

Sentencia T-946/08

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO/CAUSALES DE DESPENALIZACION DEL ABORTO/OBJECION DE CONCIENCIA EN CASOS DE ABORTO/CONSECUENCIAS JURIDICAS POR LA NO PRACTICA OPORTUNA DEL ABORTO EN LOS EVENTOS DESPENALIZADOS

La Corte debe reiterar que cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto en las condiciones mencionadas en la parte considerativa de la sentencia. La solicitud, de cualquier otro requisito, en el evento descrito constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo. Por ello, no es de recibo la alegación del médico relacionada con la imposibilidad de establecer si el embarazo era producto de una violación puesto que ante la presentación de la denuncia correspondiente lo que procedía era la IVE. Ahora bien, si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE.

Referencia: expediente T-1927682

Acción de tutela promovida por *María* en representación de su hija *Ana* contra COSMITET LTDA.

Magistrado Ponente:
Dr. Jaime Córdoba Triviño

Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, que resolvieron la acción de tutela promovida por *María* en representación de su hija *Ana*.

I. ANTECEDENTES

Aclaración preliminar.

1. Esta Sala ha adoptado como medida de protección a la intimidad de la menor involucrada en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre y el de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación¹. En vez de ello, sus nombres serán remplazados con un solo nombre ficticio² que se distingue por encontrarse escrito en cursiva.

Hechos y acción de tutela interpuesta.

2. La señora *María*, en representación de *Ana*, interpuso acción de tutela contra COSMITET LTDA, por considerar que le están vulnerando los derechos a la integridad, a la salud, a la autonomía y a la intimidad de su hija. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes hechos:

3. La accionante relata que su hija *Ana* nació el 26 de enero de 1990 y desde entonces presentó “(...) *síndromes convulsivos que hicieron necesaria atención profesional por parte de diferentes entidades médicas y profesionales, las que concluyeron que presentaba cuadro clínico de SINDROME DE PRADDER WILLY el cual es limitante en gran porcentaje de su capacidad cognoscitiva, lo que obligó a tramitar ante el Juzgado Civil del Circuito de Aguadas un proceso de jurisdicción voluntaria para obtener la interdicción judicial por demencia.*”

4. La señora *María* señala que al comienzo de este año, ante la transformación visual del cuerpo de la menor, la llevó a revisión médica en el municipio de Funza, en donde luego de los exámenes respectivos le informaron que su hija estaba embarazada. Agrega que el 8 de enero de 2008, se le realizó una ecografía a la menor que certificó que para la fecha tenía 18 semanas de gestación.

5. Teniendo en cuenta lo anterior, la señora *María* instauró, el 8 de enero de 2008, denuncia penal por “(...) *acceso carnal violento a menor en estado de indefensión*” ante el CTI de Funza. Al respecto, informa

¹ La decisión de excluir de cualquier publicación de la presente sentencia los nombres originales de los menores y sus familiares involucrados en el caso bajo estudio, como medida de protección, ha sido tomada entre otras, en las siguientes sentencias: T-523/92, M.P. Ciro Angarita Barón; T-442/94, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-420/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1390/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1025/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-639/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-988/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-912/08, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

² En la Sentencia T-510/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa la Corte implementó éste recurso de protección a la identidad de los menores.

que la denuncia fue enviada a la Unidad de Reacción Inmediata de Madrid, en donde se solicitó análisis médico al Instituto de Medicina Legal de Facatativá a la menor *Ana* para examen médico legal sexológico con la observación que se trata de una joven interdicta.

6. La accionante refiere que su hija *Ana* se encuentra afiliada a COSMITET LTDA, en calidad de beneficiaria. Añade que en dicha entidad le han practicado diferentes evaluaciones médicas, psicológicas y exámenes de laboratorio, a partir de los cuales el ginecólogo Germán Arango concluyó que *Ana* padece el síndrome de Wlich o Down y presenta un embarazo de 18 o 19 semanas de gestación.

7. La actora señala que ella y su esposo han solicitado la interrupción del embarazo de su hija *Ana* pero que el ginecólogo *“GERMAN ARANGO se niega en nombre de COSMITET LTDA. a practicar procedimiento de interrupción del embarazo a pesar de conocer por la documentación a él presentada el estado mental de la menor, el hecho de que su gestación fue producto de su violación, el grave riesgo que corre la vida de la gestante y el altísimo índice de posibilidades de malformaciones del feto, no solo por la transmisión genética, sino por el consumo prolongado de la droga denominada EPAMINE que según conceptos profesionales incrementa en un alto porcentaje el riesgo de malformaciones en el feto.”*.

8. En virtud de lo expuesto, la señora *María* solicita que en aplicación de la sentencia C-355 de 2006, se ordene a COSMITET LTDA realizar la interrupción del embarazo de conformidad con el Decreto 4444 de 2006 comoquiera que su hija *Ana* cumple con las tres causales de despenalización del aborto.

9. La accionante aportó como pruebas: i) copia del registro civil de nacimiento de *Ana*, en el que existe la siguiente observación *“Se decreta interdicción provisoria de la menor “Ana” y se designa curadora provisoria a “María” según Juzgado Civil del Circuito de Aguadas, mediante oficio 600/07”*; ii) copia del carné de afiliación de *Ana* a COSMITET LTDA; iii) copia de la historia clínica de *Ana*; iv) copia de órdenes de exámenes médicos y valoraciones realizadas por COSMITET LTDA a *Ana* durante la gestación; v) copia ilegible de la denuncia penal instaurada por *María* ante el CTI de Funza donde se relatan los hechos sobre la violación de *Ana*; vi) copia de la demanda presentada por *María* para obtener la declaración de interdicción judicial por demencia de su hija *Ana*; y vii) copia del certificado de existencia y representación legal de COSMITET LTDA.

Respuesta de las entidades accionadas

10. La subdirectora de aseguramiento de la Dirección Territorial de Salud de Caldas(DTSC) informó que la menor figura en la base de datos de afiliación del Departamento en el régimen contributivo, y en consecuencia, toda la atención médica que requiera debe ser asumida por la entidad promotora de Salud COSMITET. Al respecto, precisó que la DTSC tiene: *“ dentro de sus funciones, la celebración de contratos de prestación de servicios de salud con IPS públicas y privadas, para la atención en el nivel especializado (II y III) de personas clasificadas en los niveles 1, 2 y 3 del SISBEN no afiliadas a ARS ó EPS (POBRES NO AFILIADOS) y personas afiliadas al régimen subsidiado cuando se trata de procedimientos no cubiertos por el POS-S.”*.

11. El Coordinador Médico de la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia Ltda., COSMITET LTDA, mediante escrito presentado el 24 de enero de 2008, señaló que a la beneficiaria de la accionante se le han prestado los servicios médicos de acuerdo con la cobertura del Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS). De hecho, aclaró que la paciente fue *“ valorada por el ginecólogo Dr. Germán Arango el día 11 de enero de 2008, adscrito a nuestra red de especialistas, quien le ordenó exámenes de*

laboratorio y valoración por psicología, garantizándole a la paciente una atención integral por parte de nuestra Institución”

Finalmente, el representante de la demandada concluyó que COSMITET LTDA no ha puesto en peligro ni ha vulnerado los derechos fundamentales de la hija de la accionante pues está cumpliendo con las obligaciones legales y contractuales derivadas de la prestación del servicio de salud. Por consiguiente, solicitó que se niegue la acción de tutela y en el evento que se conceda el amparo, se le autorice a la entidad repetir contra la FIDUPREVISORA por los montos correspondientes a los tratamientos otorgados que no se encuentren dentro del POS.

Decisión de primera instancia

12. Mediante sentencia de 28 de enero de 2008, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, decidió denegar el amparo invocado por la accionante. A juicio de la juez de instancia no obran en el expediente pruebas idóneas que permitan concluir que la menor *Ana* se encuentre en alguno de los eventos de despenalización del aborto contemplados en la sentencia C-355 de 2006.

En particular, el juez observó que : *“Si bien el Médico Ginecólogo determinó a la fecha de 02 de enero de 2008 una gestación de 18 semanas, a la fecha de hoy, lleva 22 semanas de gestación aproximadamente por lo que una intervención de interrupción terapéutica del embarazo puede realizarse sin riesgo para la vida de la madre y del feto, en las primeras ocho (8) semanas de gestación, pero en la actualidad la menor accionante tiene aproximadamente 5 meses de embarazo y este juzgado no asume responsabilidad si por ello peligró la vida de la madre.*

Con relación a las demás causales que se expresan en los ordinales que se citan y transcriben, no obra la CERTIFICACIÓN que indique que la vida de la Menor “Ana” esté en inminente peligro de muerte por la gestación, como tampoco allega ninguna prueba sobre la malformación del feto, ni las diligencias adelantadas por la denuncia penal por acceso carnal violento, por lo que este Despacho no halla mérito para ordenar el procedimiento de aborto quirúrgico solicitado, pues los folios allegados al proceso que obran de folios 12 a 17 son ilegibles, y la corporación de Servicios INTERNACIONALES COSMITET LTDA., no ha negado los servicios de salud requeridos por la Menor Accionante, por lo que considera el Despacho la Entidad COSMITET no ha vulnerado los derechos a la vida y la integridad personal de la Menor Accionante, y en consecuencia negar el aborto terapéutico solicitado no obstante estar permitido por la legislación actual con sustento en el Decreto 4444 de diciembre 13 de 2006.”.

Impugnación

13. La señora *María* interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia. La accionante advierte que si bien su hija en la actualidad tiene 18 años de edad lo cierto es que de acuerdo con el diagnóstico interdisciplinario tiene una edad cronológica de cuatro años debido a que desde su nacimiento padece el SÍNDROME DE PRADDER WILLY.

La accionante puntualiza que su hija fue víctima de un acceso carnal abusivo en persona con incapacidad de resistir y que para acreditar estos hechos adjuntó copia de la denuncia penal presentada. Por lo tanto, solicita que a su hija se le permita la interrupción del embarazo pues éste es consecuencia de un acceso carnal sin consentimiento, causal amparada por la sentencia C-355 de 2006.

Decisión de segunda instancia

14. Durante el trámite de la segunda instancia el médico ginecólogo Germán Arango Rojas, ante la solicitud del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, informó: “

1. *Si atendí a la joven “Ana” el día 11 de enero de 2008, como resultado de mi evaluación en ese momento, no es posible establecer si la concepción fue producto de acto sexual violento.*
2. *Al momento de la citada consulta cursaba con aproximadamente entre 18 y 19 semanas de gestación, según 2 ecografías del segundo trimestre.*
3. *En efecto, la familia me solicitó la interrupción del embarazo, a lo cual no accedí por objeción de conciencia. La paciente no permite examen, y se solicitó laboratorio y valoración por Psicología.*
4. *En concordancia con la sentencia C-355, de mayo 6 de 2006, proferida por la corte Constitucional, la paciente en cuestión no presentaba al momento de la consulta ninguna de las causales establecidas por la sentencia para la interrupción del embarazo.*
5. *Si la mujer reúne las condiciones de tiempo de gestación y causas establecidas por la sentencia para la interrupción del embarazo, y si además sus condiciones médicas lo permiten, no existen inconvenientes para la realización del procedimiento.*
6. *El síndrome que presenta la paciente no debe generar por si mismo riesgos para su vida en el momento del parto. Evidentemente el consumo de EPAMIN puede asociarse con malformaciones fetales, que en general se consideran menores y no incompatibles con la vida del feto.*
7. *Durante la gestación es posible establecer un número significativo de malformaciones mediante la realización de exámenes como valoración genética, estudios de líquido amniótico y ecografía fetal, entre otros, cuyo resultado podría conducir a la decisión de la interrupción del embarazo, de acuerdo a lo establecido por la sentencia.*
8. *Considero que la joven debe remitirse para la realización de la ecografía sugerida por Ustedes, a un centro especializado en dichos procedimientos ya que no poseo el entrenamiento para efectuar tal examen.”.*

15. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, mediante providencia de 29 de febrero de 2008, decidió confirmar el fallo de primera instancia. En criterio del fallador el avanzado estado de gestación en que se encuentra la hija de la accionante impide ordenar la interrupción del embarazo. Sobre el particular, concluyó: “(...) acá se cumple con uno de los requisitos que daría para acceder a la tutela, como es el hecho de que la incapaz fue víctima de acceso carnal no consentido, pues se aportó la prueba de la respectiva denuncia penal, sin saberse del autor del hecho ilícito, pero existe un impedimento y es el tiempo de gestación de la menor. De haberse actuado cuando estaba empezando el embarazo, no se veía el riesgo alguno tanto para lo joven, como para el feto.

Pero resulta además, que para este funcionario ya es muy tarde para ordenar la interrupción del embarazo, puesto que como antes se anotara, ya “Ana” cuenta con 25 o 26 semanas de gestación, en donde el feto se encuentra casi totalmente desarrollado”.

Finalmente, el juez señaló que no se encuentran acreditadas las otras dos circunstancias que de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006 permitirían ordenar la interrupción del embarazo pues no hay prueba sobre el riesgo para la vida de la madre ni sobre las malformaciones del feto.

Actuación en sede de revisión

16. Con el propósito de contar con mayores elementos de juicio al momento de adoptar la decisión correspondiente, esta Corporación ordenó, el 12 de agosto de 2008, oficiar a la Fiscalía Seccional Primera de Funza, Cundinamarca, para que remitiera copia de la denuncia penal instaurada por la señora *María*.

Adicionalmente, se ofició a COSMITET LTDA, para que remitiera la historia clínica de *Ana* e informara sobre los siguientes aspectos:

a. Presentara un resumen de los servicios médicos brindados durante la gestación.

b. ¿Cuándo tuvo lugar el parto y cuáles son los resultados de dicho procedimiento?

c. ¿Cuál es el estado actual de salud de la paciente y si se han presentado secuelas físicas y/o mentales a causa del embarazo?

d. ¿Qué tratamiento médico y psicológico se encuentra recibiendo en la actualidad la paciente?

17. Mediante comunicación de 12 de agosto de 2008, la Unidad Seccional de Fiscalía de Funza remitió copia de la denuncia penal instaurada, el 5 de enero de 2008, por la señora *María* por la conducta punible de acceso carnal con incapaz de resistir.

18. En razón a que dentro del término para dar respuesta al auto de fecha 12 de agosto de 2008, no se recibió comunicación por parte de COSMITET LTDA, se requirió, el 5 de septiembre de 2008, a la entidad accionada, para que informara sobre los aspectos solicitados.

19. El 15 de septiembre de 2008, COSMITET LTDA informó lo siguiente: *“A dicha paciente se le atendió la gestación y el parto en la FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA de la ciudad de Medellín (Antioquia) porque la familia así lo exigió, ya que la hermana de ésta vive allí y la madre como cotizante solicitó traslado de servicios médicos a esa ciudad(...)*

Por lo cual en el día de hoy inmediatamente nos comunicamos con dicha institución para que nos hiciera llegar lo solicitado por dicha Corte, pero es extensa la historia clínica y al comenzar a pasarla por vía fax se observan hojas no legibles motivo por el cual quedaron comprometidos a enviarnos fiel copia por correo certificado.

Una vez llegue dicha historia clínica, le haremos llegar toda información solicitada en el oficio en mención.”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela seleccionados.

Problema jurídico

2. Corresponde a esta Sala determinar si al no haberse atendido la solicitud de interrupción del embarazo se vulneran los derechos a la dignidad, a la integridad y a la autonomía de una mujer cuya gestación es el resultado de un acceso carnal no consentido que fue denunciado ante la autoridad competente.

Reiteración de jurisprudencia. Interrupción voluntaria del embarazo. Causales de despenalización del aborto. Objeción de conciencia. Obligaciones de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud. Consecuencias jurídicas por la no práctica oportuna del aborto en los eventos despenalizados.

3. En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional consideró que la interrupción del embarazo en los siguientes eventos no constituye el delito de aborto: a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En consecuencia, corresponde al juez de tutela ordenar la interrupción voluntaria del embarazo cuando se acredite en el caso concreto alguno de los eventos descritos en las condiciones establecidas.

4. Bajo tales presupuestos, en la sentencia T-988 de 2007, este Tribunal estudió la acción de tutela promovida por la madre de una mujer gestante para interrumpir el embarazo de su hija, quien padecía limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales y había sido víctima de un acceso carnal en persona incapaz de resistir, hecho denunciado ante la autoridad competente. En esta oportunidad, la Corte concluyó lo siguiente: *“(...) las entidades prestadoras de salud que exijan el cumplimiento de requisitos formales adicionales al denuncia para practicar el aborto inducido en una mujer notoriamente discapacitada – con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que imposibilitan la exteriorización libre y directa de su consentimiento – la cual ha sido víctima de abuso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, incurren en un grave desconocimiento de la protección que se deriva para las personas con discapacidad de la Constitución Nacional así como de lo consignado en el ámbito internacional. Bajo esas circunstancias, las autoridades públicas y los particulares que obren en calidad de tales, han de interpretar las normas de modo que más favorezca a estas personas pues, de lo contrario, al dilatar en el tiempo la práctica del aborto inducido las pondrán en un absoluto estado de indefensión en contravía de lo dispuesto por el artículo 13 superior³ así como de la jurisprudencia sentada en la sentencia C-355 de 2006.”⁴*

5. Igualmente, es relevante precisar que en la sentencia T-209 de 2008 la Corte analizó el caso de una menor de catorce años quien denunció ante la autoridad competente que su estado de embarazo había sido fruto de un acceso carnal no consentido pero los médicos de la EPS a la cual se encontraba afiliada se negaron a practicarle el aborto invocando la objeción de conciencia. En esta ocasión, la Corte se pronunció sobre tres aspectos relevantes para los casos de interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE), a saber: i) la objeción de conciencia; ii) la actuación de las entidades prestadoras del

³ Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1993.

⁴ Sentencia T-988 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

servicio de salud; y iii) las consecuencias jurídicas que conlleva el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional en estos casos.

5.1. Sobre el primer aspecto, la objeción de conciencia planteada por los médicos a quienes se les solicitó la IVE, la Corte reconoció que: “() *a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.*”⁵.

Lo anterior evidencia que la Corte reiteró la sentencia C-355 de 2006 en cuanto sólo las personas naturales –y no las jurídicas- son titulares de la objeción de conciencia, así como el deber del galeno, que invoca la objeción de conciencia para abstenerse de realizar la IVE, de remitir de inmediato a la mujer a un médico que pueda practicarla. Sin embargo, la sentencia T-209 de 2008, precisó las siguientes reglas sobre la objeción de conciencia: “(...) *(i) que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.*”⁶.

En particular, la sentencia T-209/08 recordó que: “*los profesionales de la salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben proceder a realizar el procedimiento IVE, (i) de manera oportuna, es decir dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud, de conformidad con la Resolución 004905 de 2006, proferida por el Ministerio de la protección Social; (ii) su atención será integral y con calidad; y, (iii) se hará con sujeción a las normas técnico- administrativas que expida el Ministerio de la Protección Social, las cuales serán de obligatorio cumplimiento, y mientras éstas se expiden, los prestadores están obligados al cumplimiento de las normas del Decreto 4444 de 2006 que tienen como referente la guía “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización Mundial de la Salud (2003).*”

5.2. Ahora bien, en lo relacionado con la actuación que se exige de las entidades o instituciones prestadoras de salud, la providencia reseñada, advirtió: “(...) *las autoridades administrativas del sistema de salud, deben dar cumplimiento a lo previsto, tanto en el Decreto 4444 de 2006 como en la Resolución 004905, que prevén que en todas las entidades o instituciones que conforman el Sistema de Salud se debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de*

⁵ Sentencia T-209 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁶ Ibidem.

interrupción del embarazo de acuerdo con sus disposiciones, para el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios IVE en todos los grados de complejidad, y 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, so pena de las sanciones respectivas.

4.17. Lo anterior comporta a su vez la obligación de las EPS de realizar las gestiones conducentes a individualizar de antemano la ubicación de las IPS donde se encuentran los profesionales habilitados para llevar a cabo el procedimiento de IVE, para poder así dar una respuesta inmediata y efectiva a la mujer que solicita legalmente dicho procedimiento, y no hacer que el transcurso del tiempo corra en contra de sus derechos fundamentales. En efecto, las EPS deberán remitir directamente a la mujer solicitante al profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento de IVE; y, en caso de que la mujer acuda directamente a una IPS a solicitar dicho procedimiento, el profesional de la salud que atienda el caso y presente objeción de conciencia debe proceder a remitir de manera inmediata a la mujer al profesional habilitado para el efecto, cuya disponibilidad debe conocer de antemano según la lista determinada por las entidades de salud públicas y privadas.”

En virtud de lo expuesto, corresponde a las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud orientar a las mujeres gestantes que cumplen con las condiciones establecidas en la sentencia C-355 de 2006, sobre los lugares y los médicos en donde de manera oportuna y adecuada les pueden practicar la interrupción del embarazo.

5.3. Finalmente, la sentencia T-209 de 2008, desarrolló las consecuencias jurídicas que conlleva el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional por la no práctica oportuna del aborto en los eventos despenalizados, a saber: i) la competencia del tribunal de ética médica para evaluar las objeciones de conciencia presentadas con ocasión de la solicitud de IVE; ii) la potestad investigativa y sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y del Ministerio de la Protección Social; iii) la investigación disciplinaria y penal de los jueces de instancia; y iv) la indemnización de perjuicios.

5.3.1. La Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia. Al respecto la sentencia T-209 de 2008, advirtió: “(...)los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.

En efecto, los Tribunales de Ética Médica, tienen a su disposición normas nacionales e internacionales que rigen el ejercicio de su profesión, con fundamento en las cuales pueden decidir si la objeción de conciencia presentada por un médico es procedente o pertinente respecto de un caso particular en el que se negó la práctica del procedimiento de IVE y no envió de manera inmediata a la mujer a otro profesional que estuviera en condiciones de practicar el aborto.”

5.3.2. De acuerdo con la Corte, la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de la Protección Social tienen la facultad de investigar y sancionar a las entidades que conforman al Sistema de Seguridad

Social en Salud que no autorizaron la IVE en forma oportuna y adecuada conforme con los parámetros definidos en la sentencia C-355 de 2006. Sobre el particular, la sentencia T-209 de 2008, señaló: “(...)De conformidad con lo establecido en las aludidas disposiciones, la Sala informará a la Superintendencia de Salud y al Ministerio de la Protección Social, sobre los hechos acaecidos en esta tutela, para lo cual se les enviará copia de la actuación, para que investiguen y, si es del caso, sancionen las posibles faltas en que pudo incurrir en este caso Coomeva EPS, y las entidades de salud con las cuales tenía contrato para la prestación de servicios de salud a sus afiliados que se negaron a practicar el procedimiento de IVE, así como al Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, entidad de la red pública de salud de Norte de Santander, por el posible incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2006.”

5.3.3. En la misma sentencia la Corte concluyó que cuando los jueces de tutela niegan el derecho a la mujer embarazada de acceder a la IVE en los términos de la sentencia C-355 de 2006, se deben remitir copias de su actuación a las autoridades disciplinarias y penales. De hecho en la sentencia T-209 de 2008 se ordenó: “(...)que los jueces que actuaron, tanto en primera como en segunda instancia en la tutela, sean investigados para que se establezca las posibles faltas disciplinarias en que pudieron haber incurrido, de conformidad con las consideraciones expuestas anteriormente. Con dicho fin, la Secretaría General de esta corporación enviará copias de todo lo actuado con destino al Consejo Seccional –Sala disciplinaria- de Norte de Santander, trámite disciplinario que debe ser vigilado por la Procuraduría General de la Nación. Igualmente, la Fiscalía General de la Nación deberá investigar, si los mismos jueces, pudieron haber incurrido en el delito de prevaricato, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá copia de todo lo actuado en esta tutela.”

5.3.4. Por último, la Corte consideró que la indemnización, prevista en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, era procedente cuando se anulaba el derecho de la mujer gestante a acceder oportuna y adecuadamente a la IVE en los eventos previstos en la sentencia C-355 de 2006⁷.

6. Finalmente, es pertinente advertir que es procedente el pronunciamiento de la Corte en el caso concreto a pesar de configurarse la figura de la carencia actual de objeto⁸.
Estudio del caso concreto.

⁷ En efecto, la sentencia T-209 de 2008, señaló: “En cuanto a la indemnización de perjuicios. (i) la menor fue afectada de manera manifiesta en sus derechos fundamentales; (ii) la vulneración fue consecuencia de una acción clara y arbitraria; y, (iii) la menor no dispone de otro medio de defensa judicial para solicitar los perjuicios que se le causaron por negársele el acceso al servicio legal de IVE que solicitó, cumpliendo los requisitos exigidos según la sentencia C-255 (sic) de 2006.

(...)

5.27. En relación con los perjuicios, éstos deben ser reparados en su integridad para asegurar el goce efectivo de sus derechos, y así lo deberá tener en cuenta el juez que los liquide, para lo cual valorará que se trata de una menor de edad, cuyo embarazo fue producto del delito de agresión sexual pues fue accedida carnalmente teniendo menos de catorce años, que la violación además de ser un acto violento es de agresión, de humillación y de sometimiento, y que tiene impacto no solo en el corto plazo sino que también es de largo alcance, en los órdenes emocional, existencial y psicológico, incluidos los daños a su salud por la gestación y la enfermedad sexual que le fue transmitida.”.

⁸ Cfr. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-988 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta última la Corte expuso en un caso similar lo siguiente: “De conformidad con lo expuesto, resulta claro que en caso de presentarse hecho superado en el proceso de Revisión que se adelanta ante la respectiva Sala de Revisión de la Corte Constitucional y el o la juez constitucional se hubiere pronunciado con antelación, no es suficiente únicamente “el advenimiento de la sustracción de materia para avalar la decisión, sino que **se debe confrontar la juridicidad de la decisión frente al ordenamiento y su interpretación constitucional.**” De esta manera, la Corte Constitucional se reserva la posibilidad de ejercer su competencia para efectos de cumplir con los fines primordiales de la unidad interpretativa que le asiste. Puede analizar la Corporación si existió o no una vulneración de los derechos constitucionales fundamentales cuya protección se solicitó y, de considerarlo preciso, es factible incluso proferir declaraciones adicionales relacionadas con la materia. Resulta asimismo posible para la Corte, modificar o revocar las decisiones bajo examen sin “importar que no se imparta orden concreta alguna”.

7. La señora *María* interpuso acción de tutela contra COSMITET LTDA para que se le interrumpiera el embarazo a su hija *Ana*, víctima de acceso carnal no consentido denunciado ante la autoridad competente. La entidad demandada, COSMITET LTDA, en su contestación no se pronunció sobre la solicitud de IVE planteada por la accionante sino que se limitó a reseñar que a *Ana* se le habían prestado los servicios médicos conforme al Plan Obligatorio de Salud. Asimismo, ante la solicitud de pruebas realizada en sede de revisión, COSMITET simplemente confirmó que había atendido la gestación y el parto de *Ana*.

Por su parte, el médico Germán Arango Rojas certificó ante el juez de segunda instancia que no le era *“posible establecer si la concepción fue producto de acto sexual violento”* y que aunque *“la familia me solicitó la interrupción del embarazo(...) no accedí por objeción de conciencia”*.

Los jueces de instancia coinciden en afirmar que el avanzado estado de gestación en que se encuentra la hija de la accionante les impide ordenar la interrupción del embarazo. Sin embargo, el fallador de primera instancia consideró que la accionante no acreditó que su hija cumpliera con las condiciones que fijó la sentencia C-355 de 2006 para la IVE pues, en concreto, las copias aportadas de la denuncia penal por acceso carnal no consentido eran ilegibles. En contraste, el juez de segunda instancia concluyó que la situación de *Ana* se enmarcaba en una de las causales de despenalización del aborto pero que no podía ordenar la IVE por el momento avanzado en que se encontraba la gestación.

8. En este contexto, la Corte debe reiterar que cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto basta con la presentación de la denuncia ante la autoridad competente para que las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud autoricen la realización del aborto en las condiciones mencionadas en la parte considerativa de la sentencia. La solicitud, de cualquier otro requisito, en el evento descrito constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo.

Por ello, no es de recibo la alegación del médico Germán Arango relacionada con la imposibilidad de establecer si el embarazo de *Ana* era producto de una violación puesto que ante la presentación de la denuncia correspondiente lo que procedía era la IVE. Ahora bien, si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE.

En consecuencia, era suficiente que *María* presentara la denuncia penal del acceso carnal no consentido del que había sido víctima su hija para que COSMITET LTDA autorizara la IVE en una institución que garantizara la realización del aborto de manera inmediata⁹. En el mismo sentido, si bien el médico tratante apeló a la objeción de conciencia para negarse a realizar la IVE lo cierto es que omitió remitir de manera inmediata a la menor a un profesional de la salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento.

⁹ Cfr. Sentencia T-988 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la que se concluyó lo siguiente: *“(...) la solicitud de interrupción del embarazo deben poder efectuarla los padres de la mujer discapacitada u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia.”*

9. En este orden de ideas, COSMITET LTDA y el médico tratante vulneraron los derechos de *Ana* a la dignidad, a la integridad y a la libertad al negarle la posibilidad de acceder al procedimiento de IVE oportunamente comoquiera que su gestación era resultado de un acceso carnal no consentido que fue denunciado ante la autoridad competente.

En esa medida, la Corte ordenará a COSMITET LTDA que se abstenga de interponer obstáculos cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada que ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo, así como la remisión de copias a las entidades competentes para que estudien la actuación de COSMITET LTDA y del médico tratante, en concordancia con las expuestas consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional en un caso análogo¹⁰.

10. Finalmente, este Tribunal considera que la actuación de los jueces de instancia amerita una investigación penal y disciplinaria comoquiera que los jueces de instancia omitieron ordenar la práctica de la IVE bajo las condiciones previstas en la sentencia C-355 de 2006. En primera instancia, el juez desestimó por ilegible la copia de la denuncia penal aportada por la accionante cuando ha debido, como en sede de revisión lo hizo esta Corporación, oficiar la autoridad competente para obtener copia de la denuncia penal. Y en segunda instancia, el juez pese a dar credibilidad a la denuncia concluyó que el estado de embarazo era avanzado, cuando no es de su competencia determinar la oportunidad para realizar la IVE.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, que resolvieron la acción de tutela promovida por la señora *María*, en representación de su hija *Ana*, en contra de COSMITET LTDA por los motivos expuestos en esta providencia, y en su lugar, **CONCEDER** la acción de tutela y el amparo demandado para proteger los derechos sexuales y reproductivos, la integridad y la libertad de la hija de la accionante.

Segundo: ADVERTIR a COSMITET LTDA que debe abstenerse de interponer obstáculos cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada que ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo. **ADVERTIR** asimismo que en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.

Tercero: COMUNICAR al Tribunal Nacional de Ética Médica lo aquí resuelto, para lo cual la Secretaría General de esta corporación enviará copia de esta providencia.

¹⁰ Cfr. Sentencia T-209 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Cuarto: COMUNICAR a la Superintendencia Nacional de Salud lo aquí resuelto, para que en ejercicio de sus competencias, investiguen y si es del caso sancionen, las posibles faltas en que pudo incurrir en este caso COSMITET LTDA, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Quinto: COMUNICAR a la Dirección Nacional del Sistema de Salud del Ministerio de la Protección Social lo aquí decidido, para que en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que pudo incurrir en este caso COSMITET LTDA, por el incumplimiento de las disposiciones previstas en el Decreto 4444 de 2006. La Secretaría de esta corporación compulsará las copias respectivas.

Sexto: CONDENAR en abstracto a COSMITET LTDA, y solidariamente al profesional de la salud que atendió el caso, y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a Ana, por la violación de sus derechos fundamentales.

La liquidación de la misma se hará por el juez del circuito judicial administrativo de Caldas –reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual, la Secretaría General de esta corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva. El juez administrativo a quien corresponda fallar el presente incidente, remitirá copia de la decisión de fondo a este Despacho.

Una vez liquidada la condena, COSMITET LTDA deberá proceder al pago total de la obligación, y posteriormente, de conformidad con las reglas de la solidaridad, podrá repetir contra el médico vinculado a la misma que atendió el caso y negó el procedimiento de IVE sin realizar la remisión correspondiente.

Séptimo: La Secretaría General de esta corporación comunicará inmediatamente lo aquí resuelto a la accionante y a la Defensoría del Pueblo para que haga el acompañamiento en el respectivo incidente de reparación de perjuicios.

Octavo: ORDENAR a la Secretaría General de esta corporación, expida copias de esta providencia y de todo el expediente de tutela, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas –Sala Disciplinaria-, a fin de que investigue las posibles faltas disciplinarias en que pudieron incurrir los jueces de instancia que actuaron en esta tutela. Iguales copias remitirá a la Fiscalía General de la Nación para que investiguen la conducta de los funcionarios que fallaron en primera y segunda instancia esta tutela.

Noveno: Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado
Con salvamento de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia T-946/08

AUTONOMIA JUDICIAL Y SUJECION A CRITERIOS JURISPRUDENCIALES FIJADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL (Salvamento de voto)

Considero altamente lesivo del principio constitucional de la autonomía judicial la pretensión de imponer a los jueces de tutela, por la vía de las investigaciones penales o disciplinarias, la sujeción a criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional, más aún cuando, como en este caso, existe un alto grado de indeterminación en las decisiones judiciales que se consideran parámetro obligatorio para los jueces, y cuando, además, la concreción de los criterios que se toman como base para evaluar las decisiones de los jueces de instancia se ha hecho a posteriori, en la propia sentencia de revisión.

ABORTO-Caso en que no se distinguió entre una mujer sana y una que presenta discapacidad (Salvamento de voto)

Aunque las condiciones en las que se produjo el embarazo en este caso, en una menor que presenta discapacidad, permitirían presumir que el mismo fue consecuencia de un acceso carnal abusivo, considero que, dado el momento en el que se produjo el fallo de revisión, ya no cabía una orden para la efectiva protección del derecho y si encuentro que las consideraciones de la Sala instrumentalizan el caso concreto, para hacerle producir consecuencias más allá de sus circunstancias concretas, en condiciones de las que discrepo claramente. Así, en la sentencia no se alude de manera específica a la condición de discapacitada de la persona embarazada, al punto que el problema jurídico gira en torno al interrogante de si se vulneran los derechos de “una mujer cuya gestación es el resultado de un acceso carnal no consentido”. El análisis de constitucionalidad que cabe hacer es muy distinto según se trate de una mujer, que se presume sana y adulta, o de una menor en estado de discapacidad, y también varía el análisis según se trate de violación o de acceso carnal abusivo en incapaz de resistir. Esas distinciones eran relevantes, por ejemplo, para valorar las consideraciones del médico sobre la imposibilidad de encuadrar el caso en las previsiones de la Sentencia C-355 de 2006 o las de los jueces de instancia al decidir con base en el avance del periodo de gestación.

ABORTO-Caso en que se trata de impulsar una concepción del tema que va más allá del ámbito fijado en la C-355/06 (Salvamento de voto)

Estimo que en esta sentencia, que sigue la línea de otras de distintas salas de revisión, se trata de impulsar una concepción en torno al aborto que va más allá del ámbito fijado en la Sentencia C-355 de 2006 y que se pretende imponer aún por encima de consideraciones valorativas que tienen amplio respaldo constitucional, al cambiar el acento desde la verificación de las circunstancias objetivas en las que de acuerdo con la aludida sentencia no cabe penalizar el aborto, hacia la autonomía de la mujer, para que dentro de un amplísimo margen de valoración y con un mínimo de condiciones, decida si se practica el aborto, teniendo como referencia lejana las hipótesis planteadas en dicha sentencia.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, el suscrito magistrado expone a continuación las razones por las cuales se aparta de la decisión mayoritaria adoptada en la Sentencia T-946 de 2008.

1. Aunque soy consciente del alcance de cosa juzgada constitucional que tienen las decisiones adoptadas por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006 y de su fuerza vinculante, considero que la

providencia de la que me aparto en esta oportunidad ilustra claramente las dificultades implícitas en la decisión de la Corte en materia de interrupción voluntaria del embarazo a las que alude el salvamento de voto que en su oportunidad suscribí conjuntamente con el Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

2. En la sentencia de la que me aparto en esta oportunidad se decidió revocar los fallos de los jueces de instancia, en los que se había negado el amparo solicitado con fundamento en la consideración de que lo avanzado del periodo de gestación hacía improcedente el aborto.
3. En la Sentencia C-355 de 2006 no hay una consideración expresa sobre este tema, ni se aportan ahora argumentos orientados a desvirtuar las razones de los jueces de instancia. Sin embargo, no sólo se revocan sus decisiones, sino que, además, se corre traslado del expediente para que dichos jueces sean investigados por las posibles faltas disciplinarias o penales en las que pudieron incurrir.
4. Considero altamente lesivo del principio constitucional de la autonomía judicial la pretensión de imponer a los jueces de tutela, por la vía de las investigaciones penales o disciplinarias, la sujeción a criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional, más aún cuando, como en este caso, existe un alto grado de indeterminación en las decisiones judiciales que se consideran parámetro obligatorio para los jueces, y cuando, además, la concreción de los criterios que se toman como base para evaluar las decisiones de los jueces de instancia se ha hecho *a posteriori*, en la propia sentencia de revisión.
5. Aunque las condiciones en las que se produjo el embarazo en este caso, en una menor que presenta discapacidad, permitirían presumir que el mismo fue consecuencia de un acceso carnal abusivo, considero que, dado el momento en el que se produjo el fallo de revisión, ya no cabía un orden para la efectiva protección del derecho y si encuentro que las consideraciones de la Sala instrumentalizan el caso concreto, para hacerle producir consecuencias más allá de sus circunstancias concretas, en condiciones de las que discrepo claramente.

Así, en la sentencia no se alude de manera específica a la condición de discapacitada de la persona embarazada, al punto que el problema jurídico gira en torno al interrogante de si se vulneran los derechos de *“una mujer cuya gestación es el resultado de un acceso carnal no consentido”*.

El análisis de constitucionalidad que cabe hacer es muy distinto según se trate de una mujer, que se presume sana y adulta, o de una menor en estado de discapacidad, y también varía el análisis según se trate de violación o de acceso carnal abusivo en incapaz de resistir. Esas distinciones eran relevantes, por ejemplo, para valorar las consideraciones del médico sobre la imposibilidad de encuadrar el caso en las previsiones de la Sentencia C-355 de 2006 o las de los jueces de instancia al decidir con base en el avance del periodo de gestación.

1. Estimo que en esta sentencia, que sigue la línea de otras de distintas salas de revisión, se trata de impulsar una concepción en torno al aborto que va más allá del ámbito fijado en la Sentencia C-355 de 2006 y que se pretende imponer aún por encima de consideraciones valorativas que tienen amplio respaldo constitucional, al cambiar el acento desde la verificación de las circunstancias objetivas en las que de acuerdo con la aludida sentencia no cabe penalizar el aborto, hacia la autonomía de la mujer, para que dentro de un amplísimo margen de valoración y con un mínimo de condiciones, decida si se practica el aborto, teniendo como referencia lejana las hipótesis planteadas en dicha sentencia.

Fecha *ut supra*,

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

Aclaración de voto a la sentencia T-946 de 2008

(Bogotá DC, octubre 2 de 2008)

ABORTO-Juez constitucional debe hacer la valoración crítica del acervo probatorio y aplicar su criterio jurídico en la determinación de las especiales circunstancias del caso (Aclaración de voto)

Debe anotarse que es obligación y facultad de los jueces de la República determinar, para cada caso en concreto, el alcance que se le da a dichas disposiciones jurisprudenciales, en especial para establecer cuándo la solicitud para la práctica del aborto contiene los elementos por los cuales la Corte Constitucional decidió excluir la existencia del delito. Así, el juez no puede aceptar, de plano y sin aplicar la sana crítica, la existencia de cierta situación o la ocurrencia de ciertos hechos, ya que es indispensable que este acometa la valoración crítica del acervo probatorio y aplique su criterio jurídico en la determinación de las especiales circunstancias del caso. Es claro que el análisis del juez frente al tema del aborto debe incluir las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355/2006, pero igualmente el juez debe y tiene que aplicar su criterio para valorar las circunstancias específicas del caso y administrar justicia de acuerdo a la Constitución y la Ley. Así las cosas, no procede una interpretación que favorezca la automatización en la toma de decisiones judiciales, y por el contrario considero que el juez debe hacer una análisis profundo y concienzudo de cada caso, siendo muy estricto en la aplicación de las normas legales y las disposiciones jurisprudenciales.

DESPENALIZACION DEL ABORTO-Falta de regulación y límites frente al tema del tiempo de gestación para la aplicación de las causales (Aclaración de voto)

Llamo la atención sobre el hecho de la falta de regulación y límites frente al tema del tiempo de gestación para la aplicación de las causales de despenalización del aborto, puesto que no considero que un caso en el que se solicite el aborto a las primeras semanas de embarazo sea igual que uno en el que se realice la solicitud semanas después, o como en el presente caso, a las 18. Así, y dado que ni el legislador ni la jurisprudencia han establecido un término límite que determine hasta qué semana de gestación puede ser interrumpido el embarazo, es obligación del juez constitucional analizar cada caso en concreto y cuando lo determine necesario, exigir un mayor rigor probatorio y de adecuación a las causales de exclusión del delito requiriendo, por ejemplo, una justificación para la demora de la solicitud del procedimiento, o la necesidad de un concepto médico que establezca que el aborto aún es viable y que no se pone en peligro la vida de la madre al realizarlo.

Referencia: Expediente T-1.927.682

Accionante: xx en representación de yy

Accionada: Cosmitet Ltda.

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Con todo respeto, aclaro mi voto frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Tercera de Revisión en sesión del 2 de octubre de 2008.

1.- Esta Corporación, mediante Sentencia C-355 de 2006, realizó el control de constitucionalidad de los artículos 32-7, 122, 123 (parcial) y 124, de la ley 599 de 2000 Código Penal, éstos tres últimos modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con la penalización del aborto, fallo que proferido en ejercicio del control jurisdiccional hace tránsito a cosa juzgada de conformidad con lo previsto en el artículo 243 de la Constitución.

2.- En el fallo, la Corte Constitucional determinó tres causales taxativas en las cuales *“no se incurre en delito de aborto [...]: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”*¹¹.

3.- La decisión tomada por la Corte Constitucional, por sus efectos *erga omnes*, implica la obligación para cualquier particular¹² o autoridad pública, de respetar el contenido de la decisión, por lo cual se debe propender por el cumplimiento y la realización de las prescripciones de la anotada sentencia, sin perjuicio de la facultad de anteponer la objeción de conciencia.

4.- Así las cosas, en los casos en los que se demuestre que se da cualquiera de las excepciones antes citadas, es una obligación del Estado respetar la decisión de la madre que decide acudir al aborto, como lo sería también el respetar la decisión de la madre que, a pesar de darse tales circunstancias, decide continuar con la gestación y esperar el nacimiento de la criatura.

5.- De acuerdo con lo anterior, y reiterando la obligatoriedad en el cumplimiento de las decisiones de esta Corporación, era claro que en el presente caso los jueces de tutela y la Corte Constitucional debían acceder al amparo, puesto que la madre de la accionante logró demostrar el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales en torno a la existencia de la causal tercera de inexistencia del delito de aborto, referida en el presente caso a la existencia de denuncia penal por el supuesto delito de acceso carnal con incapaz de resistir, acreditado por la Fiscalía General de la Nación mediante comunicación de 12 de agosto de 2008, en la que la Unidad Seccional de Fiscalía de Funza remitió copia de la denuncia penal instaurada, el 5 de enero de 2008, por la señora xx.

6.- A pesar de esto, debe anotarse que es obligación y facultad de los jueces de la República determinar, para cada caso en concreto, el alcance que se le da a dichas disposiciones jurisprudenciales, en especial para establecer cuándo la solicitud para la práctica del aborto contiene los elementos por los cuales la Corte Constitucional decidió excluir la existencia del delito. Así, el juez no puede aceptar, de plano y sin aplicar la sana crítica, la existencia de cierta situación o la ocurrencia de ciertos hechos, ya que es indispensable que este acometa la valoración crítica del acervo probatorio y aplique su criterio jurídico en la determinación de las especiales circunstancias del caso. Es claro que el análisis del juez frente al tema del aborto debe incluir las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-

¹¹ Sentencia C-355/2006 MM.PP. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Cabe anotar que la propia sentencia C-355/2006 reconoció la posibilidad de las personas naturales, en ejercicio de su libertad personal, de realizar una objeción de conciencia frente a la práctica de un aborto, señalando que *“la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres”*. Igualmente indicó que *“la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado”*, por lo que este no aplica a, por ejemplo, las EPS en su conjunto, sino se reitera, solo frente al médico considerado como individuo independiente y autónomo.

355/2006, pero igualmente el juez debe y tiene que aplicar su criterio para valorar las circunstancias específicas del caso y administrar justicia de acuerdo a la Constitución y la Ley. Así las cosas, no procede una interpretación que favorezca la automatización en la toma de decisiones judiciales, y por el contrario considero que el juez debe hacer un análisis profundo y concienzudo de cada caso, siendo muy estricto en la aplicación de las normas legales y las disposiciones jurisprudenciales.

7.- Finalmente, llamo la atención sobre el hecho de la falta de regulación y límites frente al tema del tiempo de gestación para la aplicación de las causales de despenalización del aborto, puesto que no considero que un caso en el que se solicite el aborto a las primeras semanas de embarazo sea igual que uno en el que se realice la solicitud semanas después, o como en el presente caso, a las 18. Así, y dado que ni el legislador ni la jurisprudencia han establecido un término límite que determine hasta qué semana de gestación puede ser interrumpido el embarazo, es obligación del juez constitucional analizar cada caso en concreto y cuando lo determine necesario, exigir un mayor rigor probatorio y de adecuación a las causales de exclusión del delito requiriendo, por ejemplo, una justificación para la demora de la solicitud del procedimiento, o la necesidad de un concepto médico que establezca que el aborto aún es viable y que no se pone en peligro la vida de la madre al realizarlo.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado