseguró que los procedimientos, servicios e insumos que se suministren deben tener un fundamento empírico y, además, estar actualizados *“desde un punto de vista científico y médico”*¹⁸⁹. Esto, a su vez, guarda armonía con la obligación de contar con profesionales debidamente capacitados. Asimismo, dijo que *“no incorporar o rechazar los avances y las innovaciones tecnológicas en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, como los medicamentos en relación con el aborto, la asistencia médica para la procreación y los avances en el tratamiento del VIH y el sida, pone en peligro la calidad de la atención”*¹⁹⁰.

¹⁸³ Observación General número 22 del Comité DESC, párrafos 11 a 13.

¹⁸⁴ Párrafo 14.

¹⁸⁵ Párrafo 16.

¹⁸⁶ Párrafo 17.

¹⁸⁷ Párrafo 18 y 19.

¹⁸⁸ Párrafo 18.

¹⁸⁹ Párrafo 21.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

35. Bajo ese contexto, este Tribunal recogió las distintas exposiciones presentadas en el marco nacional e internacional, y concluyó que el derecho a la salud reproductiva está integrado por los siguientes elementos¹⁹¹:

i) Los componentes de educación e información sobre los distintos servicios, medicamentos e insumos que integran los métodos anticonceptivos. A este aspecto también se integra la posibilidad de acceder y elegir de forma libre el procedimiento de preferencia de cada persona, de conformidad con los artículos 10¹⁹² y 12¹⁹³ de la CEDAW¹⁹⁴.

ii) La existencia de mecanismos que aseguren el desarrollo de la maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos¹⁹⁵. Concretamente, el acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia.

iii) La prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino¹⁹⁶.

iv) El acceso a la tecnología científica para procrear hijos biológicos, es decir, la posibilidad de acceder a procedimiento de fertilización *in vitro*¹⁹⁷.

v) El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo bajo los estándares de disponibilidad, accesibilidad y calidad, de acuerdo con los parámetros desarrollados por el Comité DESC, en los casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006¹⁹⁸, así como la obligación del Estado de proteger y respetar este componente de los derechos sexuales y reproductivos.

36. Tal es el marco normativo, sobre el que se construye la jurisprudencia relativa al contenido y alcance del derecho fundamental a la interrupción

¹⁹¹ A continuación, se recogen parte las conclusiones que presentan las sentencias T-627 de 2012 y C-093 de 2018.

¹⁹² “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).

¹⁹³ “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).

¹⁹⁴ Cfr. Sentencia T-627 de 2012.

¹⁹⁵ Al respecto, ver CIDH, “Acceso A Servicios De Salud Materna Desde Una Perspectiva De Derechos Humanos”, 7 junio 2010.

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ Cfr. Sentencia C-093 de 2018.

¹⁹⁸ Cfr. Sentencias T-585 de 2010 y T-841 de 2011.

voluntaria del embarazo. Pasa la Sala a concretar su fundamento y a exponer sus diversas dimensiones, en tanto derecho sexual y reproductivo.

El derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo como expresión de los derechos reproductivos

37. El derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo protege la autonomía y la libertad de decisión de la mujer que, encontrándose en alguna de las tres causales de despenalización previstas en la sentencia C-355 de 2006, resuelve poner fin al proceso de gestación humana. El derecho a la IVE pertenece a la categoría de derechos reproductivos y, por tanto, comparte su orientación, fundamento y contenido obligacional. Al mismo tiempo, al tratarse de una garantía *ius fundamental*, compromete en su respeto y realización a todos los servidores y órganos del Estado, a los prestadores públicos y privados de seguridad social y a los particulares.

38. En el orden interno este derecho fue identificado por la Corte Constitucional a partir de la acción pública de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, que sancionaba penalmente la práctica del aborto en todos los casos. La sentencia C-355 de 2006, que resolvió la censura propuesta contra la mencionada disposición, estableció que la prohibición absoluta del aborto resultaba contraria a los derechos de la mujer, en particular a su dignidad humana, al libre desarrollo de su personalidad, a la vida digna, a su salud física y mental, y a no estar sometida a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

39. La Corte determinó, en ese sentido, que la sanción penal por aborto infringía el orden superior en al menos tres casos. **Primero**, cuando el embarazo es 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. **Segundo**, cuando la continuación del embarazo constituye un peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. **Tercero**, cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

40. Para sustentar su decisión, el Tribunal partió por diferenciar entre la vida como valor o bien constitucionalmente protegido (Preámbulo) y la vida como derecho subjetivo de carácter fundamental (Art. 11 C. Pol.). En esa dirección, precisó que la vida no tiene carácter de derecho absoluto y debe ser ponderada, por tanto, con otros valores, principios y derechos plasmados en la Constitución. Resaltó además que, en decisiones previas la Corporación no había reconocido al embrión la categoría de persona humana y titular del derecho a la vida, sino el de bien superior objeto de protección. Indicó que no le correspondía al juez constitucional establecer el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana. Señaló que, en todo caso, el Estado ampara

la vida en gestación de diversas formas, y a través de la protección de la mujer gestante¹⁹⁹.

41. Precisó, así mismo, que la Constitución reconoció la discriminación histórica de que ha sido objeto la mujer y, en consecuencia, optó por establecer expresamente un conjunto de garantías en su favor, brindándole una protección reforzada y efectiva. Advirtió que desde la década de 1960 emergió en el sistema universal de protección de derechos humanos una preocupación por la persistente discriminación de la mujer y, en esa medida, buscó otorgarle una salvaguarda diferenciada por medio de la celebración de diversos instrumentos internacionales y del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, positivizados, a la postre, en el ordenamiento constitucional. Bajo tal perspectiva, la Corte consideró que la penalización absoluta del aborto cosificaba a la mujer y la despojaba de su dignidad humana al instrumentalizarla como un simple medio para alcanzar un fin reproductivo:

[U]na regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

42. La Corte, sin embargo, se abstuvo de dictaminar la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en los supuestos restantes²⁰⁰. Aclaró, empero, que el Congreso de la República tenía potestad para establecer en qué otras hipótesis el aborto no resultaba punible. Puntualizó, en definitiva, que “*el legislador puede prever otras [causales] en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales*

¹⁹⁹ Esta postura fue reiterada recientemente por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia C-327 de 2016. En esa decisión la Corte determinó que la expresión “*principia al nacer*” del artículo 90 del Código Civil no viola la protección del derecho a la vida establecida por el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos como parte del bloque de constitucionalidad. De este modo, luego de analizar la jurisprudencia surtida en la sentencia C-355 de 2006 y en diversas decisiones de revisión de tutela, el Tribunal Constitucional concluyó que: “*la vida, como valor, tiene una protección proporcional frente al alcance y contenido de los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de las mujeres. También, es importante advertir que en principio el valor de la vida y el ejercicio de estos derechos no se encuentra en colisión salvo cuando se trata del ejercicio del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, en estos casos, la Corte ha señalado con precisión que el derecho a la vida, en la medida en que está en cabeza de una persona humana, merece una protección reforzada que, sin ser absoluta, permita que se superen los obstáculos que impiden una protección efectiva, real e integral de otros derechos. // De la misma manera, permite concluir que el derecho a la vida no es absoluto y también admite ponderación cuando se encuentra en conflicto con otros derechos o valores como en el caso del derecho a morir dignamente. Lo anterior, no implica una violación del deber de protección del valor de la vida o del derecho a la vida, sino que reconoce que éstos se encuentran sujetos a los principios de proporcionalidad y razonabilidad*”.

²⁰⁰ La sentencia C-355 de 2006 señaló, en ese sentido, que “*si bien no resulta desproporcionada la protección del naciente mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del naciente, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional*”.

éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública”.

43. La conclusión según la cual la prohibición absoluta del aborto es violatoria de los derechos constitucionales de las mujeres implicó, al mismo tiempo, el reconocimiento de que la interrupción voluntaria del embarazo, en los tres casos identificados por la Corte, integra el contenido *ius fundamental* de los postulados superiores comprometidos. Su íntima vinculación con la dignidad humana, su posibilidad de traducción y concreción en derechos subjetivos y su sólido respaldo en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, comportó, además, su adscripción dentro del conjunto de derechos sexuales y reproductivos²⁰¹. Así lo explicó esta Corporación en la decisión T-585 de 2010:

“Resulta innegable que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, surgió en Colombia un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas. En efecto, como se indicó, en esta sentencia 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- implican reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada. En otras palabras, del contenido de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó el derecho a la IVE de las mujeres gestantes que se encuentran en los eventos antes indicados”.

44. A partir de la despenalización parcial de la IVE y de su categorización como derecho fundamental²⁰², las salas de revisión de esta Corporación han venido decantando su contenido, en cuanto garantía superior, en armonía con lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006. La Sala Plena, a continuación, se referirá a las dos causales que integran el derecho a la IVE y que interesan a efectos de resolver el caso que se plantea. Resaltará, posteriormente, las

²⁰¹ Los aspectos relevantes para adscribir la naturaleza *ius fundamental* de un derecho fueron establecidos por la Sala Plena de la Corte en la sentencia C-288 de 2012, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el Acto Legislativo 3 de 2011 “*por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal*” y contra la Ley 1473 de 2011 “*por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones*”. Al respecto, sostuvo la Corte: “*las propiedades de interdependencia e indivisibilidad han permitido concluir a la jurisprudencia constitucional que “los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) sobre cuya fundamentalidad existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario.” A su vez, ese mismo precedente determina que la posibilidad de “traducción” en derechos fundamentales subjetivos es un asunto que debe analizarse en cada caso y hace referencia a la posibilidad de determinar la existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter *iusfundamental* en el evento enjuiciado o de establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de tutela, a partir de los citados consensos”.*

²⁰² La categorización de la interrupción voluntaria del embarazo como derecho fundamental autónomo ha sido reconocida en las sentencias T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-627 de 2012, C-754 de 2015, T-301 de 2016 y C-093 de 2018.

obligaciones generales que se desprenden de él y señalará, igualmente, las barreras de acceso que ha identificado la Corporación y las determinaciones que ha adoptado para removerlas.

El derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud física y mental de la mujer gestante

45. La sentencia C-355 de 2006 determinó que la prohibición penal del aborto es contraria al orden constitucional, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico.

46. La Corte consideró que en los casos en que la salud y vida de la mujer gestante está *“amenazada”*, resulta desmesurado imponer el *“sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación”*. Aseguró que bajo esta causal *“no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión”*. Enfatizó que el Estado no puede obligar a la mujer embarazada a *“asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”*, incluso si se trataba de un embarazo consentido. Indicó que la prohibición del aborto en estos eventos podría comportar *“una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional”*.

47. Cabe precisar que, frente a esta causal, la Corte distinguió entre el peligro para la vida y el peligro para la salud de la mujer. Así mismo, incorporó un estándar amplio y comprensivo de salud, pues precisó que esta hipótesis *“no cubre exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental”*. Recordó, igualmente, que en virtud del artículo 12 del PIDESC la garantía de la salud comprende *“el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental”*. En ese sentido, puntualizó que *“el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica”*. Del mismo modo, reseñó que no es posible someter a la mujer a *“sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”*.

48. El Tribunal señaló, finalmente, que para la materialización de esta causal basta presentar certificación de un profesional de la medicina que dictamine la amenaza a la vida o a la salud de la mujer, en los términos recién descritos y conforme a los estándares éticos de su profesión.²⁰³

El derecho fundamental a la IVE cuando existe grave malformación del feto que hace inviable su vida

²⁰³ La Corte ha revisado asuntos en los que se alega esta causal, en las sentencias T-388 de 2009, T-585 de 2010, T- 636 de 2011, T-841 de 2011, T-532 de 2014, T-301 de 2016 y T-731 de 2016.

49. La sentencia C-355 de 2006 determinó que la prohibición penal del aborto es contraria al orden constitucional, cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

50. La Corte consideró que en este evento *“el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable”*. Señaló que en este caso prevalen los derechos de la vida formada, por sobre la protección de un feto que posiblemente no vivirá. Argumentó, igualmente, que se advierte desproporcionado imponer a la mujer la carga de continuar con un embarazo en esas condiciones, solo para soportar, posteriormente, *“la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”*. Un padecimiento de estos sostuvo la Corte, implica someter a la mujer *“a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”*.

51. El Tribunal precisó que en esta hipótesis se debe contar con certificación médica en la que se establezca que el feto *“probablemente no vivirá”*, en razón de *“una grave malformación”*. Aclaró que desde la perspectiva constitucional las malformaciones que habilitan la práctica del aborto corresponden a *“aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable”*. Enfatizó, asimismo, que la causal no alude a los eventos en que simplemente se advierte *“alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto”*.

52. Bajo tal marco, la Corte debe esclarecer dos aspectos en relación con esta causal. El primero, referente a la diferencia categorial que existe entre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo por malformación del feto que hace inviable su vida, y los conceptos de aborto eugenésico y aborto selectivo por discapacidad. El segundo, concerniente a la disparidad de criterios de las salas de revisión de esta Corporación, frente al estándar aplicable al momento de verificar la ocurrencia de la hipótesis de IVE por inviabilidad fetal vital.

La IVE por grave malformación del feto incompatible con la vida no comporta aborto eugenésico o selectivo

53. La Sala debe precisar, de entrada, que esta causal no alude en modo alguno a los denominados *“aborto eugenésico”* o *“aborto selectivo por discapacidad”*. En efecto, el propósito de la interrupción del embarazo, en la causal identificada por la Corte, no contiene un propósito eugenésico de supuesta preservación o mejoramiento de la raza humana, sino de alivio a la angustia y padecimiento de la mujer gestante que se ve avocada a convivir en su cuerpo con un feto que probablemente no vivirá²⁰⁴. Tal fue la preocupación

²⁰⁴ En relación con el concepto de eugenesia resulta pertinente resaltar la definición acogida por la Corte frente a dicho término en la sentencia C-239 de 1997, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal). De este modo, al establecer la diferencia entre homicidio eugenésico y homicidio por piedad, esta Corporación señaló lo siguiente: *“El actor confunde los conceptos de homicidio eutanásico y homicidio eugenésico; en el primero la motivación consiste*

de la sentencia C-355 de 2006 por marcar diferencia con el aborto eugenésico, que insistió en señalar que la IVE solo procedería cuando se acreditara científicamente la probable incompatibilidad del feto con la vida.

54. De igual modo, la causal de inviabilidad fetal incompatible con la vida tampoco es predicable frente a embriones que alberguen una potencial discapacidad. La Corte fue clara en indicar, nuevamente, que la IVE no prosperaría en relación con cualquier tipo de malformación, sino solo frente a aquellas en las que, por su gravedad, fuera posible pronosticar que el feto “*probablemente no vivirá*”²⁰⁵. La Corporación, en armonía con lo expuesto, insistió en que esta hipótesis no operaría en situaciones en las que se advirtiera “*alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto*”²⁰⁶.

Para profundizar en el alcance de la diferencia entre el aborto por inviabilidad vital del feto y el aborto por discapacidad, es pertinente acudir a las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Comité DPCD) en relación con la IVE en la legislación española, emitidas el 19 de octubre de 2011. De este modo, prescindiendo de los plazos y demás condiciones previstas en el artículo 15 de la Ley Orgánica Número 02 del 3 de marzo de 2010 de ese país, se encuentra que dicha disposición establece cuatro causales del IVE por causas médicas. Primera, grave riesgo para la vida o salud de la embarazada. Segunda, riesgo de graves anomalías en el feto. Tercera, anomalías fetales incompatibles con la vida. Cuarta, feto con enfermedades extremadamente graves e incurables²⁰⁷.

55. Las hipótesis primera y tercera, consagradas en la legislación española, son semejantes en sus aspectos relevantes a las causales por factores médicos dispuestas en la sentencia C-355 de 2006. Frente a estas el Comité guardó silencio y, por tanto, es posible inferir que las estimó compatibles con la

en ayudar a otro a morir dignamente, en tanto que en el segundo se persigue como fin, con fundamento en hipótesis seudocientíficas, la preservación y el mejoramiento de la raza o de la especie humana. Es además, el homicidio pietístico, un tipo que precisa de unas condiciones objetivas en el sujeto pasivo, consistentes en que se encuentre padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, es decir, no se trata de eliminar a los improductivos, sino de hacer que cese el dolor del que padece sin ninguna esperanza de que termine su sufrimiento.” Esa decisión analizó el asunto relativo a la muerte digna y, a la postre, declaró exequible el artículo acusado “*con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada*”.

²⁰⁵ Cfr. Sentencia C-355 de 2006.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ El siguiente es el contenido completo del artículo 15 de la Ley Orgánica 02 de 2010 del Reino de España: “*Interrupción por causas médicas. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: // a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen. // b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. // c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico*”. El subrayado es añadido.

Convención. Por el contrario, en lo concerniente a las causales segunda y cuarta, reprochó al Estado español por contemplar supuestos normativos discriminatorios en relación con las personas con discapacidad. Recomendó, por esa razón, suprimir la distinción realizada “*en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente*”.²⁰⁸ (Énfasis añadido).

56. De esta manera, a la luz de las observaciones del órgano supervisor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención DPCD), las causales de IVE por anomalías fetales que establecen como condición la incompatibilidad con la vida, son convencionalmente admisibles²⁰⁹. Entre tanto, las que contemplan la sola identificación de graves anomalías o enfermedades graves e incurables como motivo de aborto, no lo son. La sentencia C-355 de 2006, según se anotó, solo consagró la primera clase de causal, mientras que proscribió la segunda. En ese orden de ideas, para esta Corte es claro que la hipótesis por grave malformación del feto incompatible con la vida, prevista en la mencionada providencia, no es constitutiva de “*aborto por discapacidad*”, ni resulta lesiva de los derechos de las personas con discapacidad.

57. Es menester aclarar que, en todo caso, los reproches efectuados por el Comité DPCD en las mencionadas observaciones finales a la IVE en los eventos señalados, únicamente obedecen al monitoreo de las obligaciones de los Estados Parte de suprimir la discriminación por motivos de discapacidad y de eliminar los prejuicios negativos sobre esta. La Convención DPCD, en efecto, no reconoce derechos a la vida en gestación o a los fetos, sino exclusivamente a las **personas** de la especie humana²¹⁰. El feto, según se señaló en la sentencia C-355 de 2006 y más recientemente en la sentencia C-327 de 2016, carece de esa denominación. Su amparo, en el orden constitucional vigente, solamente obedece a su valor como bien superior objeto de protección.

²⁰⁸ El texto completo del análisis realizado por el Comité DPCD en sus observaciones finales a España señala lo siguiente: “*El Comité toma nota de la Ley N° 2/2010, de 3 de marzo de 2010, sobre la salud sexual y reproductiva, que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo, permite que se ponga fin al embarazo durante las primeras 14 semanas e incluye dos casos específicos en los que se amplían los plazos para el aborto si el feto tiene una discapacidad: hasta las 22 semanas de gestación cuando exista un “riesgo de graves anomalías en el feto”, y después de 22 semanas de gestación cuando, entre otras cosas, “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable”.* El Comité también toma nota de las explicaciones del mantenimiento de esta distinción dadas por el Estado parte. // El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley N° 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”. (Énfasis añadido).

²⁰⁹ Esta Convención fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 1346 de 2009. La misma fue materia de examen por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2010.

²¹⁰ En su artículo primero la Convención DPCD define su ámbito de aplicación y establece la titularidad de los derechos humanos en las personas con discapacidad. En ese sentido indica: “*El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. (Énfasis añadido).

58. En suma, para la Sala Plena es indudable que la hipótesis de IVE por grave malformación del feto incompatible con la vida no comporta el establecimiento del denominado aborto eugenésico ni del aborto selectivo por discapacidad. Esto por cuanto, *i)* no tiene por objeto el supuesto mejoramiento de la especie humana, sino la superación del sufrimiento de la mujer gestante que comparte su cuerpo con un feto con pronóstico de inviabilidad vital; *ii)* únicamente procede frente a fetos con graves malformaciones que probablemente no vivirán a causa de sus dificultades anatómicas y fisiológicas y; *iii)* proscribire la realización del procedimiento de IVE en relación con fetos con pronóstico de vida extrauterina que padezcan enfermedades que puedan ser curadas antes o después del nacimiento.

El estándar aplicable a la hipótesis de IVE por grave malformación del feto incompatible con la vida

59. La Sala Tercera de Revisión tuvo oportunidad de pronunciarse en relación con esta causal en la sentencia T-301 de 2016. En dicha decisión, pese a que encontró acreditada la hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo por peligro para la **salud mental** de la mujer, dictaminó que no se había comprobado la causal alusiva a una grave malformación del feto que hiciera inviable su vida. Para llegar a esa conclusión, la Sala de Revisión sostuvo que *“aunque se aportaron pruebas y diagnósticos clínicos que muestran la existencia de la malformación, ninguno de los médicos tratantes expuso cómo la malformación del feto implicaría su inviabilidad. Aún más, el hecho de que la criatura naciera y sobreviviera, permite a la Corte apreciar que en este caso, esta primera causal alegada no se configuró”*. (Énfasis añadido).

60. Así mismo, en las sentencias T-171 de 2007, T-388 de 2009, T-636 de 2011 y T-959 de 2011 esta Corporación revisó asuntos en los que, al igual que en la sentencia T-301 de 2016, se discutía la vulneración del derecho a la práctica de la IVE de mujeres que habían invocado su protección por contar con certificado de inviabilidad del feto por malformación incompatible con la vida. En esas decisiones, no obstante, este Tribunal se abstuvo de analizar la motivación expuesta por los médicos en el aludido certificado, y de aplicar un estándar que implicara un grado de certeza sobre la inviabilidad del feto con la vida. Debido a esta disparidad de criterios, pasa la Sala Plena de la Corte debe unificar su postura, en los siguientes términos.

61. La Sala debe destacar, en primer lugar, que el juez constitucional carece de competencias suficientes para revisar y cuestionar la motivación de esta clase de dictámenes médicos. Por esa razón, la valoración efectuada por la Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-301 de 2016 se advierte problemática. En efecto, la sentencia C-355 de 2006 fue tajante en señalar que *“no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en qué eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación*

se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuarán conforme a los estándares éticos de su profesión”.

62. La Sala Plena considera, de otra parte, que el estándar de verdad, empleado por la sentencia T-301 de 2016 para acreditar la configuración de la causal, no resulta ajustado al entendimiento que realizó la sentencia **C-355** de 2006 frente a la misma. En ese sentido, al explicar la naturaleza de la incompatibilidad del feto con la vida, la Corte resaltó que *“la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que **probablemente** no vivirá”*²¹¹ (énfasis añadido). La Sala precisa que la determinación de ese grado de *“probabilidad”*, en todo caso, corresponde a los médicos tratantes de la mujer en gestación y, en modo alguno, al juez constitucional.

63. En síntesis, como lo expuso la sentencia C-355 de 2006, para efecto de acreditar la ocurrencia de esta causal basta la *“certificación de un profesional de la medicina”* en la que determine la existencia de una grave malformación del feto, que implique que este *“probablemente no vivirá”*.

64. Al menos dos razones adicionales respaldan la postura asumida en la sentencia C-355 de 2006. Esa decisión empleó **estándares probatorios débiles o flexibles** para efectos de acreditar la materialización de cada una de las tres causales, como se explicó al exponer el alcance de dicha sentencia. Esa determinación resulta sensata, pues un estándar muy estricto resultaría problemático con miras a la protección del derecho a la IVE, ya que la penalización residual del aborto podría inhibir a los profesionales de la salud para certificar la necesidad del procedimiento.

65. Tal posibilidad fue prevista por la Corte y, por ello, estableció que *“basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que **la mujer ni el médico** que practique el aborto **puedan ser objeto de acción penal** en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado”*²¹² (énfasis añadido).

66. Advierte la Sala que los asuntos relativos a la IVE son de carácter urgente, pues a medida que avanza el embarazo el procedimiento se hace más dispendioso y peligroso para la vida y la salud de la mujer. Por ese motivo, un debate científico sobre el contenido del dictamen extendería irrazonablemente el momento de realización del procedimiento y aumentaría la amenaza para los bienes fundamentales de la mujer. Justamente en casos como el que ahora se analiza, pero además de otros que ya han ocupado la jurisprudencia de esta Corte, se ha advertido como ha sido una actitud altamente criticable de algunas EPS oponer toda suerte de trabas para un acceso eficaz –por motivos de índole diversa—sin reparar bastante que cada día que avanza, el riesgo para

²¹¹ Cfr. Sentencia C-355 de 2006.

²¹² Cfr. Sentencia C-355 de 2006.

la mujer acrece de manera progresiva, pues, son estos eventos donde se demanda una diligencia hiper extrema.

67. Precisamente, para evitar dilaciones injustificadas, la sentencia C-355 de 2006, *i*) dispuso que la eventual regulación de la IVE no podría imponer “*cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto*”; *ii*) estableció que en caso de objeción de conciencia por parte de los profesionales de salud, se debía “*proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto*” y; *iii*) determinó que para la inmediata aplicación de la decisión de despenalización parcial de la IVE no era necesaria “*una reglamentación de las hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas de delito de aborto*”, sin perjuicio de los deberes de regulación de los derechos constitucionales de las mujeres con miras a su “*goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema social de salud*”.

68. Todas estas condiciones de la sentencia C-355 de 2006 tienen en común, entonces, la preocupación por establecer pautas que permitan efectuar la interrupción voluntaria del embarazo de manera rápida, oportuna y segura. Con ese propósito en mente, a partir del estudio de casos concretos, las Salas de Revisión de esta Corporación han identificado diversas facetas del contenido obligacional del derecho a la IVE, han encontrado algunas barreras de acceso a dicho procedimiento, así como cargas desproporcionadas frente a la mujer y, por último, han fijado estándares para la superación de las mismas con miras a la real y efectiva protección de esta expresión del derecho a la autonomía reproductiva.

Estándares y deberes de protección derivados del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo

69. Atendiendo al carácter polifacético de las garantías *ius fundamentales*, el contenido del derecho a la IVE no se agota en la materialización de un procedimiento médico que ponga fin al proceso de gestación, en los tres casos previstos en la sentencia C-355 de 2006. Según se indicó, su realización se vincula estrechamente con los derechos a la dignidad humana y a la autonomía individual (Art. 1 C. Pol.); a la vida digna (Art. 11 C. Pol.); a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 12); a la intimidad personal y familiar (Art. 15 C. Pol.); al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C. Pol.); a las libertades de conciencia y religión (Art. 18 y 19 C. Pol.); a la seguridad social (Art. 48 C. Pol.), a la salud (Art. 48 y 49 C. Pol.) y a la educación (Art. 67 C. Pol.).

En ese sentido, el derecho a la IVE no se agota en la realización de un procedimiento médico. Este derecho tiene también componentes referidos a la información adecuada sobre el derecho para la mujer; la accesibilidad a los servicios médicos, psicológicos y de trabajo social, entre otros, necesarios

para la realización del mismo; la disponibilidad de los servicios en caso de configurarse las causales establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, entre otros.

A continuación, la Sala Plena reiterará los estándares de protección identificados por la Corte Constitucional a través de sus distintas salas de revisión. La Corte, igualmente, delineará y concretará algunos de estos estándares, con miras a materializar el goce efectivo de los derechos reproductivos de la mujer gestante.

El deber de suministrar información oportuna, suficiente y adecuada en materia reproductiva

70. Todas las mujeres tienen derecho a recibir información comprensible, oportuna, suficiente, adecuada y pertinente sobre la existencia y contenido de sus derechos sexuales y reproductivos. Este derecho incluye el deber de las entidades de seguridad social en salud, públicas y privadas, de entregar y publicar periódica y activamente información sobre la existencia, alcance y requisitos del derecho constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo en las causales despenalizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006. Compete también a los operadores y personal médico mantener informada a la mujer en gestación sobre su estado de salud y el desarrollo de su embarazo²¹³.

El deber de disponibilidad de los medios necesarios para la materialización de la IVE en todo el territorio, en todos los niveles de complejidad y en cualquier etapa del embarazo

71. Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006, deben estar disponibles en todo el territorio nacional. Las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a estos servicios en todos los niveles de complejidad que lo requieran, en cualquier etapa del embarazo. El Ministerio de Salud y Protección Social, el órgano supervisor de seguridad social en salud, los departamentos, los distritos y los municipios están obligados a dictar las medidas que, en el ámbito de sus respectivas competencias, aseguren la suficiente y efectiva disponibilidad y acceso a estos servicios sin discriminación, de forma oportuna y en condiciones de seguridad, calidad y salubridad²¹⁴.

Ninguna Entidad Prestadora de Salud – sea pública o privada, confesional o laica - puede negarse a practicar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando la mujer se encuentre bajo los supuestos y condiciones establecidas en la sentencia C-355 de 2006, cualquiera que sea la etapa del embarazo y el tipo de afiliación a la seguridad social. Lo anterior, con independencia de su

²¹³ Cfr. T-697 de 2016, T-388 de 2009, T-627 de 2012, T-301 de 2016 y T-731 de 2016.

²¹⁴ Cfr. Sentencia T-388 de 2009.

condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia.²¹⁵

El derecho a la intimidad en materia reproductiva y el deber de confidencialidad de los profesionales de la salud

72. Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda 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 derecho²¹⁶. La decisión de una mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo –en las condiciones de la sentencia C-355 de 2006– pertenece a su esfera íntima o privada y, en consecuencia, no se trata de un asunto de interés público o general, pues es una decisión que le incumbe solamente a ella²¹⁷.

El derecho de las mujeres a decidir libre de apremios sobre la interrupción voluntaria de embarazo, en las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006

73. 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 su decisión a la interrupción voluntaria de su embarazo. 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.²¹⁸

Para el efecto, las autoridades deben tomar en consideración el deber de abordar y enfrentar los estereotipos de género y los prejuicios negativos que pesan sobre la mujer.

La mujer gestante tiene de derecho a un diagnóstico oportuno y actual sobre el estado y condiciones de su embarazo

74. El derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006 incluye la faceta de diagnóstico. Ello porque al tratarse de un asunto relacionado con la salud, es un diagnóstico médico el que puede determinar si se configuran las hipótesis clínicas referidas. De ahí que el requisito para acceder a la IVE sea justamente

²¹⁵ Cfr. Sentencia T-388 de 2009.

²¹⁶ Cfr. Sentencia T-388 de 2009.

²¹⁷ Cfr. Sentencia T-841 de 2011.

²¹⁸ Cfr. Sentencia T-388 de 2009.

un certificado médico.²¹⁹

Con fundamento en la faceta de diagnóstico la mujer gestante puede exigir del sistema de seguridad social en salud:

- Una valoración médica oportuna sobre el peligro que llegue a representar el embarazo para su vida o su salud. Esta se debe dar en aquellos eventos en que los profesionales de la salud adviertan la posibilidad de que se configuren ésta hipótesis o cuando la mujer gestante alegue estar incurso en ella. El diagnóstico debe ser integral y, por tanto, incluir una valoración del estado de salud físico y mental, lo cual debe comunicarse de manera oportuna, clara y específica a la paciente, resolviendo todas sus dudas y clarificando todos los aspectos que la mujer estime oportuno.
- Una valoración periódica sobre el desarrollo y estado del embarazo. Lo anterior con miras a identificar de forma temprana, rápida y oportuna posibles malformaciones del feto que resulten incompatibles con la vida y activen, en consecuencia, el derecho de la mujer a decidir sobre la continuidad del embarazo.
- La expedición inmediata del certificado médico para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo, si así lo decide la mujer gestante incurso en alguna de las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006.

75. La obligación de respeto de la faceta de diagnóstico del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo implica que el sistema de seguridad social 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 y *ii*) negar o dilatar la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado.

La prohibición de dilaciones en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo

76. El plazo razonable para dar respuesta a la petición de interrupción voluntaria del embarazo y llevarla a cabo –si ello es médicamente posible– es de cinco días²²⁰. La brevedad de este término constituye un estándar apropiado

²¹⁹ Cfr. Sentencia T-841 de 2011, T-585 de 2010.

²²⁰ Al respecto, cabe precisar que el término de cinco días para la realización de la IVE fue acogido por la Corte Constitucional en la sentencia T-209 de 2008, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución 4905 de 2006. Esta norma, que a su vez estaba sustentada en el Decreto 4444 de 2006, señalaba que “La provisión de servicios de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los primeros cinco días siguientes a la solicitud y previo el consentimiento informado por parte de la gestante y la presentación de la certificación médica o la copia de la denuncia penal, según el caso”. Sin embargo, la misma fue objeto de decaimiento administrativo por cuenta de la nulidad del Decreto 4444 de 2006, dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 13 de marzo de 2013. Dicho plazo, así mismo, se encontraba previsto

de protección de este derecho, y responde a la necesidad de realizar el procedimiento de forma urgente y segura, si así lo decide la mujer gestante incurso en alguna de las causales despenalizadas en la sentencia C-355 de 2006²²¹.

Del certificado médico

77. La emisión del certificado corresponde a los profesionales de la salud quienes actuarán conforme a los estándares éticos de su profesión.²²²

Cuando la paciente ha recurrido a un médico externo para obtener el certificado médico de interrupción voluntaria del embarazo, la EPS podrá proceder a refutarlo científicamente si lo considera necesario desde el punto de vista médico, a través de sus profesionales de la salud y con base en la condición médica particular de la gestante. Dicho 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.²²³ 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 cuanto más avanza la gestación y podría llegar a frustrar la posibilidad de realizar la IVE si el nacimiento se produce.

Una vez se ha emitido la certificación médica de interrupción voluntaria del embarazo y la mujer haya expresado su voluntad de continuar con el procedimiento, la entidad prestadora de salud deberá realizar de oficio y directamente con su red de instituciones prestadoras de salud los trámites administrativos indispensables para la práctica del procedimiento. Para el efecto, las entidades prestadoras de salud solo podrán remitir a la paciente a las entidades que tengan capacidad técnica para efectuar el procedimiento de acuerdo con la edad gestacional, y que hayan consentido previamente sobre la realización del mismo. Estas diligencias deberán respetar el término de cinco días dispuesto para la materialización del mismo, el cual empezará a correr desde la emisión del certificado médico respectivo.

Los dictámenes psicológicos son válidos para la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la sentencia C-355 de 2006. Los psicólogos son profesionales de la salud, y por ende, están en capacidad de evaluar el impacto que un embarazo tiene en la salud mental de la paciente, y cómo la puede

en la instrucción décima primera de la Circular 003 de la Superintendencia Nacional de Salud. Esta última instrucción, empero, también fue anulada por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 13 de octubre de 2015. Pese a estas decisiones, la Sala Plena estima que el término de cinco días configura un parámetro apropiado de protección del derecho a la IVE, por lo que el mismo deberá seguir siendo aplicado por los operadores del servicio de seguridad social, hasta tanto se regule la materia.

²²¹ Cfr. Sentencia T-532 de 2014, T-731 de 2016, T-841 de 2011, T-388 de 2009, T-301 de 2016, T-959 de 2011

²²² Al respecto resultan relevantes los documentos “*Aborto sin riesgos, guía técnica y de políticas para sistemas de salud*” de la Organización Mundial de la Salud y el “*Protocolo para el Sector Salud, Prevención del Aborto Inseguro en Colombia 2014*”, entre otros.

²²³ Cfr. Sentencia T-841 de 2011.

afectar en tal grado que la integridad y dignidad de la mujer corra peligro por el hecho del embarazo.²²⁴

En el caso de la causal asociada a la violencia sexual prevista en la sentencia C-335 de 2006, únicamente será exigible la presentación de la correspondiente denuncia penal.

Plazos para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo

78. La jurisprudencia en vigor no impone límites a la edad gestacional para la realización del procedimiento de interrupción del embarazo. Los profesionales de la salud informarán a la mujer embarazada sobre los alcances y riesgos del procedimiento, atendiendo a la edad gestacional, para que esta adopte su decisión de manera instruida.²²⁵

Las menores de edad tienen plena autonomía para decidir sobre la IVE

79. Los menores de edad son titulares plenos del derecho al libre desarrollo de la personalidad y en esa medida gozan de plena capacidad para consentir sobre tratamientos e intervenciones en su cuerpo que afecten su desarrollo sexual y reproductivo, entre ellas la interrupción voluntaria del embarazo. No se deben imponer obstáculos o barreras adicionales cuando sus padres o representantes legales no estuvieran de acuerdo con el consentimiento otorgado para el efecto.²²⁶

Objeción de conciencia

80. En el caso de las mujeres gestantes puestas bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, en principio, las personas profesionales de la medicina pueden eximirse de practicar la interrupción del embarazo por motivos de conciencia sí y solo sí se garantiza la prestación de este servicio en condiciones de calidad y de seguridad para la salud y la vida de la mujer gestante que lo solicite, sin imponerle cargas adicionales o exigirle actuaciones que signifiquen obstaculizar su acceso a los servicios de salud por ella requeridos, y con ello, desconocerle sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud sexual y reproductiva, a la integridad personal, a la dignidad humana.²²⁷

La objeción de conciencia se predica **únicamente del personal** que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. *Contrario sensu*, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de

²²⁴ Cfr. Sentencia T-388 de 2009 y T-301 de 2016.

²²⁵ Cfr. Sentencia T-946 de 2008, T-841 de 2011, T-532 de 2014, T-301 de 2016, T-731 de 2016.

²²⁶ Cfr. Sentencia T-209 de 2008, T-841 de 2011 y T-697 de 2016.

²²⁷ Cfr. Sentencia T-388 de 2009.

quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención.²²⁸

En caso de que el personal médico que participará directamente en la intervención conducente a interrumpir el embarazo desee manifestar su objeción de conciencia respecto del procedimiento encomendado deberá hacerlo por escrito expresando *i)* las razones por las cuales está contra sus más íntimas convicciones la realización del procedimiento tendente a interrumpir el embarazo en ese específico caso, para lo cual no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia y; *ii)* el profesional médico al cual remite a la paciente que necesita ser atendida. Esto teniendo siempre como presupuesto que se tenga certeza sobre la existencia de dicho profesional, sobre su pericia para llevar a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo y de su disponibilidad en el momento en que es requerido.²²⁹

Las personas jurídicas no son titulares del derecho la objeción de conciencia y, por tanto, a las entidades de seguridad social en salud no les es permitido oponerse a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

Caso concreto

Sobre la carencia actual de objeto por hecho superado

81. Como quiera que en el presente asunto, el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, resolvió declarar la carencia actual de objeto por hecho superado al evidenciar que la pretensión de la accionante fue satisfecha por la EPS accionada, se realizará a continuación un breve desarrollo de la mencionada figura.

82. En efecto, el hecho superado es una de las modalidades de la carencia actual de objeto²³⁰, la cual se caracteriza porque la sustracción de la materia de decisión o de los motivos que llevaron a la interposición de la acción. Así, aunque es posible hacer un pronunciamiento de fondo sobre la materia²³¹, la facultad de emitir órdenes que puedan contener la amenaza inicial sobre los derechos fundamentales del accionante, en el caso particular, se extingue por razones de hecho.

²²⁸ Cfr. Sentencia T-388 de 2009.

²²⁹ Cfr. Sentencia T-388 de 2009.

²³⁰ Ver entre otras las sentencias T-535 de 1992 y T-564 de 1993.

²³¹ Decreto 2591 de 1991. Artículo 24. “Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. // El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

83. La variación de los hechos puede ser consecuencia de la concreción de la amenaza que materializa el daño (daño consumado), o porque las circunstancias que dieron lugar a la amenaza cesaron y, con ellas, el riesgo para los derechos fundamentales inicialmente comprometidos (hecho superado). En estos dos eventos, el juez constitucional no tiene materia sobre la que pueda concretar una protección y en razón de ello *“cualquier orden que pueda emitir (i) caería en el vacío²³² y (ii) desbordaría las competencias que le fueron reconocidas por el artículo 86 superior, con apego a la naturaleza de la acción constitucional”²³³.*

84. La carencia de objeto por hecho superado se configura cuando entre la interposición de la acción y la emisión de la decisión cesan las circunstancias que dieron lugar a la solicitud de amparo, de modo que *“la amenaza o violación del derecho no existen al momento de proferir el fallo, salvo que los hechos que configuran una u otra persistan y sean actual y ciertamente percibidas por el juez”²³⁴.*

85. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional la ocurrencia de un hecho superado se asocia principalmente a la desaparición de *“los motivos que (...) originaron”* la acción de tutela²³⁵. Entonces, el principal parámetro para determinar la configuración de un hecho superado siempre será la amenaza sobre los derechos fundamentales, de modo que el juez valore si persiste o cesó, según el curso de la situación particular.

86. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca de los presupuestos para declarar la carencia actual de objeto. En la sentencia T-731 de 2016, la Corte Constitucional evidenció que con frecuencia cuando la Corte se pronuncia sobre un asunto donde la pretensión es la práctica de la IVE, resulta que la pretensión ya ha sido superada, *“en razón a la duración de los procesos de gestación en los seres humanos, comparada con los tiempos promedio de resolución de las acciones de tutela”*. En estos asuntos el hecho superado ha sido consecuencia: (a) de la práctica del procedimiento pretendido²³⁶; (b) porque en ausencia de éste se hubiere producido el nacimiento del infante para entonces en gestación²³⁷; y (c) por desistimiento de la acción de tutela²³⁸.

²³² Sentencias T-535 de 1992 *“La acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental presuntamente violado o amenazado, lo cual explica la necesidad del pronunciamiento del juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada se dirige ante la autoridad judicial, de modo que si la situación de hecho de la cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiere el juez caería en el vacío. Lo cual implica la desaparición del supuesto básico del cual parte el artículo 86 de la Constitución y hace improcedente la tutela.”*

²³³ Sentencia T-627 de 2017.

²³⁴ Sentencia T-515 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

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

²³⁶ Ver entre otras, las sentencias T-731 de 2016,

²³⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-171 de 2007, T-841 y T-959 de 2011, T-532 de 2014 y T-301 de 2016.

²³⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-988 de 2007, T-532 de 2014 y T-636 de 2011.

87. En las situaciones descritas la Corte se ha limitado a plantear algunas importantes reflexiones, las que por lo demás, constituyen buena parte de la doctrina de este tribunal sobre el tema en mención, pero no responde a la garantía de los derechos fundamentales de las accionantes. Es el momento para reiterar que, a juicio de la Sala Plena, en algunos de estos casos, una medida provisional efectiva podría haber evitado las consecuencias fácticas y vulneradoras de derechos que se suscitaron.

88. En el presente asunto, tal y como lo indicó el Juez de instancia, se configuró la carencia actual de objeto por las razones que se exponen a continuación.

89. En primer lugar, en el expediente reposa la historia clínica de la accionante de los días 06 y 07 de enero de 2018 que prueba la práctica del procedimiento “*Amniocentesis diagnóstica SOD*” con ocasión del diagnóstico “*malformación fetal del SNC (causal 2)*”²³⁹ en el Hospital La Victoria. Así las cosas, si bien el método llevado a cabo por la IPS no fue el inicialmente ordenado por el médico tratante el 20 de diciembre de 2017, la consecuencia fue la misma, esto es, la interrupción voluntaria del embarazo que 17 días antes había solicitado a la EPS.

90. En segundo lugar, el procedimiento practicado a la accionante no fue consecuencia de la medida provisional. Como se ha mencionado, esta se adoptó el 05 de enero de 2018 mismo día de la interposición de la acción de tutela. Según consta en el folio 74 del cuaderno de primera instancia, dicha decisión fue recibida en el área de correspondencia de la EPS Compensar el 09 de enero de 2018, **fecha posterior a la realización del procedimiento** (6 y 7 de enero). Además, la respuesta a la acción de tutela presentada por la accionada fue radicada en el centro de servicio judiciales el 10 de enero de 2018, en esta la EPS no menciona que el procedimiento se haya llevado a cabo como consecuencia de la medida provisional, y es que ese no podría ser su fundamento porque para la fecha de la cirugía no había sido notificada de dicha decisión²⁴⁰.

91. Adicionalmente, la Fundación Santa Fe, el Hospital la Victoria y el Hospital San José fueron notificados de la acción de tutela interpuesta por la señora Emma el día 10 de enero de 2018²⁴¹, fecha para la cual ya se había superado la pretensión.

92. En este sentido, no resulta preciso afirmar que con la medida cautelar adoptada por el juez de primera instancia se vulneró el derecho a la defensa de

²³⁹ Como prueba adjunta la historia clínica de la paciente de los días 06 y 07 de enero de 2018. Ver folios 85 al 108 del cuaderno de primera instancia.

²⁴⁰ En efecto, tal y como puede leerse a folio 74 del cuaderno de primera instancia, el oficio por medio cual se notifica a la EPS accionada fue remitido por el Juzgado al Centro de Servicios el día viernes 5 de enero de 2018 y apenas recibido en la EPS el martes 09 de enero siguiente según puede leerse en el sello respectivo. Y el procedimiento se practicó los días sábado 6 y domingo 7 de enero.

²⁴¹ Ver folios 71 y siguientes del cuaderno de primera instancia.

la EPS accionada o de las IPS vinculadas puesto que su defensa estuvo dirigida a la configuración de un hecho superado, no fundamentado en la medida provisional, sino en el comportamiento activo de las instituciones involucradas.

93. En tercer lugar, la historia clínica de la accionante de los días 06 y 07 de enero de 2018 no se pronuncia sobre la medida provisional, en cambio, certifica que la malformación fetal es incompatible con la vida, tipificando así una de las causales dispuestas en la sentencia C-355 de 2006. Específicamente, la historia clínica certifica “*que la malformación fetal diagnosticada es incompatible con la vida*”²⁴², en consecuencia, se tipifica una de las causales legales para la interrupción del embarazo “*y la certificación médica llena los requisitos legales vigentes*”²⁴³.

94. Así las cosas, la pretensión expuesta por la señora Emma en la acción de tutela presentada el 05 de diciembre de 2018 se satisfizo independientemente de la orden proferida por el juez de tutela, configurándose la carencia actual de objeto por hecho superado. Ahora bien, acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en uso de sus competencias, realizará un examen del asunto concreto y, de ser oportuno, una declaración adicional relacionada con la materia.

Configuración de dos de las causales dispuestas en la sentencia C-355 de 2006

95. Atendiendo a las circunstancias fácticas planteadas en el escrito de tutela y que fueron resumidas en los antecedentes, tal y como se expuso en el acápite respectivo, corresponde en esta oportunidad a la Corte determinar si la EPS accionada vulneró el derecho reproductivo en su faceta de derecho a la IVE de la accionante, al dilatar la práctica del respectivo procedimiento.

96. En el caso concreto se alegaron dos de las causales contempladas en la sentencia C-355 de 2006: (i) el peligro para la salud mental de la mujer gestante, y (ii) la existencia de malformaciones del feto que harían inviable su vida. En consideración a la reiterada jurisprudencia de la Corte, cada una de las causales invocadas por la accionante tienen carácter autónomo e independiente, por lo tanto, serán analizadas de manera separada.

La Sala Plena encuentra cumplida la causal: cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico

²⁴² Folio 87 del cuaderno de primera instancia.

²⁴³ *Ibidem*.

97. Resulta relevante precisar que este caso gira en torno a la decisión de una mujer y de su esposo, quienes aun deseando el embarazo²⁴⁴, solicitaron su interrupción; en efecto, tan deseado era que desde las primeras semanas de gestación la señora Emma tuvo que someterse a continuas incapacidades médicas ante la amenaza de aborto, cumpliendo a cabalidad la instrucción de reposo absoluto. Adicionalmente, por lo menos en dos ocasiones acudió al servicio médico de urgencias en procura de hacerle seguimiento a los síntomas de alarma ante una posible pérdida.

98. Así, aun deseando el embarazo y después de dirigir su atención a todos los cuidados requeridos para que este llegara a buen término, resolvieron solicitar la IVE como consecuencia de las conclusiones emitidas por diferentes especialistas sobre las características del feto, respecto del cual se diagnosticó una malformación fetal con certificación medica que indicó que la misma era “*incompatible con la vida*”²⁴⁵ y que generó afectación a la salud mental de la gestante²⁴⁶.

99. En sus intervenciones, la Defensoría del Pueblo, la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, María Carolina Morales Borrero y Olivia López Arellano, el Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género – Corporación Humanas, la Corporación Colectiva Justicia Mujer – CCJM, el Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro –CLACAI, la Comisión Colombiana de Juristas y la Universidad Metropolitana de Manchester, defendieron la procedencia del aborto cuando la salud mental de la mujer gestante se encuentra afectada.

100. Como se expuso en las consideraciones de esta providencia el único requisito para hacer procedente la IVE por configuración de esta causal es el certificado médico. En la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional fue clara al determinar que dicho certificado podría ser expedido por un profesional de la medicina y tal sentido “*no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión*”.

101. Así, el certificado médico para proceder con la IVE, debe responder a los resultados de la valoración médica realizada; de la lectura de la historia clínica, el profesional de la salud, debe concluir la procedencia o no de la IVE, sin más requerimientos. En el expediente reposa un certificado médico

²⁴⁴ A folio 85 puede leerse la historia clínica en donde consta que “*mujer (...) que asiste de manera libre y voluntaria a la institución, solicitando interrupción voluntaria del embarazo, expresa claramente y sin dudas que cursa un embarazo aunque deseado se diagnosticó en semana 21 de malformación fetal (...)*”.

²⁴⁵ En efecto esto fue certificado según puede leerse en historia clínica visible a folio 87 del cuaderno de primera instancia.

²⁴⁶ Ver folios 28, 33 adverso y 34.

emitido el 29 de diciembre de 2017 por un médico psiquiatra²⁴⁷ adscrito a la EPS Compensar, que indica:

“La sra [Emma] (...), casada, de 33 años de edad, asiste hoy a mi consulta para evaluación de su estado mental. Refiere que se encuentra en semana 25 de embarazo, ha asistido a controles de embarazo y presentó amenazas de aborto en las semanas 9 y 10 que fueron atendidas en la Clínica de la Mujer, con tratamiento médico. Con base en ecografía de 30 nov., se reunió el Comité Técnico Científico de Obgyn y le informó que el diagnóstico es displasia septo-óptico vs holoprosencefalia lobar y mal pronóstico de neuro desarrollo futuro. (...) Está solicitando Interrupción voluntaria del embarazo de común de común acuerdo con su esposo.

*La encuentro consciente, alerta, orientada, sin alteraciones en la sensopercepción o el pensamiento. **Afecto reactivo ansioso depresivo.** Memoria conservada. Juicio de realidad adecuado.*

Concepto: Madre gestante de 33 años que ante informe médico solicita interrupción de embarazo. Es consciente de su situación y está en pleno uso de sus facultades para tomar esa decisión. Se recomienda continuar en apoyo psicoterapéutico”²⁴⁸ (negrilla no original).

102. Adicionalmente, en la misma fecha, la accionante fue remitida a Profamilia con la anamnesis “*cuadro depresivo y ansiedad desencadenado por el embarazo*”. El formato contiene la siguiente información, relevante para el caso, así: (i) “*paciente con cuadro de ansiedad y depresión desencadenado por la noticia de que el feto presenta holoprosencefalia vs displasia septo-óptica*”; y (ii) diagnóstico: “*F412 Trastorno mixto de ansiedad y depresión (...)*”²⁴⁹.

103. Una vez evaluada por Profamilia, un profesional médico de esta entidad relacionó: “*Área Afectiva: Angustiada, Deprimida, Ansiosa, Sentimientos de desesperanza, Impotencia. Área Somática: Alteraciones en el sueño, Inapetencia. Área Relacional: Aislamiento. Área Cognitiva: Dispersa, Pensamientos Negativos frecuentes, Dificultad para resolver problema, Dificultad para la concentración y producción intelectual*”²⁵⁰.

104. En consecuencia, documentó “*paciente con cuadro depresivo y ansiedad desencadenado por el embarazo (...). Certifico causal salud (...). Explico sentencia C-355/06, se acoge a ella y solicita IVE por IMF [inducción de*

²⁴⁷ En la sentencia T-388 de 2009 esta Sala estableció 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*”.

²⁴⁸ Ver folio 28 del cuaderno de primera instancia.

²⁴⁹ Ver folio 32 del cuaderno de primera instancia.

²⁵⁰ Ver folio 33 adverso del cuaderno de primera instancia.

muerte fetal]”²⁵¹. Como plan de manejo señaló “*se remite para IMF*”²⁵² la justificación que incluye el informe es “*paciente requiere inducción de muerte fetal y atención del parto del óbito fetal*”²⁵³.

105. En el mismo sentido, en la acción de tutela la accionante manifestó sentir que su “*vida corre peligro pues Compensar EPS y las instituciones hospitalarias han hecho todo lo posible por dilatar las cosas y no realizar el procedimiento*”²⁵⁴. Además, expuso que su “*estado de salud se deteriora día a día*”²⁵⁵.

106. Los certificados relacionados, refieren un riesgo para la salud mental de la mujer gestante, lo cual resulta suficiente para hacer procedente la IVE. No es necesario que la gestante atente contra su vida para luego sí certificar el peligro, el diagnóstico en sí mismo y la certificación que avala la práctica de la IVE resultan suficientes para probar el riesgo en la vida o la salud de la mujer²⁵⁶. Tan cierto es ello que en Sede de Revisión, **el Colegio Colombiano de Psicólogos, la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología, la Asociación Colombiana de Psiquiatría y la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis**, manifestaron que el embarazo de un feto diagnosticado con posibles alteraciones en el desarrollo neuronal, **puede ser considerado como una situación de alto riesgo para la salud mental de la madre.**

107. Al respecto, resultaría contrario a la Constitución y a los parámetros de los derechos reproductivos reseñados antes, exigir a todas las mujeres que asuman un embarazo diagnosticado con malformaciones en el sistema nervioso sin tener en cuenta la afectación que dicha noticia genera en la salud mental de cada gestante. Hacerlo así, convertiría a la mujer en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o como lo dijera la sentencia C-355 de 2006 en un “*receptáculo*” o en una herramienta efectivamente útil para procrear. Situación que bajo ningún concepto puede ser avalado por esta Corporación.

108. A juicio de la Sala Plena lo anterior resulta suficiente para acreditar el cumplimiento de la causal. Es necesario insistir en que no le corresponde al juez de tutela cuestionar los dictámenes médicos emitidos en punto de determinar la procedencia de la IVE. Ahora bien, si existe controversia

²⁵¹ Ver folio 33 adverso del cuaderno de primera instancia.

²⁵² Ver folio 34 del cuaderno de primera instancia.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ Ver folio 1 adverso del cuaderno de primera instancia.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ La Corporación Colectiva Justicia Mujer conceptuó que no es posible exigir a las gestantes la existencia de una incapacidad absoluta o una enfermedad mental severa, para que proceda la causal salud mental. Basta con que se evidencie dolor psicológico y/o sufrimiento mental. En su concepto, el único requisito que procede es la certificación médica o psicológica, sin que sea necesaria la de un especialista, psiquiatra, o el concepto de una junta o grupo de médicos. En este sentido, es el riesgo para la vida o la salud (física, mental o social) y no un daño ya consumado lo que da derecho a las mujeres y niñas a optar por una IVE. El riesgo es la posibilidad del daño que puede generarse como consecuencia de la continuación del embarazo, es decir, una afectación a la salud que genere angustia o sufrimiento y que puede incluso conducir a la muerte.

respecto de la idoneidad o calidad del dictamen será el Comité de Ética Médica quien se pronunciará.

109. La anterior regla no solo corresponde a lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la falta de experticia del juez de tutela en asuntos clínicos. También responde a los términos previstos para resolver una acción de tutela y a la urgencia de la práctica de la IVE, lo cual dificulta que el juez despliegue los medios probatorios necesarios para debatir la pertinencia de los certificados que obran en el expediente.

110. Si bien en el presente asunto la Corte practicó una serie de pruebas tendientes a contar con elementos de juicio en procura de determinar si el diagnóstico “*efecto reactivo ansioso depresivo*” era adecuado y ajustado a los protocolos psiquiátricos existentes, lo cierto es que dicha etapa de pruebas no responde a la necesidad de resolver el asunto ni a la urgencia que ello requiere.

111. En efecto, el primer auto de pruebas emitido en Sede de Revisión, tendiente a establecer los fundamentos del diagnóstico emitido por el médico psiquiatra, fue proferido el 24 de abril de 2018 y solamente hasta el 07 de junio de 2018, el despacho recibió la totalidad de los conceptos solicitados, es decir más de un mes después. Tal lapso de tiempo indica que, de no haberse practicado la IVE, se habría prolongado la afectación de derechos fundamentales de la accionante, al someterla a esperar hasta tanto el juez de tutela avalara la adecuación del certificado médico a los protocolos psiquiátricos existentes, lo cual, se insiste, no es su competencia. Nunca puedo olvidarse que el juez de tutela trabaja sobre hechos concretos, en vez de suma urgencia y de manera apremiante, con lo cual solo es esperable que haya decisiones razonables no exentas de crítica.

112. Ahora bien, independiente de si la certificación médica se ajustaba o no a los protocolos psiquiátricos, varios de los conceptos emitidos en Sede de Revisión refuerzan la idea de que el dictamen que certificó el riesgo de afectación de la salud psíquica de la accionante, era suficiente para practicar la IVE.

113. En primer lugar, sobre la gravedad del diagnóstico depresivo los intervinientes coincidieron en que este depende de la evaluación particular que el profesional de la salud haga sobre la accionante “*en directa proporción a las características individuales de la mujer gestante*”²⁵⁷.

114. Sin embargo, la Asociación Colombiana de Psiquiatría manifestó que existe una clara asociación entre un cuadro con síntomas de ansiedad y depresión, como el descrito por el médico tratante de la accionante, con la prolongación del embarazo. Afirmó que “*es claro que esta situación -la*

²⁵⁷ Expresión sustraída del concepto emitido por el Colegio Colombiano de Psicólogos, ver folio 91 adverso del cuaderno principal.

dilación de la orden médica-, a modo de ver de la accionante y con base en el diagnóstico ha puesto y puede poner en un futuro en riesgo su vida o su salud". Por su parte, la Asociación Colombiana de Psiquiatría indicó que *"en casos de continuación forzada del embarazo por cualquier razón, han sido descritos severos impactos negativos en el corto, mediano y largo plazo para la salud mental de la mujer que es obligada forzosamente a continuar con un embarazo que se quiere interrumpir"*. También, el Colegio Colombiano de Psicólogos aseguró que *"el diagnóstico 'afecto reactivo ansioso depresivo' (sic) en sí mismo, implica riesgo para la salud mental de la madre gestante"*.

115. En segundo lugar, según el Colegio Colombiano de Psicólogos, la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología, la Asociación Colombiana de Psiquiatría y la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis, está documentado que recibir un diagnóstico del feto con posibles alteraciones en el desarrollo neuronal, *"desencadena la posibilidad de presentar un trastorno mental grave que pone en riesgo el bienestar emocional"*²⁵⁸ de la mujer. En palabras de la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología *"al presentarse un estímulo en la vida de la persona el cerebro lo identifica y lo analiza como algo que puede afrontar o no; si este caso se evalúa como amenaza es debido a que no se cuenta con las estrategias para solucionar esta situación y por lo tanto se desencadenan después de estrés y ansiedad para intentar buscar solución al mismo. Pero si en el tiempo no se logra resolver la situación, la posibilidad de presentar una afectación en el bienestar emocional y en la vida de la paciente es alto"*²⁵⁹.

116. En tercer lugar, en relación con la afectación de la salud mental de las mujeres sometidas al procedimiento de IVE, el Colegio Colombiano de Psicólogos relató que, de los numerosos estudios realizados, *"la gran mayoría, han concluido que no hay evidencia de que la interrupción del embarazo produzca efectos negativos duraderos en la salud mental de las madres"*²⁶⁰. Por su parte, la Asociación Colombiana de Psiquiatría considera que prolongar un embarazo en el que se sugiere la interrupción es asimilable a la vivencia de un desastre o un evento catastrófico que se prolonga, *"luego lo recomendable es desembarazar si es lo indicado y el riesgo para la salud mental se incrementa con el avance del embarazo"*²⁶¹. Además, para la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis un aborto inducido, la negación de este y/o un embarazo no deseado debido a una afectación del feto *"puede generar síntomas de ansiedad o depresión"*²⁶² de la madre.

117. Por su parte, el Instituto de Investigación del Comportamiento Humano conceptuó que las mujeres que se someten a una IVE pueden presentar síntomas depresivos temporales (no un trastorno depresivo), los cuales les

²⁵⁸ Expresión sustraída del concepto emitido por la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología, ver folio 130 adverso del cuaderno principal.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ Ver folio 91 del cuaderno principal.

²⁶¹ Ver folio 143 del cuaderno principal.

²⁶² Ver folio 3 del cuaderno nuevo.

permiten adaptarse y regresar a una vida familiar y laboral productiva. En su concepto, no existe relación entre la interrupción del embarazo y la salud mental posterior de la madre.

118. Finalmente, a juicio de la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología el riesgo de complicaciones obstétricas es mayor para las mujeres que tienen embarazos de fetos con malformaciones en general²⁶³. En su concepto, *“la crianza de un hijo con discapacidad aumenta el riesgo de afectaciones físicas derivadas del estrés psico-emocional asociado. Estos niveles incrementados de estrés se han correlacionado con alteraciones físicas cuantificables en términos de alteraciones en el patrón hormonal, específicamente en la secreción de cortisol que es la hormona que regula el estrés, que puede reflejarse en mayor incidencia de enfermedades crónicas y mayor incidencia de síntomas somáticos”*²⁶⁴. En este sentido, *“es importante tener en cuenta la afectación de su bienestar emocional [de las madres gestantes con un feto diagnosticado con malformaciones que producen discapacidad] ya que en general y de manera sistemática a través de los estudios, se encuentran mayores niveles de estrés, dificultad de adaptación y afecto negativo en estas madres tanto en el corto como en el largo plazo”*²⁶⁵.

119. En síntesis, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que la EPS accionada vulneró el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo de la señora Emma, por no darle trámite inmediato a la solicitud pese a contar con el certificado médico requerido acorde con la sentencia C-355 de 2006.

La Sala Plena encuentra cumplida la causal: cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico

120. Como ya se mencionó, la causa que generó la depresión y la ansiedad de la señora Emma, quién deseaba ser madre, fue el diagnóstico recibido de parte de los médicos respecto de su hijo.

121. Del material probatorio que reposa en el proceso, la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que esta causal también se configuró. En igual sentido que la causal analizada con anterioridad, el único requisito exigido por la jurisprudencia constitucional es la existencia del certificado médico. A continuación se expone lo relevante para el caso del proceso médico de la accionante.

²⁶³ Por ejemplo, *“trastornos hipertensivos severos inducidos por el embarazo, abruptio pacentae (desprendimiento de placenta), ruptura prematura de membranas, necesidad de cesárea o parto instrumentado asociados a condiciones secundarias a la malformación como por ejemplo el polihidramnios (exceso de líquido amniótico) o las presentaciones fetales distólicas, es decir que obstruyen el parto vaginal”*.

²⁶⁴ Ver folios 55 al 59 del cuaderno principal.

²⁶⁵ *Ibidem*.

122. El 30 de noviembre de 2017 le fue realizada a la accionante una ecografía obstétrica morfológica de segundo trimestre²⁶⁶, que determinó *“holoprosencefalia lobar”*²⁶⁷. En consecuencia, citó a junta médica.

123. El 04 de diciembre de 2017 se reunió el Comité Técnico Científico para segunda opinión de casos difíciles, estableció como posible diagnóstico *“Displasia septo-óptica vs Holoprosencefalia lobar”*²⁶⁸, en plan de manejo se lee *“estudio citogenético. Se explica el mal pronóstico en el neuro desarrollo a futuro”*²⁶⁹.

124. Según lo expuesto por la señora Emma los médicos le informaron que *“la bebe puede nacer con trastorno sicomotor neurodesarrollo neurológico, endocrino, óptico olfatorio y psicomotriz, puede nacer ciega o lo peor podría nacer muerta o le dan poco tiempo de vida”*²⁷⁰.

125. En efecto, el 15 de diciembre de 2017 el médico tratante de la accionante diagnosticó *“Embarazo de 20 sem. Malformación SNC fetal – holoprosencefalia”* y solicitó la *“Interrupción Voluntaria del embarazo”*²⁷¹.

126. En consecuencia, el 20 de diciembre de 2017 el médico tratante ordenó el procedimiento *“695101 ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO”*²⁷², en el mismo documento indica *“MALFORMACIÓN FETAL”*²⁷³.

127. Con la orden médica, la accionante solicitó la práctica de la IVE, sin embargo, acorde con lo expresado por ella: *“en la Fundación Santa Fe (...) el médico me examinó y me dijo que no podían realizarme el procedimiento, de ahí me remitieron al Hospital San José pero allí tampoco me lo hicieron ya que según ellos esta institución no tiene el protocolo para poder realizar el procedimiento, fui a Compensar EPS me informaron que en el Hospital la Victoria pero ahí tampoco me quieren realizar el procedimiento”*²⁷⁴.

128. En efecto, el 27 de diciembre de 2017 la Unidad de Medicina Materno Fetal, sección de diagnóstico y terapia fetal, del Hospital San José, le practicó a la accionante un *“examen ultrasonográfico con transductor multifrecuencia con técnica de alta definición”*²⁷⁵. Acorde con los resultados emitió la siguiente opinión: *“embarazo de 24.6 semanas por biometría. Crecimiento fetal concordante. Displasia septo óptica vs holoprosencefalia lobar”*²⁷⁶.

²⁶⁶ Ver folios 20 al 27 del cuaderno de primera instancia.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ Ver folios 19 del cuaderno de primera instancia.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ Ver folio 1 del cuaderno de primera instancia.

²⁷¹ Ver folio 10 del cuaderno de primera instancia.

²⁷² Ver folio 9 del cuaderno de primera instancia.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ Ver folio 1 del cuaderno de primera instancia.

²⁷⁵ Ver folio 29 y adverso del cuaderno de primera instancia.

²⁷⁶ *Ibidem*.

129. El mismo día, una médica ginecobstetra del Departamento de Ginecobstetricia del Hospital San José determinó:

*“Paciente de 33 años G1P0 con embarazo de 24.4 semanas con hallazgos de malformación en SNC fetal detectado a la semana 20 sospecha de displasia septo óptica vs holoprosencefalia lobar. Hoy direccionada de su EPS para valoración en esta institución, en la mañana se realizó ecografía descrita con hallazgos sugestivos de holoprosencefalia lobar vs displasia septo óptico. En reunión realizada con la Dra. Pinto y el DR. Rojas sobre el caso se considera que los hallazgos presentes en el feto no son incompatibles con la vida, **las posibles secuelas que puede presentar el neonato pueden ser variables desde leves hasta severas no predecibles mediante ecografía.** La paciente y su esposo solicitan interrupción de la gestación, actualmente no cumple con los criterios contemplados por la sentencia C-355 **para este procedimiento por encontrarse a una edad gestacional avanzada requiere feticidio el cual no se realiza en la institución por lo cual se envía a su EPS para ser redireccionada a otra IPS. Se solicita valoración por psiquiatría**”²⁷⁷ (negrilla fuera de texto original).*

130. En la misma fecha, un profesional médico de Profamilia evaluó a la paciente y certificó *“feto presenta holoprosencefalia vs displasia septo-óptica. Certifico causal (...) malformación congénita. Explico sentencia C-355/06, se acoge a ella y solicita IVE por IMF [inducción de muerte fetal]”²⁷⁸. Como plan de manejo señaló *“se remite para IMF”²⁷⁹ la justificación que incluye el informe es “paciente requiere inducción de muerte fetal y atención del parto del óbito fetal”²⁸⁰.**

131. Finalmente, en la respuesta de la acción de tutela la EPS accionada informó que el día 06 de enero de 2018 se inició la IVE con el procedimiento *“Amniocentesis diagnóstica SOD”* con ocasión del diagnóstico *“malformación fetal del SNC (causal 2)”²⁸¹ en el Hospital La Victoria. La historia clínica certifica *“que la malformación fetal diagnosticada es incompatible con la vida”²⁸², en consecuencia, se configura una de las causales legales para la interrupción del embarazo, además *“la certificación médica llena los requisitos legales vigentes”²⁸³.***

132. De lo expuesto la Sala Plena encuentra que: (i) desde el 30 de noviembre de 2018 el feto fue diagnosticado con una enfermedad denominada *“holoprosencefalia lobar”*; (ii) el médico tratante de la accionante, el 20 de

²⁷⁷ Ver folio 30 y 31 del cuaderno de primera instancia.

²⁷⁸ Ver folio 33 adverso del cuaderno de primera instancia.

²⁷⁹ Ver folio 34 del cuaderno de primera instancia.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ Como prueba adjunta la historia clínica de la paciente de los días 06 y 07 de enero de 2018. Ver folios 85 al 108 del cuaderno de primera instancia.

²⁸² Folio 87 del cuaderno de primera instancia.

²⁸³ *Ibidem*.

diciembre de 2018 ordenó la práctica de la IVE por malformación del sistema nervioso central del feto, hizo solo referencia la “*holoprosencefalia*”; (iii) la EPS remitió a la accionante a la IPS Hospital San José donde consideraron que la accionante no cumplía con los presupuestos jurisprudenciales para acceder a la IVE, sin embargo, la remitieron a otra institución por no tener los medios para practicar un “*feticidio*”; (iv) el mismo día, un profesional de la salud de Profamilia certificó que la accionante se encontraba incurso en la causal malformación del feto; y (v) finalmente, 21 días después de expedida la orden médica del galeno tratante de la accionante, un profesional de la salud del Hospital La Victoria certificó la procedencia de la IVE por incompatibilidad del feto con la vida²⁸⁴ -ello sin tener conocimiento como quedó demostrado de la medida provisional, que si bien es cierto se emitió por medio de auto del 5 de enero de ese año, solo se notificó 5 días después, y el procedimiento se practicó el fin de semana previo a la notificación del auto-.

133. Así las cosas, resulta evidente para la Sala Plena la procedencia de la IVE por encontrarse acreditada esta causal. Ahora bien, de las respuestas obtenidas en virtud de las pruebas solicitadas en Sede de Revisión y de las intervenciones de algunos de los intervinientes, el asunto plantea un dilema: era el feto realmente inviable o se trataba de una interrupción voluntaria del embarazo por un diagnóstico discapacidad futura del feto. Para resolver este asunto es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

134. En primer lugar, como se dijo en el análisis de la primera causal, no le corresponde al juez constitucional evaluar la idoneidad de los certificados médicos, la única exigencia es su existencia y la referencia de la inviabilidad con la vida. Para el caso, el expediente cuenta con tres certificados médicos que dan fe de la procedencia de la IVE por configuración de esta causal: (i) la orden médica que solicita la IVE unida al requerimiento a la EPS para que le realizara a la accionante el procedimiento “*695101 ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO*”²⁸⁵, revelando “*MALFORMACIÓN FETAL*”²⁸⁶; (ii) el certificado emitido por un profesional de la salud de Profamilia donde asegura que es procedente la IVE considerando que el “*feto presenta holoprosencefalia vs displasia septo-óptica. Certifico causal (...) malformación congénita*”; y (iii) la certificación emitida por un profesional de la salud del Hospital La Victoria en la cual señala “*que la malformación fetal diagnosticada es incompatible con la vida*”²⁸⁷.

135. Al margen, en la sentencia C-355 de 2006 la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que el certificado médico debe ser expedido por el profesional de la medicina “*pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las*

²⁸⁴ Ver folio 87 del cuaderno de primera instancia.

²⁸⁵ Ver folio 9 del cuaderno de primera instancia.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ Folio 87 del cuaderno de primera instancia.

cuales el delito de aborto no puede ser penado”. En concordancia, los profesionales de la medicina deben actuar conforme “*a los estándares éticos de su profesión*”.

136. En segundo lugar, si bien el 27 de diciembre de 2017 una médica ginecobstetra del Departamento de Ginecobstetricia del Hospital San José determinó “*que los hallazgos presentes en el feto no son incompatibles con la vida*” también señaló que “*las posibles secuelas que puede presentar el neonato pueden ser variables desde leves hasta severas no predecibles mediante ecografía*”. Al respecto, resulta pertinente reiterar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional no exige probar fehacientemente la inviabilidad del feto, al contrario, la línea jurisprudencial²⁸⁸ hace referencia a la *probabilidad* de incompatibilidad con la vida.

137. Así las cosas, resulta incongruente que la profesional de la medicina pese a no tener la certeza sobre las secuelas que podría presentar el neonato, las cuales podrían llegar a ser severas -acorde con su propio concepto-, y sin tener en consideración el dictamen del médico tratante de la accionante quien ordenó la IVE, concluya que los hallazgos presentes en el feto lo hacen compatible con la vida. Más irregular resulta que, aun considerando la impertinencia de la IVE, ordene el traslado de la paciente a otra IPS ya que por la avanzada edad gestacional el Hospital San José no realiza el procedimiento, el cual denomina feticidio. Adicionalmente, en fecha posterior a este dictamen, dos galenos más certificaron la procedencia de la IVE por la malformación del sistema nervioso central del feto (médica de Profamilia y médico del Hospital La Victoria).

138. En tercer lugar, es cierto que del material probatorio solicitado por la Corte Constitucional en Sede de Revisión, la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José y las universidades Javeriana y Nacional, coincidieron al manifestar que los diagnósticos del feto no lo hacían inviable con la vida. Sin embargo, como ya se ha dicho, no le corresponde a este tribunal desvirtuar los certificados médicos que reposan en el expediente, los cuales fueron expedidos por médicos especialistas quienes debían actuar conforme con los estándares éticos de su profesión.

Este aspecto es medular y puede causar algún grado de preocupación en el lector, pero es necesario recordar con total puntualidad, que el trabajo de los jueces es la reconstrucción de un hecho histórico, esto es, algo sucedido en el pasado. No es su labor la adivinación ni el cálculo de «*lo que hubiera sucedido si, en lugar de lo que ocurrió, hubiese sucedido que...*», esto es, indagar qué habría pasado si, por ejemplo, el conductor X hubiera respetado la señal de pare en lugar de haberla trasgredido y, por ende, preguntarse

²⁸⁸ Desde la sentencia C-355 de 2006, la Corte estableció que “*la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que **probablemente** no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación*” (negrilla no original).

*¿hubiera sucedido igual la colisión con los mismos o parecidos efectos, si...”?, etc.*²⁸⁹

Así las cosas, la práctica de pruebas decretada en la Sala de revisión, con el fin antes especificado, podrían arrojar diversos resultados, confirmando o negando la conclusión a la que el juez arribó en su día. Mas ocurre que tal no es la metodología con la cual trabaja de ordinario un juez, que debe decretar una medida de precaución, prudencia y protección urgente. Él trabaja con los elementos que tiene a la vista y mesura su grado de convicción y sobre esos ejercicios hermenéuticos, decide.

139. En cuarto lugar, reitera la Sala lo expuesto al analizar la primera causal, por la estructura misma de la acción de tutela resulta desproporcionado proponer un debate probatorio acerca de la idoneidad del certificado médico, llegando al límite de solicitar peritajes que avalen si las enfermedades y/o diagnósticos podrían ser o no incompatibles con la vida.

140. En el caso concreto, la Corte Constitucional mediante providencias del 6 de abril y del 21 de junio de 2018 remitió, entre otros, a la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, a la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José y a las universidades Javeriana y Nacional, un cuestionario tendiente a dilucidar el nivel de inviabilidad del feto acorde con el diagnóstico *“holoprosencefalia vs displasia septo-óptica”*. La totalidad del material probatorio se obtuvo el 04 de septiembre de 2018, la intervención registrada en la Secretaría General de la Corte Constitucional con más prontitud fue del 17 de abril de 2018 recibida en el despacho el 28 de mayo del mismo año, una vez cumplido el proceso secretarial correspondiente.

141. Visto lo anterior, exigirle a un juez de instancia que despliegue sus facultades probatorias en procura de abrir un debate sobre la idoneidad del certificado médico, podría convertirse en una más de las tantas barreras de las

²⁸⁹ Cfr. Al respecto **Luigi Ferrajoli** –*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 57 ss.—cuando afirma: “«Toda construcción histórica», escribe justamente John Dewey, «es necesariamente selectiva» en el sentido de que está siempre orientada por puntos de vista, intereses historiográficos e hipótesis interpretativas que inducen al historiador a poner en evidencia algunos hechos del pasado en lugar de otros, a acentuar como significativos sólo algunos aspectos, a privilegiar algunas fuentes y a descuidar o, incluso, ignorar otras, sin estar siquiera en condiciones de reconocer las distorsiones eventualmente llevadas a cabo. Pero lo mismo vale también para la investigación científica, que contra la ilusión metodológica de la tabula rasa sugerida por Bacon, también parte de hipótesis de trabajo que guían sus itinerarios de investigación y, sobre todo, está condicionada por el enorme bagaje de teorías preexistentes que suelen oponer una tenaz resistencia a ser desmentidas por nuevas observaciones. || Si acaso, se puede decir que respecto de la investigación histórica y científica, las distorsiones involuntarias producidas en la actividad jurisdiccional por la subjetividad del juez resultan agravadas por tres elementos, el primero extrínseco a la naturaleza de la jurisdicción y los otros dos intrínsecos a ella. [...] En segundo lugar, mientras la historiografía y las ciencias naturales son capaces de autocorrección, al estar destinadas a sucumbir las hipótesis falsas o inadecuadas frente a las refutaciones y críticas de la comunidad de los historiadores y los científicos, no ocurre lo mismo con la jurisdicción. El juez es en realidad un investigador exclusivo, en el sentido de que su competencia para investigar y juzgar le está reservada por la ley: de forma que, salvo el contradictorio entre las partes que precede a la sentencia y fuera de los sucesivos grados de juicio, sus interpretaciones de los hechos y de las leyes no pueden ser refutadas por hipótesis interpretativas más adecuadas y controladas, sino que incluso son consagradas al final del proceso por la autoridad de la cosa juzgada.”

ya existentes en el camino de acceder a la IVE. No solo sería fácticamente difícil contar con las pruebas necesarias antes de cumplidos los 10 días de que trata el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, sino que saldría de la órbita de competencia del juez de tutela descartar lo dispuesto por el médico tratante.

142. En este punto reitera la Corte que, ante la existencia de distintas clases de malformaciones, *“desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones”*²⁹⁰.

143. Así, los médicos deberán evaluar esta circunstancia, sin estarles permitido proferir un certificado de IVE ante un diagnóstico de simple discapacidad física o mental. Sea esta la oportunidad para reiterar la protección constitucional de las personas en situación de discapacidad y recalcar que la práctica de IVE motivadas por malformaciones que puedan generar discapacidades futuras no es compatible con la Constitución. Es precisamente por esto que la línea jurisprudencial exige al galeno verificar (a) la existencia de la malformación y (b) la calificación de esta como incompatible con la vida del feto.

144. Recapitulando (i) es un profesional de la medicina quien debe expedir el certificado; (ii) la certificación debe establecer la causal y que esta responde a, por lo menos, una causal de las establecidas en la sentencia C-355 de 2006; (iii) la práctica de la IVE debe estar sujeta a la voluntad de la mujer gestante; (iv) al juez constitucional no le corresponde evaluar la idoneidad del certificado; y (v) si se considera que la certificación no fue expedida acorde con los parámetros científicos adecuados, será al interior de otro proceso donde se deberá debatir la actuación del profesional.

145. En el caso concreto (i) tres profesionales de la salud expidieron un certificado de procedencia de la IVE por malformaciones del sistema central nervioso del feto; (ii) las tres certificaciones establecen la procedencia de la IVE por responder a una de las causales de la C-355 de 2006; específicamente la proferida el 06 de enero de 2019 asegura que el feto es inviable con la vida; (iii) la madre expresó su voluntad de interrumpir su embarazo, pese a ser deseado; (iv) en este proceso constitucional no es pertinente evaluar la idoneidad del certificado; y (v) en caso de suponer necesario debatir los

²⁹⁰ Ver sentencia C-355 de 2006.

parámetros científicos tenidos en cuenta con los profesionales de la salud para acreditar la IVE, será en otro proceso donde se plante el asunto.

146. En síntesis, la Corte Constitucional considera que la EPS accionada vulneró el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo de la accionante, por no darle trámite inmediato a la solicitud pese a contar con el certificado médico requerido acorde con la sentencia C-355 de 2006.

Sobre la medida provisional adoptada por el juez de primera instancia

147. A tono con las conclusiones a las que se llegó antes, es necesario que la Sala Plena se pronuncie sobre la medida provisional adoptada por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá el 05 de enero de 2018.

148. En efecto, los derechos fundamentales ocupan una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico como dimensiones de salvaguarda de la dignidad humana y fundamento del orden político, económico y social justo que se propuso alcanzar el Constituyente del 91. Atendiendo a su importancia, la Constitución instauró un mecanismo de protección judicial dotado de características especiales que permite su amparo de manera inmediata y efectiva.

149. El artículo 86 superior establece que toda persona tiene derecho a ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

150. A partir del contenido del artículo 86 y la configuración legislativa de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional²⁹¹ ha sostenido que este instrumento judicial se caracteriza por ser **i) subsidiario**, porque solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, o cuando está ante la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable; **ii) inmediato**, debido a que su propósito es otorgar sin dilaciones la protección a que haya lugar; **iii) informal**, en tanto su ejercicio no requiere apoderado judicial, su trámite es sencillo y no se encuentra sometido a mayores requisitos y ritualidades; **iv) específico**, ya que se creó como mecanismo de especial protección de los derechos fundamentales; **v) oficioso**, pues exige un papel activo y comprometido de la autoridad judicial

²⁹¹ Sobre estos aspectos se pueden consultar las sentencias T-502 de 1992, T-288 de 1997, A- 203 de 2002, T-1020 de 2004, T-693 de 2005, A-227 de 2006, A-234 de 2006, A-308 de 2007, A-150 de 2008 y C-483 de 2008, entre otras. De forma más reciente se pueden consultar las sentencias T-065 de 2010, T-194 de 2010, T-235 de 2010, T-710 de 2010, T-344 de 2011 y T-327 de 2013.

en la dirección del proceso y la salvaguarda de los derechos²⁹²; **vi) eficaz**, porque requiere que el juez constitucional adopte de manera oportuna y precisa las medidas necesarias para materializar la protección otorgada y **vii) preferente**, ya que sus términos son breves y perentorios y desplaza la instrucción de los demás trámites que esté conociendo el respectivo despacho judicial.

151. En desarrollo de lo expuesto, el Decreto 2591 de 1991 instituyó la facultad del juez constitucional de decretar, de oficio o petición de parte, medidas provisionales al interior del juicio de tutela, cuando las circunstancias particulares del asunto así lo exijan. Ello supone que la autoridad judicial ante quien se adelanta este trámite “(...) *podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante*”²⁹³. Asimismo, implica que “[e]l juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso”²⁹⁴.

152. Las medidas provisionales establecidas en el proceso de tutela persiguen dos fines. Por una parte, buscan evitar que la amenaza de un derecho fundamental se convierta en vulneración. Por otra parte, si ya ocurrió la violación de esas garantías constitucionales, propende porque no se aumente el daño causado por esa situación²⁹⁵. En tal medida, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las medidas cautelares pretenden:

“i) proteger los derechos de los demandantes con el fin de impedir que un eventual amparo se torne ilusorio; ii) salvaguardar los derechos fundamentales que se encuentran en discusión o en amenaza de vulneración; y iii) evitar que se produzcan otros daños como

²⁹² En relación con el comportamiento de la autoridad judicial en el trámite de la acción de tutela la sentencia T-255 de 2015 destacó que “en varias decisiones esta Corporación ha indicado que el juez de tutela está revestido de amplias facultades oficiosas que debe asumir de manera activa para brindar una adecuada protección a los derechos constitucionales presuntamente conculcados. Para tal efecto, desde la admisión de la demanda el juez de tutela tiene el deber de, entre otras cosas, (i) interpretar adecuadamente la solicitud de tutela, analizando íntegramente la problemática planteada; (ii) identificar cuáles son los hechos generadores de la afectación y sus posibles responsables; (iii) integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas entidades que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo; (iv) decretar y practicar de oficio las pruebas que resulten necesarias para despejar la incertidumbre fáctica y jurídica que se cierna sobre la verdad real materia de examen; (v) dictar medidas cautelares cuando advierta la necesidad de evitar que la amenaza contra un derecho fundamental se transforme en vulneración o, que habiéndose constatado la existencia de una infracción iusfundamental, ésta se torne más gravosa para la integridad de los bienes constitucionales invocados. Para ello debe ordenar “todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”; (vi) valorar la situación de vulnerabilidad de las personas y considerar sus condiciones materiales de existencia, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política y; (vii) proteger adecuadamente y conforme a los hechos probados en el proceso, aquellos derechos vulnerados o amenazados, incluso si el accionante no los invocó.

²⁹³ Decreto 2591 de 1991, artículo 7.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ Sentencia T-733 de 2013 y auto A-2017 de 2012.

*consecuencia de los hechos objeto de análisis en el proceso, perjuicios que no se circunscriben a los que pueda sufrir el demandante*²⁹⁶.

153. Ahora bien, la facultad del juez constitucional para librar esta clase de decisiones cautelares no es absoluta. Este Tribunal ha establecido que antes de adoptar este tipo de medidas se debe valorar la urgencia y necesidad de las mismas²⁹⁷. Por ello, la autoridad judicial debe proferir, en todo caso, una decisión “*razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada*”²⁹⁸, basada en las circunstancias fácticas y jurídicas que preceden la solicitud de amparo constitucional²⁹⁹.

154. Por ello, en este tipo de asuntos se debe considerar el *peligro en la demora*, es decir, la magnitud de las consecuencias materiales que comporta no adoptar una decisión que responda integralmente a la urgencia y necesidad del caso³⁰⁰. Asimismo, se requiere que el juez valore *la apariencia del buen derecho*, es decir, la titularidad real de la garantía que se reclama. No obstante, en relación con esta última exigencia, se ha precisado que (...) *no es necesario un estudio exhaustivo de los expedientes por parte del juez constitucional, sino que ‘(...) para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de la plena convicción del juez*^{301,302}.

155. Como resultado, la autoridad judicial ante quien se solicite este tipo de medidas provisionales debe atender los parámetros relacionados para proferir una decisión de esa naturaleza. Esto implica que si en el trámite constitucional se advierte que las condiciones fácticas del asunto son de tal gravedad que requieren la adopción de una serie de medidas que resulten materialmente irreversibles, el juez constitucional cuenta con la facultad de, excepcionalmente, librar ese tipo de órdenes. En tal sentido, esta Corte insiste en que si la procedencia de las medidas provisionales se encuentra condicionada por el peligro inminente y el daño causado en un asunto particular, no se pueden establecer criterios de restricción absolutos para estas.

156. En una oportunidad la Corte Constitucional profirió una medida provisional irreversible con el fin de evitar un daño grave en la salud del accionante ante la omisión de la EPS de prestar el servicio. Específicamente,

²⁹⁶ Sentencia T-103 de 2018.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ Sentencia T-103 de 2018 y los autos A-419 de 2017, A-207 de 2012, A-222 de A-049 de 1995.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ ARIAS, Rodrigo, La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protecciones de derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia: Especial referencia al ordenamiento jurídico costarricense, Revista de Ciencias Jurídica N° 116, 2008, p. 84 y 85. El recurso se puede consultar en la dirección electrónica.

³⁰¹ ORTELLIS RAMOS, Manuel, CALDERON CUADRADO, María Pía, La tutela judicial cautelar en el Derecho Español, Comares, 1996, p. 14.

³⁰² ARIAS, Rodrigo, La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protecciones de derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia: Especial referencia al ordenamiento jurídico costarricense, Revista de Ciencias Jurídica N° 116, 2008, p. 85 y 86.

ordenó la práctica de los procedimientos necesarios para hacer efectivo un trasplante de órganos³⁰³.

157. Además de lo expuesto, resulta oportuno destacar los parámetros que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) tiene respecto de las medidas cautelares o preventivas, pues pueden guiar el desarrollo de este tipo de decisiones en el plano nacional, sin que ello implique la igualación de las regulaciones. En este sentido, el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla la facultad de la Corte IDH de decretar las medidas provisionales que considere pertinentes “[e]n casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas”³⁰⁴. Por su parte, el artículo 25 del Reglamento de la Comisión IDH dispone que en situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, “solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano”³⁰⁵.

158. En suma, las medidas provisionales consagradas en el marco de la acción de tutela no tienen límites fijos. Estos están dados por las circunstancias particulares de cada asunto, es decir que las decisiones cautelares que el juez constitucional puede decretar deben estar guiadas por la magnitud del daño que busca evitar. Con ello, entonces, la autoridad judicial se encuentra facultada para que, en casos excepcionales de extrema gravedad y urgencia, se adopten decisiones no reversibles.

159. Respecto de la adopción de medidas provisionales en el caso bajo estudio la Plataforma Cívica Nueva Democracia y la Universidad de la Sabana, manifestaron su desacuerdo con la decisión del juez de primera instancia porque, en su concepto, con ello se desconoció el derecho de defensa de la

³⁰³ Dentro del proceso T-4.806.450, el magistrado sustanciador declaró como medida provisional “un tratamiento integral para la atención de sus patologías –insuficiencia renal crónica terminal, hemorragia vítrea, retinopatía diabética- sin oponer ningún tipo de obstáculo administrativo que conduzca a retrasar la práctica de los procedimientos o la entrega de los medicamentos ordenados por el médico tratante”. La providencia dispuso que dicho tratamiento integral debería incluir la entrega de las autorizaciones correspondientes a la “aspiración diagnóstica para honorarios de anestesia”; a la “Evaluación de donante cadavérico” y la “intervención en el receptor con donante cadavérico y control post quirúrgico del primer mes”, sin perjuicio de los demás procedimientos, medicamentos y tratamientos ordenados por los médicos tratantes.

³⁰⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 63.

³⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales respecto del El Salvador, Asunto B., decisión del 29 de mayo del 2013. El recurso se puede consultar en la dirección electrónica http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf. Dice la decisión “En lo que se refiere al requisito de “gravedad”, para efectos de la adopción de medidas provisionales, la Convención requiere que aquella sea “extrema”, es decir, que se encuentre en su grado más intenso o elevado. El carácter “urgente” implica que el riesgo o amenaza involucrados sean inminentes, lo cual requiere que la respuesta para remediarlos sea inmediata. Finalmente, en cuanto al daño, debe existir una probabilidad razonable de que se materialice y no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables”.

entidad accionada, se eliminó el objeto en disputa y se puso en riesgo la vida y la salud de la mujer.

160. En sentido contrario, la Defensoría del Pueblo y la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, defendieron una actitud activa de los jueces en procura de evitar la afectación prolongada de los derechos fundamentales de la mujer gestante. Sobre el caso concreto, consideraron que el juez de instancia dio cabal cumplimiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, verificada la certificación médica, estando presente la voluntad de la madre y ante la negativa de la EPS de practicar el procedimiento, el juez constitucional no debía esperar hasta la culminación del proceso para dar la orden pertinente, más aún considerando “*que el avance de la edad gestacional del mismo hubiera supuesto mayores riesgos para los derechos fundamentales de la demandante*”³⁰⁶.

161. Atendiendo a las consideraciones presentadas, la Sala Plena considera que la medida provisional adoptada por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá el 05 de enero de 2018, obedeció a un análisis razonado y proporcionado del material probatorio. Del expediente se desprende que la accionante se sometió a varios exámenes y trámites que implicaron una demora desproporcionada en el cumplimiento del procedimiento denominado “*aspiración al vacío del útero para terminación del embarazo*”³⁰⁷ (expedida el 20 de diciembre de 2017), y que se negaron a prestar las IPS a la cuales fue remitida, pese a contar con documentos médicos que certificaban la procedencia del procedimiento tanto por el estado de salud de la madre como por el diagnóstico del feto. En efecto,

- en los folios 9 y 10 del cuaderno de primera instancia reposa la orden medica en la cual el galeno solicita “*Interrupción voluntaria del embarazo*” por “*Malformación SNC fetal holoprosencefalia*”; a folio 28 se encuentra la certificación del médico psiquiatra que determina “*afecto reactivo ansioso depresivo*”;
- a folio 32 reposa un documento denominado “*formato referencia de pacientes*” que contiene la siguiente información, relevante para el caso, (i) “*paciente con cuadro de ansiedad y depresión desencadenado por la noticia de que el feto presenta holoprosencefalia vs displasia septo-óptica*”; y (ii) diagnóstico: “*F412 Trastorno mixto de ansiedad y depresión (...)*”³⁰⁸; y
- a folios 33 y 34 reposa certificación de Profamilia de la cual se lee “*paciente con cuadro depresivo y ansiedad desencadenado por el embarazo, además feto presenta holoprosencefalia vs displasia septo-óptica. Certifico causal salud y malformación congénita. Explico sentencia C-355/06, se acoge a ella y solicita IVE por IMF [inducción*

³⁰⁶ Frase extraída de la intervención de la Defensoría del Pueblo, ver folio 164 adverso del cuaderno nuevo.

³⁰⁷ Ver folios 9 del cuaderno de primera instancia.

³⁰⁸ Ver folio 32 del cuaderno de primera instancia.

de muerte fetal]”³⁰⁹. Como plan de manejo señaló “*se remite para IMF*”³¹⁰ la justificación que incluye el informe es “*paciente requiere inducción de muerte fetal y atención del parto del óbito fetal*”³¹¹.

162. En el caso analizado y ante la evidencia referida, la medida cautelar era procedente, más aún si se tiene en cuenta que con cada día que se prolongase la realización del procedimiento, se ponía en riesgo la vida y/o la salud de la mujer en embarazo puesto que, el padecimiento físico o mental de paciente, en estos eventos, tiende a ser progresivo. Así las cosas, mal haría la Corte en coartar la competencia de los jueces de tutela acerca de adoptar medidas provisionales en asuntos como el aquí examinado. Sin embargo, es necesario que los jueces verifiquen en el material probatorio la existencia de certificados médicos que den fe de la configuración de las causales que hacen procedente la IVE, pues solo de esta manera se cumple con los presupuestos de razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

163. En este escenario, la Corte Constitucional ha conocido casos en los cuales ante la inacción de las instituciones prestadoras de salud y de los jueces de tutela, las mujeres se han visto obligadas a continuar con el embarazo pese a tener el derecho a la IVE, en el peor de los casos, se han sometido a métodos clandestinos.

164. Tal fue el caso analizado en la sentencia T-171 de 2007. En este una mujer con 20 semanas de embarazo se enteró de las múltiples malformaciones del feto, entre otras, porque no tenía cerebro. Pese a ello la paciente se vio obligada a continuar con el embarazo y como consecuencia de una cesárea de emergencia “*le fue extraído un feto con múltiples malformaciones, las cuales, como se había previsto médicamente, hicieron inviable su vida*”. Este asunto resulta relevante para tratar el tema de las medidas cautelares. Pese a que, en Sede de Revisión, la Corte emitió una medida cautelar ordenando la conformación de una junta médica para decidir el procedimiento a seguir con la paciente. Dicha junta decidió continuar con el embarazo en razón a las semanas de gestación (32 semanas) para ese momento.

165. En otras oportunidades, la Corte ha evidenciado que, ante la inactividad de las EPS, las pacientes se han visto en la obligación de acudir a abortos clandestinos, con las implicaciones que estos conllevan. Así, en la sentencia T-988 de 2007 la Corte estudio el caso de una mujer que manifestaba que su hija, con una discapacidad cognitiva severa, había sido abusada sexualmente y, en consecuencia, quedó en estado de gestación. En Sede de revisión, la Corte se comunicó con la accionante, quien informó que “*la joven ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz. La actora solicitó que, en vista de las circunstancias del caso concreto y de lo perturbadora que había resultado la situación para la joven, no se continuara*

³⁰⁹ Ver folio 33 adverso del cuaderno de primera instancia.

³¹⁰ Ver folio 34 del cuaderno de primera instancia.

³¹¹ *Ibidem*.

con los trámites de tutela por cuanto éstos carecían ya de objeto". Por su parte, la EPS aseguró que la accionante no había atendido a su requerimiento para ser valorada.

166. Un caso similar se presentó en la acción estudiada en la sentencia T-585 de 2010, en esta oportunidad la Corte constató que la accionante *"ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz; concretamente manifestó que no había continuado con el embarazo"*. Así las cosas, la Corte declaró la carencia actual de objeto la cual *"no se deriva de la presencia de un hecho superado o de un daño consumado pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada pero, al mismo tiempo, el nacimiento tampoco se produjo. Aquí la carencia actual de objeto surge de una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela que hace que la pretensión sea imposible de llevar a cabo"*.

167. Lo anterior, permite a la Sala Plena avalar la adopción de medidas preventivas pese a ser irreversibles con el fin de proteger de la mejor manera posible la salud de la mujer en estado de gestación. Con relación al procedimiento que debe ordenar el juez, este debe atender a la orden médica aportada al proceso de tutela, no le corresponde al juzgador determinar cuál es el procedimiento indicado para efectuar la IVE, en este escenario, será competencia de la EPS practicar el tratamiento que responda a los protocolos establecidos para tal fin acorde con las semanas de gestación, protegiendo con ello la vida y salud de la paciente.

168. En síntesis, el juez constitucional puede tomar por excepción medidas cautelares no reversibles, en situaciones extremas en las que estén en peligro derechos fundamentales que requieran medidas de protección urgentes -como la realización de una cirugía-. A juicio de la Sala Plena, en el presente proceso, el juez de tutela valoró de manera razonable los elementos de juicio puestos en su conocimiento al momento de admitir la acción de tutela para adoptar la medida provisional en mención, en aras de proteger los derechos de la accionante. Esta consideración se reforzará con el análisis que, más adelante, la Corte realizará al aplicar las reglas dispuestas por la Corte Constitucional con relación a los requisitos de procedencia para la práctica de la IVE.

Remedio constitucional

169. La Sala Plena de la Corte Constitucional confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, que declaró la carencia actual de objeto por hecho superado. En efecto, la pretensión de la accionante se cumplió con ocasión de la práctica de la IVE por parte de la EPS.

Sin embargo, tal y como se expuso en el desarrollo del caso concreto, la accionante tuvo que someterse a un sin número de barreras evidentes para lograr la protección de sus derechos que van desde verse obligada a realizarse exámenes adicionales a los ya ordenados por su médico tratante, acudir a varias instituciones para rogar la práctica del procedimiento y a someter los certificados médicos emitidos en los términos de la sentencia C-355 de 2006, al escrutinio minucioso y puesto en debate de otra profesional que más parece objetando conciencia que haciendo un análisis médico objetivo, prueba de ello es que prefiere enviarla a *otra IPS* para la práctica de la IVE.

170. Por ello la Corte advierte que pasados más de doce años de reconocido el derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y a pesar de la claridad de las reglas establecidas en la sentencia C-355 de 2006, como lo demuestra este caso, aún existe todo tipo de trabas y barreras para que las mujeres que solicitan la IVE no puedan acceder de manera oportuna y en las condiciones adecuadas, con consecuencias irreversibles o que obligan a que se practique en forma indebida con grave peligro para su salud, teniendo que acudir a la acción de tutela para lograr que se garantice su derecho a la atención debida. Esta situación implica, un evidente incumplimiento de los compromisos internacionales que asumió el Estado colombiano como lo ha observado la Comisión sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), para garantizar el derecho de las mujeres a decidir de manera autónoma la práctica de la IVE, en los casos permitidos. Pues tal y como se desarrolló en la parte dogmática, la imposición de barreras para este tipo de procedimiento constituye violencia y discriminación contra la mujer.

171. Por lo anterior, la Sala Plena exhortará al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule la materia, avanzando en la protección de los derechos fundamentales de la mujer y buscando eliminar las barreras aún existentes para el acceso a la IVE.

172. Adicionalmente, ordenará al Ministerio de Salud y de protección Social, emitir una regulación para todas las EPS del país, relacionando las reglas dispuestas por esta Corporación con relación al derecho fundamental a la IVE y las sanciones ante su incumplimiento. Esto pretende garantizar el derecho fundamental de las mujeres que, cumpliendo con los presupuestos dispuestos en la sentencia C-355 de 2006, no pueden hacer efectivo su derecho.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá el día veintidós (22) de enero de dos mil dieciocho (2018) que declaró la carencia actual de objeto por hecho superado.

SEGUNDO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, regule el derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, avanzando en la protección de los derechos fundamentales de las mujeres y buscando eliminar las barreras aún existentes para el acceso a la IVE.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que, en el término de seis (6) meses, contados desde la notificación de esta providencia, emita una regulación única en la cual se garantice la interrupción voluntaria del embarazo en los casos despenalizados en la sentencia C-355 de 2006. Para el efecto, deberá aplicar y desarrollar las reglas extraídas de la jurisprudencia constitucional relacionadas en los numerales 36 al 83 de esta providencia, y los demás aspectos que considere pertinentes para la realización de dicho procedimiento en el sistema de seguridad social en salud, de manera oportuna y segura para la mujer. Dicha regulación deberá ser puesta en conocimiento de todas la EPS e IPS del país, y deberá contener las sanciones correspondientes frente a su incumplimiento.

CUARTO.- Líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Presidente
Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaría General

