

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 *Ibidem*.

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

¹⁸ Ver folio 23 del cuaderno de primera instancia.

¹⁹ *Ibidem*.

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 %*”. *Ibidem*.

²¹ Ver folios 19 del cuaderno de primera instancia.

²² *Ibidem*.

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 *Ibídem*.

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 Victoria-⁶¹, 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 José-⁶² 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 *Ibidem*.

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 *Ibidem*.

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 Derecho 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 Pío 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 Eugénico¹²⁰, 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 *Ibidem*. 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 discriminación¹⁶⁸, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada¹⁶⁹”*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 cobija 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 pseudocientíficas, 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 placentae (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 ginecologista del Departamento de Ginecología 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 ginecobotetra del Departamento de Ginecobotetricia 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 *Ibíd.*

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 *Ibíd.*

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 aquélla 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

ANEXO 1

Respuestas a las pruebas decretadas en Sede de Revisión Expediente T-6.612.909

Los autos de pruebas proferidos en el trámite del proceso en la Corte Constitucional abarcaron cuatro asuntos. En primer lugar, se plantearon preguntas a entidades expertas en el diagnóstico “*displasia septo óptica vs holoprosencefalia lobar*”. En segundo lugar, se remitió un cuestionario a organismos especializados en el diagnóstico “*afecto reactivo ansioso depresivo*” específicamente en el embarazo. En tercer lugar, se invitó a diferentes instituciones expertas en derechos sexuales y reproductivos, y en la procedencia de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, para que dieran su concepto. En cuarto lugar, la Corte solicitó a varias instituciones concepto sobre el trámite de adopción en Colombia.

A. Sobre el diagnóstico “*displasia septo óptica vs holoprosencefalia lobar*”.

Mediante providencias del 6 de abril y el 21 de junio de 2018³¹², la Corte ordenó 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, de 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*”. Adicionalmente, 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.

Cuestión previa:

La Asociación Colombiana de Genética Humana, la Asociación Colombiana de Pediatría, la Asociación Colombiana de Cirugía y la Asociación Colombiana de Radiología se abstuvieron de emitir un pronunciamiento por falta de experticia en el asunto. Por otra parte, la Asociación Colombiana de Radiología se declaró impedida para rendir dictamen pericial o concepto alguno toda vez que acorde con de la

³¹² Ver folios 23 al 25 del cuaderno principal.

información relacionada en el expediente “*podrían encontrarse profesionales de la salud que están afiliados o pueden afiliarse a la [asociación]*”³¹³.

La Asociación Colombiana de Genética Humana informó que no tiene las competencias para responder las preguntadas planteadas por la Corte Constitucional “*ya que es competencia de perinatología y Ginecoobstetricia*”³¹⁴. Por su parte, **la Asociación Colombiana de Pediatría** manifestó que si bien los miembros de la Sociedad Colombiana de Pediatría pueden rendir dictámenes dentro de un proceso judicial como personas naturales, la solicitud emitida por la Corte “*requiere específicamente [ser respondidas] por un especialista. Para ello sugerimos recurrir directamente a un pediatra (...)*”³¹⁵. De la misma forma, **la Asociación Colombiana de Cirugía** aclaró que la asociación no es apta para rendir el peritaje solicitado ya que en su Comité de Bioética no cuenta con obstetras ginecólogos, especialistas que podrían dar una respuesta exacta a las preguntas formuladas por la Corte sus preguntas³¹⁶. **La Asociación Colombiana de Sociedades Científicas** remitió el cuestionario a la Asociación Colombiana de Radiología³¹⁷.

1. ¿Cuál es la fiabilidad del examen de ecografía obstétrica en un diagnóstico positivo de DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENFALIA LOBAR realizado en feto de más de 20 semanas de gestación?

La Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología FECOLSOG³¹⁸ presentó el significado que la RAE le da a fiabilidad “*probabilidad de buen funcionamiento de algo, es decir, probabilidad de que un sistema, aparato o dispositivo cumpla una determinada función bajo ciertas condiciones durante un tiempo determinado*”. A partir del concepto aclaró que utilizar el término fiabilidad en pruebas diagnósticas no es adecuado.

Explicó que la ecografía obstétrica a las 20 semanas de gestación, tiene en cuenta la sensibilidad, especificidad, valor predictivo positivo y valor predictivo negativo. En el 76% de los casos en los que existen malformaciones se detecta mediante la ecografía, “*sin embargo, esta se puede ver influenciada por la edad gestacional al momento de la ecografía, el índice de masa corporal de la mujer, el entrenamiento del examinador así como su experiencia, la resolución del aparato o maquina utilizada, etc*”.

Aclaró que para detectar las malformaciones del sistema nervioso central, “*la sensibilidad de la ecografía es del 94 al 99% y la especificidad es del 99%, es*

³¹³ Folios 58 al 63.

³¹⁴ Folios 40 y 41.

³¹⁵ Folios 42 y 43.

³¹⁶ Folio 44.

³¹⁷ Folio 57.

³¹⁸ Folios 51 al 55.

decir, una vez detectada la malformación por ecografía, la posibilidad de que realmente se curse con ella, es muy alta ya que el margen de error es solo del 1%”.

Específicamente sobre la pregunta planteada, FECOLSOG respondió que “*la holoprosencefalia es un diagnóstico con una incidencia de 1 en 16.000 nacidos vivos, y 1 de cada 250 productos de la concepción. En la holoprosencefalia lobar el diagnóstico específico resulta difícil ya que depende de los factores anteriormente descritos. La displasia septo-óptica es una anomalía rara de etiología desconocida. El diagnóstico es posnatal y generalmente se realiza un diagnóstico presuntivo de impresión y sospecha el cual debe corroborarse al nacimiento. Los hallazgos ecográficos prenatales en la displasia septo-óptica son virtualmente idénticos a los de la holoprosencefalia lobar”.*

Para la **Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José** en términos generales, los diversos estudios poblacionales coinciden en una sensibilidad global para malformaciones congénitas es del 76%, lo cual depende de la edad gestacional de la ecografía, el índice de masa corporal, el entrenamiento del examinador así como su experiencia, la resolución del aparato o máquina utilizada.

La holoprosencefalia, es un diagnóstico con una incidencia de 1 entre 16.000 nacidos, es decir, 1 de cada 250 productos de la concepción. Por su parte, la displasia septo-óptica es una anomalía rara de etiología desconocida, el diagnóstico definitivo es posnatal, y generalmente se realiza un diagnóstico presuntivo de impresión y sospecha, el cual debería corroborarse al nacimiento.

Los hallazgos ecográficos prenatales en la displasia septo-óptica son virtualmente idénticos a los de la holoprosencefalia lobar.

2. ¿Cuál es el porcentaje aproximado de falsos positivos en la ecografía obstétrica para el diagnóstico de DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENEFALIA LOBAR?

La **Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología** aseguró que “*La sensibilidad de la ecografía para detectar anomalías del sistema nervioso central es alta. La certeza diagnosticada de anomalías cerebrales antes de las 224 semanas es del 92%, pero es poco enfática para discriminar holoprosencefalia vs holoprosencefalia”.*

Para la **Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José** la sensibilidad de anomalías del sistema nervioso central es alta, pero poco específica para discriminar displasia septo-óptica vs holoprosencefalia.

3. ¿Cuál es la sensibilidad del examen de ecografía obstétrica sobre de 20 semanas de gestación que diagnostica DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENEFALIA LOBAR para pronosticar compromisos en las funciones cerebrales, la visión y otras funciones orgánicas?

La **Federación Colombiana de Obstetricia** y Ginecología afirmó que *“las anomalías del sistema nervioso central son fácilmente diagnosticables pero la discriminación es poco probable. Se necesita estudios complementarios en la vida posnatal. La ecografía es un estudio morfológico mas no funcional por lo tanto, no es posible predecir el estado funcional del sistema nervioso central en estos fetos; se necesitan pruebas postnatales y seguimiento por parte de neurodesarrollo”*.

La **Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José** afirmó que las anomalías del sistema nervioso central son fácilmente diagnosticables pero la discriminación es poco probable. Se necesitan estudios complementarios en la vida posnatal. La ecografía es un estudio morfológico más no funcional. No es posible predecir el estado funcional del Sistema Nervioso Central en estos fetos, se necesitan pruebas postnatales y seguimiento por parte de neurodesarrollo.

4. ¿Cuál es el pronóstico para un paciente de 26 semanas de gestación con diagnóstico de DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENEFALIA LOBAR?

La **Federación Colombiana de Obstetricia** y Ginecología expuso que *“la holoprosencefalia puede ser compatible con la vida”* y el grado de discapacidad dependerá de si es alobar (es la más severa), semilobar o lobar (es la menos severa). (i) El tipo alobar es la forma más severa *“rara vez sobreviven más allá de la primera infancia”*. (ii) En el tipo lobar los individuos afectados *“no pueden llevar una vida normal ya que son muy frecuentes el retraso mental y las secuelas neurológicas”*. (iii) *“La discapacidad motora severa observada en la holoprosencefalia semilobar y alobar es menos frecuente vista en el tipo lobar. Los pacientes con este tipo de holoprosencefalia pueden llegar a caminar con asistencia, controlar adecuadamente sus miembros e incluso hablar con palabras o frases”*.

Respecto del diagnóstico de displasia septo-óptica *“es controvertido; la alteración visual esta generalmente presente, pero la ceguera es rara. Si cursa con hipoplasia del nervio óptico se asocia con una incidencia aumentada de parálisis cerebral, retraso mental y convulsiones”*.

En concepto de la **Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José** esta patología es compatible con la vida, con un grado variable de discapacidad. Para el pronóstico de holoprosencefalia lobar, los datos disponibles son limitados. Se ha publicado que los individuos afectados pueden llevar una vida normal, pero son frecuentes el retraso mental y

secuelas neurológicas. El pronóstico de displasia septo-óptica es controvertido, la alteración visual está generalmente presente, pero la ceguera es rara, si cursa con hipoplasia del nervio óptico se asocia con una incidencia aumentada de parálisis cerebral, retraso mental y convulsiones.

5. ¿Cuál es la mortalidad de los fetos de más de 26 semanas de gestación con diagnóstico de DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENEFALIA LOBAR? y ¿en cuánto supera dicha tasa de mortalidad a la tasa para los efectos sin dicho diagnóstico en Colombia?

La **Federación Colombiana de Obstetricia** y Ginecología informó que no cuentan con una cifra exacta del riesgo de mortalidad “*in útero de los fetos con este diagnóstico. Teniendo en cuenta que la frecuencia del diagnóstico es mucho mayor en fetos (1:250) que en nacidos vivos (1:16000) podría deducirse que el riesgo de muerte intrauterina es mayor al normal*”.

La **Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José** indicó que la mortalidad es la misma de la población general. Sin embargo, la literatura en Colombia no se cuenta con este tipo de reporte.

6. ¿Existe un riesgo mayor para la vida o la salud física de la madre gestante de un efecto con diagnóstico de DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENEFALIA LOBAR en comparación con los riesgos del embarazo de una madre gestante sin dicho diagnóstico?

La **Federación Colombiana de Obstetricia** y Ginecología consideró que en corto y mediano plazo, el riesgo de complicaciones obstétricas es mayor para las mujeres que tienen embarazos de fetos con malformaciones en general. 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*”.

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*”.

Respecto de la afectación a la vida de la madre de un gestante diagnosticado con malformaciones que producen discapacidad, “*es importante tener en*

cuenta la afectación de su bienestar emocional 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”.

La **Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José** respondió de manera negativa, en su concepto el riesgo materno es igual en las pacientes con o sin este diagnóstico.

7. ¿A partir de qué semana de embarazo el lenguaje médico científico considera la interrupción del embarazo como un feticidio y por qué?

La **Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología** presentó la diferencia médica entre los conceptos de feticidio e interrupción del embarazo. *“El feticidio es un procedimiento previo a la interrupción del embarazo, que debe considerarse en edades gestacionales superiores a las 20 semanas para evitar los signos vitales transitorios en fetos que aún no alcanzan la viabilidad y siempre en edades gestacionales mayores a las 22 semanas cuando es posible la sobrevivencia extrauterina y por lo tanto, de no hacerse el feticidio previamente, el procedimiento ya no sería una interrupción voluntaria del embarazo, sino un adelantamiento del parto”.* La diferencia más significativa entre los dos conceptos es *“el deseo de la mujer con respecto a la continuidad del embarazo y de la maternidad (si desea que se salvaguarde la vida del feto o no) y los riesgos asociados a las mismas de acuerdo con la sentencia C-355/06”.*

En concepto de la **Sociedad de Cirugía de Bogotá** ya está diseñado e implementado el protocolo IVE para la prevención del aborto inseguro en Colombia. Aborto lo define como la terminación espontánea o provocada de una gestación antes de la vigésima semana (20), cuando el feto no es capaz de sobrevivir fuera del vientre materno, aproximadamente el feto pesa 500 gramos para esta edad gestacional. Posterior a esta edad gestacional se consideran feto viable, con la posibilidad de sobrevivir.

Por su parte, feticidio es la muerte a un feto viable. Técnicamente el feticidio se indica cuando no hay deceso del feto al interrumpir la gestación, por lo que se propone feticidio previo a evacuación para evitar medidas inútiles en un feto con mal pronóstico.

8. ¿Actualmente, a partir de qué semana de gestación se considera que el feto logra la viabilidad autónoma?

Para la **Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología** la viabilidad del feto depende de la tecnología disponible para asistir de forma artificial la vida neonatal para llevarla a un punto donde pueda ser verdaderamente autónoma. De esta forma, *“no hay consenso universal sobre el momento*

preciso en que se inicia la viabilidad pues esta depende de un conjunto de elementos relacionados con las capacidades del recién nacido, la capacidad tecnológica de la institución donde va a atenderse, las condiciones socio-económicas del médicos, entre otras”. Ahora bien, “ninguna publicación considera la sobrevivencia antes de las 22 semanas”, el Colegio Real de Obstetricia y Ginecología del Reino Unido “sostiene que hay consenso internacional sobre la ausencia de esperanza de vida extrauterina a las 22 semanas y que las 22 semanas 6 días se considera el límite de la viabilidad extrauterina humanada con condiciones de máximo soporte tecnológico, sin embargo la incidencia de secuelas severas para los sobrevivientes que han nacido en esta edad gestacional es muy alta: al menos una secuela mayor en 66% de los nacidos entre las 22 y 23 semanas”.

Para la **Sociedad de Cirugía de Bogotá** a partir de 24 a 26 semanas.

9. ¿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?

La **Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología** reiteró que “*no existe un criterio objetivo que permita delimitar la edad gestacional a la cual se pueda hacer necesaria una IVE para evitar el riesgo para la vida o la salud de la mujer o en caso de malformaciones fetales no viables, en los casos de embarazos a partir de la semana 24 se debe realizar previamente el feticidio de acuerdo con lo establecido por el protocolo para la ‘prevención del aborto inseguro en Colombia’ del ministerio de Salud*”.

Para la **Sociedad de Cirugía de Bogotá** el “*feticidio previo a la finalización de la gestación debe ofrecerse en gestación es por encima de las 22 semanas. Por encima de las 24 semanas el feticidio es obligatorio (corresponde al límite de la viabilidad fetal)*”.

10. ¿En Colombia existen protocolos aprobados para realizar la interrupción voluntaria de embarazos de más de 16 semanas de gestación?

El Ministerio de Salud y Protección Social³¹⁹ expuso el marco normativo de la IVE en Colombia. Reiteró que en la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional estableció que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho fundamental de las mujeres, niñas y adolescentes en tres casos específicos. A partir de esto, han sido varios los pronunciamientos³²⁰ de la Corte en los que se reconoce que el derecho a la IVE se encuentra estrechamente ligado, entre otros, al derecho fundamental a la vida, a la salud,

³¹⁹ Folios 45 al 48.

³²⁰ T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011 y T-841 de 2011.

a la dignidad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En este sentido, le corresponde al sistema de salud³²¹ garantizar la atención IVE de manera oportuna, segura y con disponibilidad de prestadores en cualquier edad gestacional.

Presentó una serie de lineamientos técnicos para prestadores de servicios de salud, con directrices claras y actualizadas a la tecnología disponible, para la prestación del servicio en forma adecuada y así garantizar este derecho.

- *Protocolo para la prevención del aborto inseguro en Colombia*. Es la adaptación del documento de la OMS “*Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*”. Para el ministerio “*este documento se define como una herramienta para avanzar en el cumplimiento de las disposiciones constitucionales con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, para eliminar la inequidad de género y para garantizar el acceso de las mujeres a servicios de salud sexual y reproductiva que incluyan anticoncepción y otras medidas para la reducción de la mortalidad materna*”. El documento cuenta con a) una presentación de la problemática del aborto inseguro a partir del embarazo no planeado y de la morbilidad y mortalidad materna; b) el marco legal colombiano para explicar las causales en las que procede la IVE; c) el modelo de atención sugerido para el manejo de los casos, competencias de los diferentes niveles de atención, ruta de atención (consulta inicial, orientación y asesoría, procedimiento y seguimiento), asesoría anticonceptiva y manejo de posibles complicaciones³²².

- *Lineamiento técnico para la atención integral de la IVE en primer nivel de complejidad*. Busca garantizar la prestación de los servicios de IVE en las instituciones de baja complejidad, con el fin de garantizar el acceso de las mujeres a estos servicios. Se abordan los siguientes temas: a) ámbito jurídico, b) aspectos contextuales del sistema de salud e c) implementación del servicio de IVE³²³.

- *Lineamiento técnico para la atención del postaborto y sus complicaciones*. Fue desarrollado para garantizar la calidad e integralidad de la atención en los casos de aborto en curso o postaborto que llegan a las instituciones de salud. a) Presenta un modelo de atención para la etapa de postaborto, catalogada como una emergencia esencial en los servicios de obstetricia. b) Entrega los lineamientos de la Atención Postaborto (APA), cuando se requiere una atención de emergencia. c) Describe los métodos para la evacuación uterina.

³²¹ Cita la sentencia T-388 de 2009.

³²²

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/S-M-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf>

³²³

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/S-M-IVE-Atencion-baja-complejidad.pdf>

d) Trata sobre la orientación y asesoría para dar apoyo emocional a la mujer y brindarle información sobre las opciones de tratamiento. e) Se centra en los servicios de anticoncepción y planificación. f) Incluye otros servicios de salud sexual y reproductiva³²⁴.

- *Lineamiento técnico para orientación y asesoría en IVE*. Está dirigido a profesionales de la salud y busca ofrecer herramientas sobre el proceso de orientación y asesoría a mujeres que están considerando la IVE, en el marco de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2009. Contiene: a) los conceptos básicos; b) el proceso de la orientación, c) las actuaciones claves del orientador u orientadora; d) el acompañamiento en procedimientos; y e) la orientación posterior a la IVE.

11. ¿Existe un protocolo denominado como “feticidio” para la realización de interrupciones de embarazo de más de 24 semanas de gestación con feto vivo?

Resaltó el ministerio que la sentencia C-355 de 2006 no impuso un límite de edad gestacional para la práctica del procedimiento para la interrupción voluntaria del embarazo. Anotó que la *“expresión ‘feticidio’ se atenderá bajo el entendido de asociarla a procedimientos para la Interrupción Voluntaria del Embarazo y en el marco de lo previsto por dicha Sentencia, fuera de esa consideración, se menciona enfáticamente que el sistema de salud colombiano no prevé que la inducción de la muerte fetal conlleve un procedimiento en sí mismo o una finalidad distinta que la de garantizar el derecho fundamental de la mujeres a interrumpir un embarazo”*.

Informó que el documento *“Prevención del Aborto Inseguro en Colombia Protocolo para el Sector Salud”* dispone que *“Cuando se utilizan medicamentos para la terminación del embarazo en edades gestacionales que superen las 23 semanas, debe aplicarse antes de iniciar el procedimiento una inyección intracardiaca o en el cordón umbilical de cloruro de potasio o intraamniotica/intrafetal de digoxina, para evitar la viabilidad al momento de la expulsión ya que con un producto vivo como resultado final, no se considera una IVE (Pág. 63)”*.

Por su parte, la guía expedida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) *“Aborto sin riesgos: Guía técnica y de Políticas para Sistemas de Salud, Segunda edición”* (2012) indica que: *“Cuando se utilizan métodos médicos de aborto después de las 20 semanas de gestación, debe considerarse la inducción de la muerte fetal antes del procedimiento. Entre los regímenes utilizados frecuentemente previo al procedimiento para inducir la muerte del feto se incluyen: la Inyección de cloruro de potasio (KCl) a través del cordón*

324

<https://srhr.org/abortion-policies/documents/countries/18-Colombia-Health-sector-protocol-on-post-abortion-care-and-complications-Ministry-of-health-2014.pdf>

umbilical o en las cavidades cardíacas del feto y la Inyección intraamniótica o intrafetal de digoxina”.

Según lo expuesto por el ministerio, las orientaciones de la OMS para estos procedimientos indican que se debe realizar la *“inducción a la muerte fetal previa a la realización del procedimiento de IVE, ya que los métodos médicos modernos, como la combinación de regímenes de mifepristona y misoprostol o misoprostol solo, no produce directamente la muerte fetal; y la incidencia de sobrevida transitoria del feto después de la expulsión está relacionada con el aumento de la edad gestacional lo que conlleva el uso de cuidados críticos no justificados en el contexto de la IVE”.*

Posteriormente, *“para la expulsión de óbito fetal posterior a la administración de algunos de los métodos de inducción a la muerte fetal antes mencionados, se requiere un servicio obstétrico de mediana o alta complejidad habilitado y que la atención de dicho expulsivo o la realización de operación cesárea, según sea el caso, se realice de forma inmediata, en la misma institución que adelantó el procedimiento de IMF (si tiene habilitado el servicio obstétrico de mediana o alta complejidad) o mediante el proceso de referencia y contra referencia, caso en el que deberá conocer con anticipación la red de atención disponible por cada Entidad Administradora de Planes de Beneficios”.*

Destacó que las sentencias T-584 de 2010 y T-731 de 2016, impusieron la obligación a todas las EPS e IPS a garantizar el servicio de IVE, sean estas públicas, privadas, laicas y/o confesionales.

Finalmente, hizo referencia a la Resolución 05171 de 2017 el Ministerio de Salud y Protección Social estableció la clasificación única de procedimientos en salud y tiene como finalidad cumplir con los principios de interoperabilidad y de estandarización, ajustar los procedimientos acuerdo con la práctica clínica actual y las necesidades de salud del país y contribuir al uso de un lenguaje homogéneo entre los diferentes actores del sistema de salud en la realización de procedimientos en salud, tratándose de procedimientos que se puedan realizar para la IVE, señala los siguientes:

Procedimiento	Código CUPS	Descripción del procedimiento
Quirúrgico	750301	Evacuación uterina para terminación del embarazo por dilatación y curetaje
Quirúrgico	750302	Evacuación uterina para terminación del embarazo por aspiración al vacío
Quirúrgico	751201	Amnioreducción
Quirúrgico	753719	Cardiocentesis fetal
Quirúrgico	753733	Punción fetal
Quirúrgico	753734	Reducción embrionaria
Quirúrgico	750101	Legrado uterino obstétrico posparto o posaborto por dilación y curetaje

Quirúrgico	750105	Legrado uterino obstétrico posparto o posaborto por aspiración al vacío
Médico	750303	Evaluación uterina para terminación del embarazo por otros métodos

De los expuestos, los procedimientos amnioreducción, cardiocentesis fetal, punción fetal y reducción embrionaria, inducen la muerte fetal como procedimiento previo a la IVE en gestaciones de más de 20 semanas.

12. ¿Cuáles son las características y el diagnóstico de la DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA y de la HOLOPROSENCEFALIA LOBAR?

La Pontificia Universidad Javeriana³²⁵ explicó que la displasia septo-óptica “es un trastorno raro, su frecuencia se estima en 1/10000 nacimientos y lo define la triada 1. Hipoplasia del Nervio Óptico 2. Anomalías de las hormonas hipofisarias y 3. Defectos del desarrollo de la línea media cerebral. La mayoría de los casos son de aparición esporádica y una minoría asociados con un riesgo familiar. Se describe la alteración de algunos genes, su gravedad es variable y depende del grado de compromiso de la estructura y función descritos. Se estima que el 23% de los casos tendrá trastornos visuales, 62 a 80% presentará anomalías hormonales y tanto como el 60% de los casos presentará trastornos de desarrollo del cuerpo calloso”. Adicionalmente, es posible que el paciente presente: diabetes insípida, trastornos del sueño, autismo, pubertad precoz, obesidad, alteraciones de la termorregulación, anosmia, pérdida de audición neurosensorial, anomalías cardíacas y anomalías digitales.

Sobre el diagnóstico indicó que este “se realiza cuando al examen de recién nacido y el infante se encuentran las características clínicas descritas. Sin embargo con la introducción del ultrasonido como herramienta de diagnósticos, la DSO es susceptible de diagnosticar durante el embarazo. En efecto el hallazgo ecográfico de algunos estigma de DSO pueden orientar el diagnóstico”.

Por su parte, la holoprosencefalia lobar “es la forma más leve de Holoprosencefalia. Los hemisferios cerebrales frontales, se encuentran con algún grado de fusión - característica de la holoprosencefalia - de la corteza nueva en la región rostral y frontal. La etiología es diversa, se reconocen factores ambientales (Diabetes materna, consumo de alcohol, infecciones por el grupo TORCH, niveles de colesterol materno bajo, consumo de medicamentos como el ácido retinoico y estatinas durante la embriogénesis, anomalías genéticas (GenSIX3, SHH, TGIF1, ZIC2) anomalías cromosómicas (trisomía 18, trisomía 13, monosomias, triploidias, duplicación o delección de material genético). Puede también aparecer como componente constitutivo de algunos síndromes definidos”. El diagnóstico “frecuentemente se realiza en el

³²⁵ Ver folios 210 al 215 cuaderno nuevo.

periodo neonatal, es frecuente encontrar los siguientes hallazgos al examen del individuo: labio leporino bilateral, Hipotelorismo ocular, nariz achatada y rostro relativamente normal. El diagnóstico prenatal es posible y la holoprosencefalia es una condición cuyo diagnóstico prenatal en manos expertas es bastante probable”.

Según concepto de la **Universidad Nacional de Colombia**, la displasia septo-óptica se conoce como el síndrome de Morsier, *“se caracteriza por la ausencia (falta de) del septo pellucido, hipoplasia (pequeño o mal desarrollado) del nervio óptico³²⁶ y con hipoplasia³²⁷ (pequeño o mal desarrollado) de la glándula pituitaria³²⁸”.*

El septo pellucido lo explica como *“una estructura de la línea media a nivel de los cuernos frontales que son las prolongaciones hacia delante de los ventrículos cerebrales se interpreta como una tela transparente que sirve como una estación de relevo conteniendo fibras que se comunican con otras estructuras del cerebro como el hipotálamo o el hipocampo. Está presente en la vida fetal y su ausencia aumenta la probabilidad de tener malformaciones del desarrollo del cerebro”.*

En su lugar, la holoprosencefalia es *“una malformación en el desarrollo del cerebro anterior y de la cara, es una alteración que afecta la separación normal del cerebro anterior en sus 2 lóbulos es decir quedan fusionados o pegados los lóbulos frontales”.* Existen cuatro tipos: alobar, semilobar lobar y sintelencefalia o variante media. La holoprosencefalia lobar es la menos severa *“es un cerebro casi normal con separación del cerebro casi completa con un grado variable de fusión (unión) a nivel de los cuernos frontales. El septo pellucido está ausente los bulbos y los tractos olfatorios y el cuerpo calloso pueden estar ausentes”.*

Aseguró que el diagnóstico prenatal de la displasia septo-óptica *“no es posible”*, es necesario esperar *“al nacimiento para confirmar la hipoplasia del nervio óptico y las alteraciones de la glándula pituitaria”.* Insistió en que el *“diagnóstico de la displasia óptica NO se puede realizar en el periodo prenatal”*, es posible sospechar del diagnóstico mediante una ecografía realizada después de la semana 18 de embarazo por la ausencia del septo pellucido y la fusión de los cuernos frontales, sin embargo, el hallazgo se debe confirmar mediante una resonancia nuclear magnética que solo puede ser realizada *“en centros especializados los cuales no hay en Colombia”* y cuando nace el bebé se le deben realizar exámenes *“para confirmar la deficiencia de las hormonal de la glándula pituitaria”.*

³²⁶ “Nervio que sirve para la visión”.

³²⁷ “Que está mal desarrollado y puede funcionar mal”.

³²⁸ “Glándula endocrina o sea que produce hormonas para ciertas funciones como crecer o manejar los líquidos del cuerpo (Hormona antidiurética)”.

En conclusión, el *“diagnóstico de la Holoprosencefalia se sospecha prenatalmente con un hallazgo de ausencia del septo pellucido y fusión de los cuernos frontales después de la semana 18 de embarazo y este se debe confirmar con una resonancia nuclear magnética- examen especializado después de semana 28 de embarazo. EL DIAGNÓSTICO CONFIRMADO PRENATAL ES MUY DIFÍCIL la ecografía solo lo puede sospechar”*.

13.¿Cuál es la sensibilidad y el porcentaje aproximado de falsos positivos del examen de ecografía obstétrica para un diagnóstico de DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENCEFALIA LOBAR realizado en feto de más de 20 semanas de gestación?

La **Universidad Javeriana** expuso que *“no hay información científica que permita responder esta pregunta, los trastornos del desarrollo cerebral mencionados son infrecuentes y su reporte en la literatura se limitan a reportes de casos individuales y a lo sumo series de casos. En efecto los investigadores de EUROCAT un registro de más de 6.000.000 de recién nacidos, encuentra una prevalencia entre 1.9 y 2.5 casos por 100.000 nacimientos. En este estudio, el 57% de los afectados con DSO fueron diagnosticados al mes de nacidos. La mayoría de los diagnósticos fetales se agruparon como ‘anomalías cerebrales aisladas’ y solo 40% de los casos fueron diagnosticados en fetos con alguna anomalía en SNC”*.

La **Universidad Nacional** manifestó que con la evidencia actual no es posible diagnosticar la displasia septo-óptica ni la holoprosencefalia lobar solo con la ecografía obstétrica por lo que esta pregunta *“NO TIENE RESPUESTA BASADA EN LA LITERATURA MEDICA”*.

14.¿El examen de ecografía obstétrica, en un feto de más de 20 semanas de gestación, tiene la sensibilidad para diferenciar entre el diagnóstico por DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA y aquel por HOLOPROSENCEFALIA LOBAR?

La **Universidad Javeriana** aseguró que *“el ultrasonido prenatal solo puede hacer una orientación hacia el diagnóstico dado que los hallazgos son compatibles con anomalías del desarrollo de la porción anterior del cerebro. La DSO es un complejo diagnóstico definido como 1. Hipoplasia del nervio óptico, 2. Deficiencia de Hormonas Hipofisarias y 3. Defectos del desarrollo de la línea media cerebral. En el sentido estricto, el diagnóstico solo es posible completarlo después del nacimiento dada la imposibilidad de evaluar las hormonas hipofisarias en el feto”*.

La **Universidad Nacional** fue enfática al aseverar que *“no es posible diferenciar estos diagnósticos solo con ecografía”*.

15.¿El diagnóstico de DISPLASIA SEPTO OPTICA VS HOLOPROSENCEFALIA LOBAR en un feto de más de 20 semanas de gestación se considera incompatible con la vida del feto?

Para la **Universidad Javeriana** la pregunta no es clara. Considera que *“si se trata de definir la incompatibilidad con la vida de una u otra patología, se puede decir que la supervivencia de los neonatos con DSO que son diagnosticados tempranamente, manejados en forma apropiada y que sobrepasan el primer año es alta. Vale la pena destacar que, siendo una condición frecuentemente asociada con otras malformaciones, su pronóstico tiende a ser peor en la medida en que el compromiso de otros sistemas esta presentes. La supervivencia de los neonatos con es alta, se espera que estos recién nacidos presentes alteración importante del desarrollo intelectual y trastornos visuales”*.

A juicio de la **Universidad Nacional**, *“ni la displasia septo óptica ni la holoprosencefalia lobar son incompatibles para la vida del feto”*.

16.¿Cuál es la mortalidad de los fetos de más de 25 semanas de gestación con diagnóstico de DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENCEFALIA LOBAR? y ¿en cuánto supera dicha tasa de mortalidad a la tasa para los fetos sin dicho diagnóstico en Colombia?

Para la **Universidad Javeriana** *“la mortalidad perinatal (esto es desde la semana 22 de gestación hasta los 7 días del post parto) por defectos en el sistema nervioso central en Colombia en la categoría en la cual se encuentran la DSIO y la HL es de 13.7 por 10.000 nacidos vivos. No hay información sobre Mortalidad fetal o perinatal de la DSO y/o HL. Mortalidad perinatal en Colombia para 2017 es de 1.31 muertes perinatales por 10000 nacidos vivos, de los cuales cerca de la mitad (48%) son muertes fetales, lo que corresponde a 0.62 por 10000 nacidos vivos. Con estos datos se puede decir que la mortalidad fetal del grupo con anomalías del SNC que incluyen la DSOI y la HL es de 22 veces mayor”*.

La **Universidad Nacional** indica que en tanto *“no son incompatibles con la vida (...) la tasa de mortalidad no se modifica”*.

17.¿El embarazo normal conlleva riesgos o afectaciones a la salud física de la mujer embarazada?

Para la **Universidad Javeriana** *“el embarazo en una condición fisiológica que tiene un riesgo de asociarse con desenlaces maternos fetales y neonatales de diverso nivel de gravedad incluyendo la muerte de la madre, el feto y el neonato. Eso explica por qué los casos de muerte materna, fetal y neonatal son eventos de interés en salud pública sometidos a vigilancia estatal y por*

organismos multilaterales y todos los actores participantes en la atención materna, fetal y neonatal siguen directrices de vigilancia; prevención, control y tratamientos para evitar las ocurrencias de tales desenlaces”.

La **Universidad Nacional** respondió que sí, *“cualquier embarazo normal implica riesgos para la mujer en cuanto a su salud física”.*

18.¿La gestación de un feto con diagnóstico de DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENFALIA LOBAR a partir de la semana 20, implica un riesgo grave para la salud de la mujer gestante?

La **Universidad Javeriana** señaló que *“la DSO y la HL no conlleva a riesgos o afectaciones somáticas a la salud de la madre. Si tomamos en cuenta la definición de salud propuesta por la OMS ‘La salud es un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad’ Podemos afirmar que la afectación severa del feto por un cuadro de malformación tiene unas profundas e importantes implicaciones para la salud mental de la madre que puede trascender a su entorno socio familiar por razones obvias. La DSO y la HL no son condiciones que condiciones una situación de incompatibilidad de la vida de la gestante. Como en la gran mayoría de anomalías fetales la DSO y la HL no tiene una repercusión sobre ningún sistema orgánico vital materno”.*

La **Universidad Nacional** respondió de manera negativa, *“con ese diagnóstico fetal no se aumenta el riesgo para la salud física de la mujer”.*

19.¿Se considera que la gestación de un feto con diagnóstico de DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA VS HOLOPROSENFALIA constituye una situación incompatible con la vida de la mujer?

La **Universidad Javeriana** consideró que *“esta pregunta es reiterativa, ni la DSO, ni la HL constituyen una situación incompatible con la vida de la gestante”.*

20.¿Actualmente, a partir de qué semana de gestación se considera que el feto logra la viabilidad autónoma?

En concepto de la **Universidad Javeriana** *“la viabilidad fetal autónoma puede referirse a la capacidad de un recién nacido para sobrevivir sin más apoyo o cuidados de los que le proporciona en forma natural su madre. En este orden, consideramos un neonato apto para realizar la transición inicial de la vida fetal a la vida extrauterina a aquel que tiene 37 semanas o más de gestación (esto es contando desde el primer día de la última regla) y/o 2500 gramos de peso”.*

Para la **Universidad Nacional** “*la definición de feto viable se considera a partir de la semana 24 en países desarrollados y en Colombia dependiendo de la institución adoptan la definición Internacional o en consenso de expertos que es de 26 semanas o 650 gramos de peso*”.

21.¿En Colombia existen protocolos aprobados para realizar la interrupción voluntaria de embarazos de más de 16 semanas de gestación?

El Ministerio de Salud y Protección Social³²⁹ expuso el marco normativo de la IVE en Colombia. Reiteró que en la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional estableció que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho fundamental de las mujeres, niñas y adolescentes en tres casos específicos. A partir de esto, han sido varios los pronunciamientos³³⁰ de la Corte en los que se reconoce que el derecho a la IVE se encuentra estrechamente ligado, entre otros, al derecho fundamental a la vida, la salud, la dignidad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En este sentido, le corresponde al sistema de salud³³¹ garantizar la atención IVE de manera oportuna, segura y con disponibilidad de prestadores en cualquier edad gestacional.

El Ministerio de Salud y Protección Social ha emitido una serie de lineamientos técnicos para prestadores de servicios de salud, con directrices claras y actualizadas a la tecnología disponible, para la prestación del servicio en forma adecuada y así garantizar este derecho.

- *Protocolo para la prevención del aborto inseguro en Colombia.* Es la adaptación del documento de la OMS “*Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*”. Para el ministerio “*este documento se define como una herramienta para avanzar en el cumplimiento de las disposiciones constitucionales con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, para eliminar la inequidad de género y para garantizar el acceso de las mujeres a servicios de salud sexual y reproductiva que incluyan anticoncepción y otras medidas para la reducción de la mortalidad materna*”. El documento cuenta con a) una presentación de la problemática del aborto inseguro a partir del embarazo no planeado y de la morbilidad y mortalidad materna; b) el marco legal colombiano para explicar las causales en las que procede la IVE; c) el modelo de atención sugerido para el manejo de los casos, competencias de los diferentes niveles de atención, ruta de atención (consulta inicial, orientación y

³²⁹ Folios 45 al 48.

³³⁰ T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011 y T-841 de 2011.

³³¹ Cita la sentencia T-388 de 2009.

asesoría, procedimiento y seguimiento), asesoría anticonceptiva y manejo de posibles complicaciones³³².

- *Lineamiento técnico para la atención integral de la IVE en primer nivel de complejidad.* Busca garantizar la prestación de los servicios de IVE en las instituciones de baja complejidad, con el fin de garantizar el acceso de las mujeres a estos servicios. Se abordan los siguientes temas: a) ámbito jurídico, b) aspectos contextuales del sistema de salud e c) implementación del servicio de IVE³³³.

- *Lineamiento técnico para la atención del postaborto y sus complicaciones.* Fue desarrollado para garantizar la calidad e integralidad de la atención en los casos de aborto en curso o postaborto que llegan a las instituciones de salud. a) Presenta un modelo de atención para la etapa de postaborto, catalogada como una emergencia esencial en los servicios de obstetricia. b) Entrega los lineamientos de la Atención Postaborto (APA), cuando se requiere una atención de emergencia. c) Describe los métodos para la evacuación uterina. d) Trata sobre la orientación y asesoría para dar apoyo emocional a la mujer y brindarle información sobre las opciones de tratamiento. e) Se centra en los servicios de anticoncepción y planificación. f) Incluye otros servicios de salud sexual y reproductiva³³⁴.

- *Lineamiento técnico para orientación y asesoría en IVE.* Está dirigido a profesionales de la salud y busca ofrecer herramientas sobre el proceso de orientación y asesoría a mujeres que están considerando la IVE, en el marco de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2009. Contiene: a) los conceptos básicos; b) el proceso de la orientación; c) las actuaciones claves del orientador u orientadora; d) el acompañamiento en procedimientos; y e) la orientación posterior a la IVE.

22.¿Existe un protocolo denominado como “feticidio” para la realización de interrupciones de embarazo de más de 24 semanas de gestación con feto vivo?

Resaltó el ministerio que la sentencia C-355 de 2006 no impuso un límite de edad gestacional para la práctica del procedimiento para la interrupción voluntaria del embarazo. Anotó que la “*expresión ‘feticidio’ se atenderá bajo*

332

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/S-M-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf>

333

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/S-M-IVE-Atencion-baja-complejidad.pdf>

334

<https://srhr.org/abortion-policies/documents/countries/18-Colombia-Health-sector-protocol-on-post-abortion-care-and-complications-Ministry-of-health-2014.pdf>

el entendido de asociarla a procedimientos para la Interrupción Voluntaria del Embarazo y en el marco de lo previsto por dicha Sentencia, fuera de esa consideración, se menciona enfáticamente que el sistema de salud colombiano no prevé que la inducción de la muerte fetal conlleve un procedimiento en sí mismo o una finalidad distinta que la de garantizar el derecho fundamental de la mujeres a interrumpir un embarazo”.

Informó que el documento “*Prevención del Aborto Inseguro en Colombia Protocolo para el Sector Salud*” dispone que “*Cuando se utilizan medicamentos para la terminación del embarazo en edades gestacionales que superen las 23 semanas, debe aplicarse antes de iniciar el procedimiento una inyección intracardiaca o en el cordón umbilical de cloruro de potasio o intraamniotica/intrafetal de digoxina, para evitar la viabilidad al momento de la expulsión ya que con un producto vivo como resultado final, no se considera una IVE (Pág. 63)”.*

Por su parte, la guía expedida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) “*Aborto sin riesgos: Guía técnica y de Políticas para Sistemas de Salud, Segunda edición*” (2012) indica que: “*Cuando se utilizan métodos médicos de aborto después de las 20 semanas de gestación, debe considerarse la inducción de la muerte fetal antes del procedimiento. Entre los regímenes utilizados frecuentemente previo al procedimiento para inducir la muerte del feto se incluyen: la Inyección de cloruro de potasio (KCl) a través del cordón umbilical o en las cavidades cardíacas del feto y la Inyección intraamniótica o intrafetal de digoxina”.*

Según lo expuesto por el ministerio, las orientaciones de la OMS para estos procedimientos indican que se debe realizar la “*inducción a la muerte fetal previa a la realización del procedimiento de IVE, ya que los métodos médicos modernos, como la combinación de regímenes de mifepristona y misoprostol o misoprostol solo, no produce directamente la muerte fetal; y la incidencia de sobrevida transitoria del feto después de la expulsión está relacionada con el aumento de la edad gestacional lo que conlleva el uso de cuidados críticos no justificados en el contexto de la IVE”.*

Posteriormente, “*para la expulsión de óbito fetal posterior a la administración de algunos de los métodos de inducción a la muerte fetal antes mencionados, se requiere un servicio obstétrico de mediana o alta complejidad habilitado y que la atención de dicho expulsivo o la realización de operación cesárea, según sea el caso, se realice de forma inmediata, en la misma institución que adelantó el procedimiento de IMF (si tiene habilitado el servicio obstétrico de mediana o alta complejidad) o mediante el proceso de referencia y contra referencia, caso en el que deberá conocer con anticipación la red de atención disponible por cada Entidad Administradora de Planes de Beneficios”.*

Destacó que las sentencias T-584 de 2010 y T-731 de 2016, impusieron la obligación a todas las EPS e IPS a garantizar el servicio de IVE, sean estas públicas, privadas, laicas y/o confesionales.

Finalmente, hizo referencia a la Resolución 05171 de 2017 el Ministerio de Salud y Protección Social estableció la clasificación única de procedimientos en salud y tiene como finalidad cumplir con los principios de interoperabilidad y de estandarización, ajustar los procedimientos acuerdo con la práctica clínica actual y las necesidades de salud del país y contribuir al uso de un lenguaje homogéneo entre los diferentes actores del sistema de salud en la realización de procedimientos en salud, tratándose de procedimientos que se puedan realizar para la IVE, señala los siguientes:

Procedimiento	Código CUPS	Descripción del procedimiento
Quirúrgico	750301	Evacuación uterina para terminación del embarazo por dilatación y curetaje
Quirúrgico	750302	Evacuación uterina para terminación del embarazo por aspiración al vacío
Quirúrgico	751201	Amnioreducción
Quirúrgico	753719	Cardiointerferencia fetal
Quirúrgico	753733	Punción fetal
Quirúrgico	753734	Reducción embrionaria
Quirúrgico	750101	Legrado uterino obstétrico posparto o posaborto por dilatación y curetaje
Quirúrgico	750105	Legrado uterino obstétrico posparto o posaborto por aspiración al vacío
Médico	750303	Evaluación uterina para terminación del embarazo por otros métodos

De lo expuesto, los procedimientos amnioreducción, cardiointerferencia fetal, punción fetal y reducción embrionaria, inducen la muerte fetal como procedimiento previo a la IVE en gestaciones de más de 20 semanas.

B. Sobre el diagnóstico “afecto reactivo ansioso depresivo” y su relación con el estado de gestación

Mediante auto del 24 de abril de 2018³³⁵, la Corte solicitó a la Asociación Colombiana de Psiquiatría, el Colegio Colombiano de Psicólogos, la Asociación Colombiana de Psicoanálisis, y la Sociedad Colombiana de Psicología, que dentro del ámbito de su experticia respondieran once (11) preguntas relacionadas con la enfermedad “*afecto reactivo ansioso depresivo*” diagnosticada a la accionante.

³³⁵ Ver folios 68 al 70 del cuaderno principal.

1. ¿Existe una clasificación de los tipos de depresión y de ser así, cuál o cuáles implican síntomas que puedan considerarse como un riesgo para la vida de la paciente?

El **Colegio Colombiano de Psicólogos** aclaró que para la psicología clínica, *“cada persona es una entidad particular, cuyo comportamiento es multicausado”*, por lo tanto, un evento como el aborto *“puede afectar de forma diferente a distintas mujeres”*.

Afirmó que sí existe una clasificación. Expuso que *“los dos sistemas nosológicos que más se utilizan a nivel mundial son: la Clasificación Internacional de Enfermedades, 10ª Edición (CIE.10) de la Organización Mundial de la Salud y el Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, 5ª Edición (DSM-V), de la Asociación Americana de Psiquiatría. Las dos formas de clasificación, el DSM-V y la CIE-10, describen los síntomas depresivos en escalas de menor a mayor gravedad. La Depresión Mayor se caracteriza por experimentar estado de ánimo deprimido la mayor parte del día, disminución importante del interés o el placer por todas o casi todas las actividades la mayor parte del día, pérdida importante de peso sin hacer dieta o aumento de peso o disminución o aumento de apetito, insomnio o hipersomnia, agitación o retraso psicomotor, fatiga o pérdida de energía, sentimiento de inutilidad o culpabilidad excesiva o inapropiada, disminución de la capacidad para pensar o concretar o para tomar decisiones, pensamientos de muerte recurrentes, ideas suicidas recurrentes sin un plan determinado, intento de suicidio o un plan específico para llevarlo a cabo, por lo cual puede representar un mayor nivel de riesgo para la vida”*.

Por su parte, la **Asociación Colombiana de Facultades de Psicología** manifestó que acorde con el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, para diagnosticar el *trastorno de depresión mayor* primero se debe identificar la gravedad/curso en donde se encuentra: leve, moderado, grave, con características psicóticas, en remisión parcial, en remisión total y no especificado. Luego se debe determinar si es: episodio único o episodio recurrente. También se debe especificar el tipo de depresión que presenta en el momento la paciente, en donde se evidencia la caracterización propia del trastorno como lo es con: ansiedad, características mixtas, características melancólicas, características atípicas, características psicóticas congruentes con el estado de ánimo, catatonia, el inicio en el periparto y el patrón estacional.

Para diagnosticar el *Trastorno Depresivo Persistente (Distimia)* se debe determinar si es con: ansiedad, características mixtas, características melancólicas, características atípicas, características psicóticas congruentes con el estado de ánimo, catatonia, el inicio en el periparto. Luego se debe identificar si es remisión parcial o total. Además si es inicio temprano o inicio tardío. De allí especificar si es con: síndrome distinto puro, episodio de depresión mayor persistente, episodios intermitentes de depresión mayor, con

episodio actual o con episodios intermitentes de depresión mayor, sin episodio actual. Finalmente, determinar la gravedad: si es leve, moderado o grave.

También identificó el *Trastorno Depresivo Inducido por una Sustancia/medicamento*; *Trastorno Depresivo debido a otra Afección Médica*; otro *Trastorno Depresivo Especificado*; y otro *Trastorno Depresivo No Específico*.

Explicó lo anterior de la siguiente manera:

“De acuerdo con lo anterior, el especificador de mayor riesgo y al que se debe otorgar mayor atención es aquella depresión que se encuentra cursando con ansiedad y aquella con características mixtas. Lo anterior, debido a que los altos grados de ansiedad se han asociado a mayor riesgo de suicidio, prolongación de la enfermedad y mayor probabilidad de falta de respuesta al tratamiento. Es allí donde se debe tener muy claro la gravedad del trastorno ya que entre más grave (mayor presencia de síntomas, mayor agitación motora y síntomas psicóticos) es el trastorno, mayor probabilidad de intento de suicidio y daño clínicamente significativo en la vida de la paciente.

La presencia de Trastorno Depresivo con especificador de inicio en el periparto también se encuentra dentro de los trastornos en donde dependiendo de la gravedad de los síntomas y la interferencia en las áreas de ajuste de la persona, puede poner en riesgo la vida de la paciente y del feto o bebé en su defecto”.

La **Asociación Colombiana de Psiquiatría** comenzó su intervención aclarando que, según lo obrante en el expediente, *“para el momento en el que se profirió la orden médica, a saber, ASPIRACIÓN AL VACÍO DEL ÚTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO, la accionante se encontraba dentro del primer trimestre”*. Por lo tanto, el auto del 24 de abril no es consistente con los hechos relatados en el escrito de tutela, por cuanto en el numeral 8, la Magistrada sustanciadora indica que la detección fue realizada en la semana 20.

Aseguró que someter a la accionante a trasladarse por tres instituciones distintas y a un régimen burocrático con ocasión de las disposiciones jurídicas, *“se constituye en un itinerario terapéutico-burocrático extenso, que ha sido descrito en la literatura científica con las consecuencias para la salud mental que tiene dilatar la intervención indicada clínicamente”*.

A su juicio, existe una clara asociación entre un cuadro con síntomas de ansiedad y depresión, como el descrito por el Doctor Oscar Ardila González, con la prolongación del embarazo. Sin embargo, aclaró que dicho diagnóstico *“no afecta la capacidad para decidir la finalización del embarazo”*. Afirmó que *“es claro que esta situación -la 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”.

Con relación a la pregunta específica informó que la clasificación oficial en Colombia es el CIE-10 y contempla en su apartado F32 los trastornos depresivos y en su apartado F41.2 el trastorno ansioso-depresivo (CIE10). Esta clasificación se divide según la severidad en leve, moderado y severo, y puede estar o no asociada a síntomas psicóticos.

Es grave cuando se presenta ánimo depresivo, pérdida de interés y de la capacidad de disfrutar y, por lo menos, cuatro de los siguientes síntomas con intensidad grave: a) disminución de la atención y concentración; b) pérdida de la confianza en sí mismo y sentimientos de inferioridad; e) ideas de culpa y de ser inútil (incluso en los episodios leves); d) una perspectiva sombría del futuro; e) pensamientos y actos suicidas o de autoagresiones; f) trastornos del sueño; y/o g) pérdida del apetito.

El episodio depresivo debe durar normalmente, por lo menos, dos semanas, *“pero si los síntomas son particularmente graves y de inicio muy rápido puede estar justificado hacer el diagnóstico con una duración menor de dos semanas”*, para ello es necesario observar el compromiso de la funcionalidad respecto de la *“afectación de su actividad laboral, social o doméstica más allá de un grado muy limitado”*. Afirmó que *“la consecuencia más grave es el suicidio materno”*.

Al respecto, informó que el suicidio es el responsable del 20% de las muertes maternas durante el primer año posparto, también pueden aparecer ideas de hacer daño al bebé llegando al filicidio, principalmente en los casos de psicosis puerperal o en depresión con síntomas psicóticos. En el 70% de los casos de filicidio, la mujer ha tenido algún tipo de trastorno mental.

Para la asociación, *“en cualquier caso, se pueden presentar síntomas graves que pongan en riesgo la vida de la paciente, aunque la recomendación es privilegiar en casos graves el diagnóstico de un Trastorno depresivo o uno de ansiedad. Si se trata de un cambio biográfico significativo o un acontecimiento vital estresante, se debe considerar el apartado F43 Reacciones a estrés grave y trastornos de adaptación”*.

Respecto a la evaluación del riesgo para la salud, *“a pesar de que la literatura epidemiológica y médica utiliza medidas de riesgo poblacional, la evaluación del riesgo para la salud debe ser siempre individual y considerar aspectos subjetivos de la mujer y de su contexto. El riesgo en este caso es la posibilidad o probabilidad de daño a la salud, al bienestar y al proyecto de vida. Ante la duda de la existencia de riesgo, debe considerarse que este riesgo existe. No debe homologarse peligro a daño inminente”*.

La **Sociedad Colombiana de Psicoanálisis** conceptuó que los trastornos depresivos se clasifican en “*Trastorno depresivo persistente (distimia), Trastorno de desregulación destructiva del estado de ánimo, Trastorno Depresivo mayor, Trastorno disfórico premenstrual, Trastorno depresivo inducido por una sustancia/medicamento, Trastorno depresivo debido a otra afección médica, Trastorno depresivo no especificado, Trastorno de adaptación con ánimo triste*”. Los síntomas de alarma se relacionan con las ideas o conductas suicidas, el insomnio, anhedonia y la pérdida del apetito.

2. ¿Puede considerarse que los síntomas de depresión o ansiedad de la madre durante el embarazo o en la etapa post parto son comunes?

En concepto del **Colegio Colombiano de Psicólogos** “*de acuerdo con estudios epidemiológicos, la prevalencia de depresión mayor y menos combinadas es de 11% en el primer trimestre del embarazo, y 8.5% en el segundo y tercer trimestre*”³³⁶. Aclaró que “*la intensidad y el grado de interferencia, ya que puede haber síntomas aislados de ansiedad y depresión, que son comunes, mientras que la presencia de los trastornos de ansiedad y depresión están relacionados con vulnerabilidades personales y con factores de estrés ambiental, así como por la posibilidad de anormalidades en la gestación, mientras que la sintomatología de la depresión es común en los primeros tres meses de gestación*”³³⁷.

Para la **Asociación Colombiana de Facultades de Psicología** los episodios del estado de ánimo o la presencia de los síntomas pueden iniciar durante el embarazo o en el posparto. Del 3 al 6% de las mujeres experimentan un episodio de depresión mayor durante el embarazo o en las semanas o meses después del parto. El 50% de los episodios de depresión mayor “*posparto*” comienzan realmente antes del parto, estos episodios se denominan colectivamente “*episodios de periparto*”. Las mujeres con episodios de depresión mayor en el periparto con frecuencia sufren de ansiedad grave e incluso ataques de pánico. Los síntomas del estado de ánimo y de ansiedad durante el embarazo, y el desánimo puerperal, aumentan el riesgo de un episodio de depresión mayor después del parto.

En la misma línea, los episodios del estado de ánimo (de depresión mayor o maníacos) en el posparto, con características psicóticas se producen en un número de partos que oscilan entre 1 de cada 500 a 1 de cada 1000 partos y pueden ser más frecuentes en primípara. El riesgo de episodios posparto con características psicóticas es especialmente mayor en mujeres con episodios del estado de ánimo posparto anteriores, pero también es elevado en pacientes con antecedentes de un trastorno depresivo o bipolar y en las que tienen antecedentes familiares de trastorno bipolares.

³³⁶ Gaynes, & Lohr, 2005.

³³⁷ Gotbil, Whiffen, Mount, 2005; Liewellyn, Stowe y Nemeroff, 1997; Benner y col., 2004.

En concepto de la **Asociación Colombiana de Psiquiatría**, los síntomas de depresión o ansiedad de la madre durante el embarazo o en la etapa post parto sí son comunes. Al respecto ofreció las siguientes estadísticas:

“Los trastornos mentales perinatales alcanzan una prevalencia alrededor del 25% en Estados Unidos de Norteamérica. Según un meta análisis realizado en países de media y baja renta encontró que la prevalencia puntual de los trastornos mentales comunes no psicóticos (depresión y ansiedad) alcanzó un 15.6% durante el embarazo y 19.8% durante el postparto. Existe un estudio realizado en países de renta alta que estima que la prevalencia puntual del trastorno depresivo mayor es de entre el 3.1% y el 4.9% durante el embarazo y el 4.7% en los primeros 3 meses posteriores al parto. La prevalencia puntual, incluida la depresión menor, se estimó en hasta 11% en el embarazo y 13% en los primeros 3 meses postparto (las tasas de prevalencia son 18,4% y 19,2%, respectivamente)”.

Sin embargo, aclaró que estas estadísticas se refieren a embarazos en general y no al caso específico planteado en el proceso de tutela. Para lo cual resulta necesario *“considerar las afectaciones emocionales y para la salud mental que se encuentran asociadas con la prolongación innecesaria de un embarazo en el que se ha indicado de manera explícita su interrupción”*.

Para la **Sociedad Colombiana de Psicoanálisis** el embarazo no es considerado una condición patológica, sin embargo, es frecuente encontrar cuadros de ansiedad asociados al estado de gestación, *“los estudios reportan una frecuencia que oscila entre el 25% y el 45% de asociación”*.

3. ¿En qué medida o porcentaje el embarazo puede afectar la salud mental de la madre gestante? Y en ese sentido, ¿Cómo se diferencia una afectación grave de la vida psíquica de la madre, de aquellas alteraciones que pueden resultar regulares durante el embarazo o post parto?

Con relación a la primera cuestión, el **Colegio Colombiano de Psicólogos** informó que *“un embarazo conlleva cambios de estilo de vida y rutinas, en las relaciones interpersonales, así como cambios hormonales que influyen directamente en el estado emocional de la madre gestante, lo que implica que el periodo del embarazo requiere ajustes a distintos estresores y se constituye en una etapa de vulnerabilidad para la mujer. La evidencia permite reconocer que los cambios hormonales asociados a los ciclos reproductivos incrementan el riesgo de padecer algún trastorno del estado de ánimo, especialmente el trastorno depresivo³³⁸. Por otro lado, el primer episodio depresivo de algunas mujeres se da durante el embarazo, mientras que en mujeres con antecedentes*

³³⁸ (Parry, 2001).

depresivos, se presenta mayor riesgo para una recurrencia o exacerbación de dicho trastorno³³⁹. Sin embargo, el nivel de afectación está directamente relacionado con factores de riesgo biológicos tales como historial de enfermedades psiquiátrica en la familia, así como en habilidades de afrontamiento, antecedentes de trastorno de ansiedad o depresión de la mujer en estado de gestación”.

Identificó otros factores que contribuyen a comprender que el embarazo puede afectar la salud mental de la mujer asociados con factores de riesgo psicológicos y sociales, como lo es, *“la edad temprana del embarazo, la maternidad en mujeres solteras o sin pareja, el limitado apoyo social y afectivo, el embarazo no planeado, la historia de abuso durante la infancia, las situaciones económicas precarias y en general todas aquellas situaciones que hacen percibir a la madre un panorama poco favorecedor para la crianza”³⁴⁰.*

Respecto de la segunda pregunta, señaló que *“el criterio establecido por los sistemas nosológicos arriba referenciados, tienen que ver con la intensidad y persistencia de los síntomas, así como con el nivel de interferencia en el funcionamiento cotidiano, los cuales se determinan a través de una cuidadosa evaluación psicológica o psiquiátrica con el fin de evaluar de riesgo para la salud mental”.*

La Asociación Colombiana de Facultades de Psicología no recomienda dar un porcentaje exacto con respecto a cómo el embarazo puede afectar la salud mental de la madre gestante debido a que en cada caso la situación puede ser completamente diferente; sin embargo, en algunas investigaciones han logrado reportar que de 10 a 15 de cada 100 mujeres embarazadas se puede presentar afectación.

Si hay presencia de los siguientes factores se debe prestar mayor atención a la madre: presencia de situaciones estresantes, cambios corporales durante el embarazo que le generen a la paciente malestar emocional, presencia de antecedentes de trastorno mental, embarazo no deseado, baja red de apoyo y/o baja regulación emocional.

Para la asociación, la mayor diferencia entre una afectación grave a aquellas alteraciones que pueden ser regulares en el embarazo es el grado de interferencia que está generando la situación en la vida de la paciente (malestar clínicamente significativo o deterioro significativo en las áreas de ajuste de la paciente como familiar, social, laboral, afectivo, sexual y personal).

³³⁹ (Contreras, Mori-Qispe, Lam-figueroa, & Luna-Praetorius, 2011).

³⁴⁰ (Ryan D, Milis L, Misti N. 2005).

La **Asociación Colombiana de Psiquiatría** informó que *“durante el embarazo hay cambios fisiológicos a nivel neurohormonal (disminución estrógenos, progesterona, y más adelante disminución de prolactina) e inflamatorios (aumento de interleukina-6) que pueden precipitar la aparición de síntomas depresivos y ansiosos en algunas mujeres”*. En este sentido, existe evidencia de los efectos desestabilizadores del estado de ánimo debido a los esteroides gonadales, en mujeres con antecedentes de enfermedad mental. Sin embargo, *“los datos son contradictorios en personas sin enfermedad mental previa”*.

Con respecto a la segunda pregunta, en las dos primeras semanas posparto *“las mujeres pueden experimentar algunos síntomas depresivos leves conocidos como ‘baby blues’ los cuales son considerados normales (se explica por los cambios hormonales), ceden espontáneamente, y no requiere tratamiento farmacológico. Si los síntomas se prolongan por un periodo más largo o son severos, ya podría indicar una posible depresión posparto”*.

La afectación de la vida psíquica de la madre se debe evaluar a la luz de cada caso específico, diferenciando los embarazos normales de aquellos que no se desean continuar. *“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”*.

Para la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis las complicaciones a la vida psíquica de la madre pueden ser consecuencia de *“aspectos antes no evidenciados en la madre. Las afecciones maternas independientes al embarazo se diferencian de las ocasionadas durante el embarazo, en tanto que las primeras ya presentarían síntomas previos a la gestación”*. Los síntomas varían según la patología base, pueden ser: *“ansiedad, pobre tolerancia a la frustración, pobre patrón de relaciones objetales”*.

4. ¿Cuáles son los principales factores desencadenantes de un trastorno ansioso-depresivo en una mujer embarazada?

El Colegio Colombiano de Psicólogos considera que los cambios hormonales durante el ciclo menstrual y el embarazo en sí mismo, hacen susceptibles a las mujeres de presentar trastornos emocionales especialmente en los tres primeros meses, por lo tanto, la depresión y la ansiedad podría estar presente en mujeres en estado de gestación.

Los factores desencadenantes pueden variar en cada caso. Por ejemplo, la incertidumbre sobre el curso o resultados del embarazo pueden desencadenar mayores reacciones de ansiedad, y la sensación de falta de control o la preocupación sobre posibles efectos negativos pueden exacerbar reacciones depresivas. Por lo tanto, no se podría afirmar que existen factores

desencadenantes de los trastornos ansioso-depresivos en todas las mujeres en estado de gestación.

De las variables intervinientes: biológicas, psicológicas, sociales y culturales, las más relevantes son las sociales y las culturales. Algunos estudios afirman que *“las mujeres que realizan actividad fuera del hogar tienen aproximadamente tres veces más riesgo de presentar depresión en el embarazo”*. También se puede presentar depresión cuando las mujeres tienen antecedentes de aborto y algún grado de disfunción familiar. Estadísticamente, la ansiedad está presente en el 50.5% y la depresión en el 67% de las mujeres embarazadas. La edad de las madres gestantes también es un elemento relevante en las causas de estas enfermedades.

Para la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología los factores de mayor prevalencia en el desarrollo de un trastorno ansioso-depresivo en una mujer embarazada son: presentar antecedentes de algún trastorno psiquiátrico previo al embarazo, embarazo no deseado, falta de tratamiento a algún trastorno mental, presencia de algún acontecimiento estresante en la vida que sobrepase las estrategias de afrontamiento de la paciente, percepción del embarazo como desbordante o problemático en su vida, presentar un diagnóstico de enfermedad del feto, baja regulación emocional, estrategias de afrontamiento no adaptativas para la situación que presenta, pobre red de apoyo y/o baja capacidad socioeconómica.

La **Asociación Colombiana de Psiquiatría** afirmó que no existen desencadenantes absolutos para un trastorno. Aunque sí existen factores que permiten evaluar el riesgo (probabilidad) de que una madre presente síntomas depresivos durante el embarazo o el posparto.

- “• *Factores genéticos: Los estudios encuentran una agrupación familiar y una heredabilidad del 25%*
- *Factores de riesgo sociales: Estatus socioeconómico bajo, Antecedente de exposición al trauma (principalmente abuso sexual en la infancia), violencia doméstica, estar en situación de inmigrante, pobre relación y apoyo social, no haber tenido una intención reproductiva.*
- *Factores psicológicos: Rasgos de personalidad mal adaptativos con un alto nivel neuroticismo, antecedente de enfermedad mental previa como: depresión, ansiedad, trastorno de estrés postraumático, abuso de sustancias*
- *Factores de riesgo biológico: Edad materna (Más común en madres adolescentes), complicaciones del embarazo y parto (bebés prematuros, bebés con bajo peso al nacer o con malformaciones) que requieren manejo en unidad de cuidados intensivos neonatal, complicaciones en el posparto (dificultades en la lactancia, bebés con llanto prolongado)”*.

Ahora bien, en cuanto al trastorno ansioso depresivo, el CIE 10 plantea: *“Este tipo de enfermos con mezcla de síntomas comparativamente leves se ve con*

frecuencia en atención primaria y su prevalencia es aún mayor en la población general, pero la mayoría de los afectados rara vez demandan cuidados médicos o psiquiátricos”.

Para la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis los factores son *“los embarazos no deseados, pobre red de apoyo, patología en el neonato o en la madre, alteraciones en la identificación con la figura materna”.*

5. ¿El embarazo de un feto diagnosticado con posibles alteraciones en el desarrollo neuronal, es considerado como una situación de alto riesgo para la vida o la salud mental de la madre?

El Colegio Colombiano de Psicólogos se abstuvo de responder la cuestión relacionada con el riesgo para la vida de la madre. Respecto de las consecuencias en la salud mental de la madre, respondió de manera afirmativa. Reiteró que *“el solo embarazo constituye riesgo para la salud mental de la mujer gestante como consecuencia de los factores ya mencionado, los cuales se potencian cuando se le suma el hecho de que el feto ha sido diagnosticado con alteraciones en el desarrollo neuronal, o cualquier otro diagnóstico que posibilite la anormalidad del neonato o su inviabilidad”.*

La Asociación Colombiana de Facultades de Psicología considera no tener la experticia para dar un concepto sólidamente fundamentado. Ahora bien, sí 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”* de la mujer. *“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 esta 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”.*

Según estudios, luego de recibir este tipo de diagnósticos la presencia de la negación es de un 70% de las gestantes y depresión de un 24%. *“Esta diferencia se debe a que algunas madres conservan la negación hasta que llega el consentimiento final de interrumpirse o no el embarazo, otras lo que experimentan desde que se les realiza el diagnóstico hasta la decisión final, es la depresión, factor que puede empeorar el bienestar emocional y de sus áreas de ajuste e inclusive poner en riesgo su vida”.*

La Asociación Colombiana de Psiquiatría respondió de manera afirmativa. Acorde con los estudios expuestos, una malformación fetal es un factor de riesgo para desarrollar depresión posparto. En promedio, a una mujer con depresión posparto le toma 49 semanas alcanzar la remisión de los síntomas depresivos. Estadísticamente, *“de las mujeres que desarrollan una depresión*

posparto, el 56% de los casos los síntomas se prolongan hasta 1 año posparto, y hay un 10% que se prolonga incluso más allá de 2 años”.

Resaltó que las consecuencias de una mujer con depresión perinatal son graves, ya que generan implicaciones negativas directas sobre (i) el embarazo (parto pre- término, bajo peso al nacer, restricción del crecimiento intrauterino), (ii) el desarrollo del niño (desnutrición, mayor número de enfermedades infecciosas, diarrea, riesgo de no completar esquema de vacunación, menor desarrollo físico cognitivo, social, comportamental y emocional), (iii) la relación de pareja (5% de los padres experimentan depresión en el periodo perinatal), (iv) la familia y (v) la sociedad.

Entre otras cosas, *“en un estudio realizado en el 2018 se encontró que los niños de mujeres con depresión persistente y severa están en mayor riesgo de problemas de conducta a la edad de 35 años, así como menor rendimiento académico y depresión durante la adolescencia”.* Además, según este mismo estudio, *“es probable que las mujeres con depresión posnatal experimenten síntomas depresivos significativos hasta al menos 11 años después del parto”.*

Por tanto, el diagnóstico implica un evento estresante grave, es un riesgo que se incrementa con el paso del tiempo y en la medida que el contexto contribuya a ello. Adicionalmente y como en el caso de las víctimas de otros eventos estresores graves, se debe contemplar las consecuencias a largo plazo y la sobrevivencia de *trastorno de estrés postraumático (F43.1)* o de *trastorno depresivos recurrentes (F33)*.

Para la **Sociedad Colombiana de Psicoanálisis** *“dicho diagnóstico constituye una situación adversa y generadora de ansiedad, cuyo grado de afectación en la madre dependerá de su personalidad previa”.*

6. ¿El aborto inducido de un feto de más de 24 semanas de gestación, puede generar en la madre síntomas de ansiedad y depresión? ¿Qué tan grave puede llegar a ser la depresión causada por un aborto inducido?

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”.*

Mostró un estudio longitudinal prospectivo a 5 años, en el que examinaron las trayectorias psicológicas en un grupo de 956 mujeres a las que se les practicó el aborto por estar dentro del límite gestacional y a mujeres a las que se les negó el aborto por encontrarse fuera del límite gestacional, *“los resultados indicaron que las mujeres a las que se les negó el aborto mostraron mayores síntomas de ansiedad, menores niveles de autoestima y calidad de vida y*

niveles comparables de depresión en comparación con el grupo de mujeres a quienes se les permitió el aborto”.

Aclaró que los estudios referidos no incluyeron mujeres con embarazos de alta probabilidad de anomalías, en cuyo caso se podría esperar una mayor probabilidad de problemas de ansiedad o depresión en caso de no permitirse la interrupción del embarazo.

Los trastornos de personalidad y los factores sociodemográficos también han sido considerados como factores que desatan trastornos mentales. La planificación del embarazo también resulta relevante, mujeres con un embarazo accidental tienen mayores síntomas psiquiátricos con el embarazo.

Respecto de la gravedad del diagnóstico depresivo, aseguró que *“no es posible emitir una respuesta exacta, pero si afirmar que la gravedad estará en directa proporción a las características individuales de la mujer gestante, tales como su historia de vida, las circunstancias propias de la gestación y el embarazo, edad, el nivel educativo de la mujer, la presencia o no de alteración emocionales previas a la gestación, que, aunque fueran poco frecuentes, el apoyo familiar, social, psicológico e incluso espiritual, así como si cuenta o no con asistencia médica”.*

Para la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología es necesario realizar una evaluación psicológica a fondo de la madre, debido a que ellas pasan por tres fases: negación, depresión y aceptación. Durante la etapa de negación la gestante no está preparada para asumir el diagnóstico del defecto neurológico fetal, la mayoría prefiere conservar la esperanza, pensar en que es un gran error. En la fase de depresión pueden aparecer sentimientos de culpa, falta de energía, de interés, llanto frecuente, incapacidad para tomar decisiones claras, es un sentimiento general de melancolía. En la aceptación, cuando luego de recibir información decide realizar el aborto hay presencia de un nivel de racionalización tanto de las familias donde el consentimiento de los otros y de la pareja juega un papel fundamental, lo que conlleva a mayor bienestar emocional.

Así las cosas, son los factores protectores los que permiten que las pacientes luego de realizarles un aborto inducido no desencadenan estos síntomas, tiene que ver con el hecho de tener estrategias de afrontamiento adoptivas, presentar regulación emocional, tener una fuerte red de apoyo, contar con el soporte de sus seres más cercanos y estar informada adecuadamente de la situación.

La **Asociación Colombiana de Psiquiatría** considera que prolongar un embarazo en el que se sugiere su 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”.* Respecto de la segunda pregunta su respuesta depende de cada caso. *“Sin embargo, para personas que lo solicitan y en*

quienes está indicado es de esperar que sea terapéutico y protector de su salud y salud mental a corto y largo plazo”.

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*” de la madre.

7. ¿El diagnóstico: afecto reactivo ansioso depresivo debe considerarse como un riesgo grave para la vida de la madre o para su salud mental?

El **Colegio Colombiano de Psicólogos** aclaró que “*el diagnóstico de afecto reactivo ansioso depresivo no corresponde a ninguno de los sistemas de clasificación vigentes, ya que los sistemas actuales describen conjuntos de síntomas pero no factores etiológicos. Sin embargo, un diagnóstico de Trastorno de Ansiedad o de Trastorno Depresivo Mayor, es en sí un problema de salud mental, no un factor de riesgo grave, ya que los factores de riesgo son los que aumentan las probabilidades de un trastorno mental, lo cual es irrelevante cuando el trastorno en sí está diagnosticado*”.

Nuevamente se abstuvo de responder la cuestión relacionada con el riesgo para la vida de la madre.

Aseguró que “*el diagnóstico ‘afecto reactivo ansioso depresivo’ (sic) en sí mismo, implica riesgo para la salud mental de la madre gestante. Este diagnóstico debe contextualizarse con sus características individuales, así como con la identificación de recursos de afrontamiento, de resiliencia y redes de apoyo con las que se cuentan, en tanto que el sufrimiento causado por el diagnóstico puede ser aliviado si se genera un espacio de atención interdisciplinar, incluso espiritual, para acompañar a la mujer gestante que ha recibido dicho diagnóstico*”.

Así las cosas, el riesgo vital “*estaría asociado a que, derivado del diagnóstico de depresión, la mujer gestante no solo presente ideación suicida, sino que estructure un comportamiento suicida producto del sufrimiento que está experimentando*”.

Para la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología “*únicamente el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo no es un indicador concluyente de bienestar o no de la paciente, debido a que solamente está reportado una parte de los diferentes aspectos que se deben tener en cuenta para considerar si hay riesgo o no en la vida de la paciente y su salud mental. Por lo tanto, se recomienda generar una evaluación psicológica, en la cual se identifique que tanta interferencia, está generando la situación en la vida de la paciente, con que estrategias de afrontamiento cuenta en el momento, si hay presencia de otros síntomas característicos para el diagnóstico de algún trastorno mental, que predomina más en la paciente si ansiedad o depresión, si hay presencia*

de ideas o planes de muerte y que percepción tiene de la situación por la que está pasando”.

La **Asociación Colombiana de Psiquiatría** aseguró que *“el afecto reactivo depresivo ansioso no es un diagnóstico, es una descripción semiológica”*. Es importante considerar *“la gravedad de los síntomas y de acuerdo con ellos puede poner en riesgo grave la vida de la paciente. También puede poner en riesgo su salud mental. La reacción a estrés agudo (F43) de no ser tratada de manera adecuada, evitando el estresor - para el caso, prolongar un embarazo que se desea interrumpir puede llevar a cuadros subsiguientes y complicaciones en salud, anotados en la respuesta 5”*.

La **Sociedad Colombiana de Psicoanálisis** conceptuó que *“en caso de efectuar un diagnóstico de Trastorno de Adaptación y que los factores desencadenantes persistan o no se corrijan pueden generar afecciones más graves como episodios disociativos, psicóticos o de estrés post traumático”*.

8. ¿Cuáles son los criterios de evaluación para establecer que un trastorno ansioso-depresivo pueda considerarse como un riesgo a la vida, o una afectación grave a la salud mental de la madre gestante?

Para el Colegio Colombiano de Psicólogos además de las entrevistas clínicas estructuradas de diagnóstico y los cuestionarios de tamizaje de depresión se debe tener en cuenta criterios como pérdida de peso, alteraciones de la conducta social, ideas, planes, gestos e intentos suicidas o medios para concretar el suicidio como posesión de armas, medicamentos o sustancias altamente tóxicas, historia familiar de suicidio, la comorbilidad con trastornos de ansiedad, antecedentes de historia familiar de suicidio y factores sociales como vivir sola, contar con pobre red de apoyo, ser soltera, viuda, divorciada o separada.

Para la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología es indispensable que *“exista una interferencia clínicamente significativa en la vida de la paciente. Esto quiere decir que las diferentes áreas de ajuste de la paciente (familiar, social, laboral, personal y afectiva/sexual) se vean afectadas por la situación. Adicionalmente, la presencia de ideas de suicidio, sintomatología psicótica y baja regulación emocional son signos de alarma de que puede estar en riesgo la vida de la madre.*

Según la **Asociación Colombiana de Psiquiatría** para determinar la gravedad de un trastorno ansioso depresivo se utilizan los criterios diagnósticos según la clasificación CIE-10 mencionada en la primera pregunta. También hay escalas de tamizaje que se utilizan en el periodo perinatal, para detectar depresión, esta es la *Edinburgh Postnatal Depression Scale (EPDS)*. Es una medida de auto informe de 10 ítems que enfatiza en las preguntas emocionales y cognitivas presentes en la depresión, y evalúa específicamente la idea de suicidio.

De acuerdo con la clasificación CIE 10, “*Esta categoría debe usarse cuando están presentes síntomas de ansiedad y de depresión, pero ninguno de ellos predomina claramente ni tiene la intensidad suficiente como para justificar un diagnóstico por separado. Una ansiedad grave, acompañada de depresión de intensidad más leve hace que deba utilizarse cualquiera de las categorías de trastorno de ansiedad o de ansiedad fóbica. Cuando ambas series de síntomas, depresivos y ansiosos, estén presentes y sean tan graves como para justificar un diagnóstico individual deben recogerse ambos diagnósticos y no debería usarse esta categoría*”. En tal sentido y como ya se ha anotado previamente la gravedad de los síntomas depresivos y los ansiosos son los que definen el riesgo para la vida y para la salud mental. Si existe un evento estresor, la persistencia de este evento redundará en una mayor afectación a corto y largo plazo.

En concepto de la **Sociedad Colombiana de Psicoanálisis** “*además de la evaluación clínica, existe la escala de The Fear of Childbirth and Postpartum Anxiety Scale (FCPP), que evalúa la gravedad de estrés en la madre y la escala de ansiedad de Hamilton. Las escalas SAO PERSONS evalúan el riesgo de suicidio. Entre mayor puntaje las escalas, mayor es el riesgo de presentar cuadros psicopatológicos que en casos extremos pueden desembocar en suicidio o en lesiones al recién nacido*”.

- 9. ¿Cuáles son las posibilidades de éxito (estadísticamente si es posible) de los tratamientos de la depresión que regularmente puede sufrir una mujer como afecto del embarazo sin alteraciones? Y ¿Cuál es el porcentaje de éxito del tratamiento de los estados depresivos, o ansioso-depresivos respecto de mujeres en embarazo con alteraciones del feto?**

Para el Colegio Colombiano de Psicólogos los tratamientos contra la depresión en el embarazo pueden ser farmacológicos o psicológicos. Las Guías Clínicas del Instituto Nacional de Excelencia en Salud del Reino Unido determina que “*el tratamiento cognitivo-conductual se constituye en la primera línea de acción antes de considerar tratamientos farmacológicos, ya que éstos últimos pueden generar efectos secundarios en el feto*”. Sin embargo, “*hacen falta datos precisos sobre el porcentaje de éxito, ya que este depende de múltiples factores, como la adherencia, el ambiente familiar y social y la reacción a los estresores*”.

Según la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología no son concluyentes los datos, son diferentes los aspectos que se deben considerar: el tipo de tratamiento que se le brinde a la paciente, el tipo de depresión, su gravedad y la presencia de antecedentes, inclusive si se cuenta con un historial o no de trastorno de personalidad o intento de suicidio. En el caso de mujeres con embarazos con alteraciones del feto, “*las posibilidades de mejoría son mucho más bajas, debido a que la situación que desencadena la depresión -en*

este casi el diagnóstico del bebé, que es muy probable que sea el factor principal de desarrollo de la depresión o ansiedad- se encuentra presente, por lo tanto se convierte en factor de mantenimiento de la depresión y eso genera la posible cronificación de la depresión”.

Para la **Asociación Colombiana de Psiquiatría** *“es común que las mujeres no busquen ayuda para manejo de sus síntomas depresivos durante el embarazo”.* Con relación a la afectación en casos de malformación fetal indicó que no hay estudios que comparen depresión en casos de malformación vs. no malformación fetal. Sin embargo, si está demostrado que *“las mujeres con síntomas psiquiátricos que reciben tratamiento farmacológico y psicológico durante el embarazo, el bebé tiene menor riesgo de nacer pretérmino y menor riesgo tener bajo peso al nacer que las mujeres que no reciben tratamiento”.*

Reiteró la respuesta ofrecida en una pregunta anterior, *“en promedio a una mujer con depresión posparto que recibe tratamiento le toma 49 semanas alcanzar la remisión de los síntomas depresivos. De las mujeres que desarrollan una depresión posparto, el 56% de los casos los síntomas se prolongan hasta 1 año posparto, y hay un 10% que se prolonga incluso más allá de 2 años”.* Pese a lo expuesto, aclaró que *“el caso planteado no corresponde a la mayoría de los trastornos depresivos en el embarazo, ante lo cual se requiere individualizar la situación”.*

Para la **Sociedad Colombiana de Psicoanálisis** *“es importante definir qué se entiende por éxito, ya que un tratamiento busca que la persona tenga más herramientas para enfrentar su problemática, lo cual es distinto a pretender la ausencia de todo malestar.*

Si el cuadro obedece a una patología o malformación fetal la ansiedad concomitante tiende a ser más intensa que en condiciones normales lo cual disminuye las probabilidades de recuperación o mejora que con respecto a embarazos sin malformaciones”.

10.¿Desde la perspectiva psiquiátrica o psicológica, bajo qué circunstancias se considerarían que la interrupción del embarazo es una medida necesaria para evitar un grave daño a la salud mental de una madre gestante?

El Colegio Colombiano de Psicólogos manifestó que *“no hay evidencia clara sobre las condiciones que están asociadas con una alta probabilidad de un grave daño a la salud mental de la madre gestante, más cuando según la OMS, la salud mental no es solamente la ausencia de la enfermedad”.*

Para la Asociación Colombiana de Facultades de Psicología *“los factores de mayor importancia tienen que ver con el malestar clínicamente significativo que esté generando el diagnóstico del bebé en la vida de la paciente, es así como a mayor interferencia en las áreas de ajuste de la paciente y de la*

calidad de vida de la paciente hay mayor probabilidad de daño a la salud mental de la mismo, al punto tal de poder poner en riesgo la integridad física de esta. Adicionalmente, la presencia de algún trastorno mental es importante abordarlo debido a que junto con la situación del bebe podría aumentar el riesgo de bienestar de la madre”.

Según la **Asociación Colombiana de Psiquiatría** en las mujeres que tiene un riesgo alto para desarrollar estas complicaciones, que adicionalmente cursan con un trastorno mental grave y/o no desean tener un hijo, es altamente probable que no desarrollen un vínculo sano y que el embarazo precipite una crisis, que en algunos casos puede hacerse crónico. En esos casos *“la interrupción del embarazo sería terapéutica en la medida que dicho embarazo se constituya en un evento de estrés excepcional”.*

A su juicio, *“en la medida que esté indicada la interrupción (como en el caso en discusión), dilatar la intervención puede constituir una afectación mayor y en consecuencias más graves para la salud mental a corto y largo plazo”.*

En consecuencia, como Asociación Colombiana de Psiquiatría proponen *“que se busque la forma de elaborar lineamientos en los que el equipo terapéutico cuente con elementos para determinar los casos donde el embarazo generará un riesgo para la salud mental y bienestar de la madre y podría considerarse la IVE como una medida terapéutica. Lo anterior no debe generar un mayor itinerario terapéutico para las pacientes que solicitan de manera autónoma una IVE”.*

Para la **Sociedad Colombiana de Psicoanálisis** esto responde a situaciones en las cuales el tratamiento psicoterapéutico es fallido o en los que la sintomatología se incrementa hasta el punto de generar auto o hétero agresión.

11.¿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 madre?

El Colegio Colombiano de Psicólogos reiteró que *“la salud mental de la madre no es uncausada, por lo que es inadecuado afirmar que una sola variable, nacimiento de un hijo con discapacidad mental o sensorial, se considere, en sí misma, como un factor que ponga en riesgo o afecte gravemente la salud mental de la madre. Para determinar el riesgo se deben analizar las condiciones biológicas, psicológicas, sociales y culturales particulares de la madre”.* Si bien el nacimiento de un hijo en condición de discapacidad puede desencadenar alteraciones en la salud mental de la madre, la gravedad dependerá de todas las condiciones particulares de la madre, señaladas con anterioridad.

La Asociación Colombiana de Facultades de Psicología **respondió** que *“sí se puede llegar a afectar la salud mental de la madre debido a que la situación*

de salud y cognitiva de un hijo generan cambios en diferentes niveles de los padres como tal". Es importante considerar aspectos como del estatus socioeconómico, cultural, académico y de red de apoyo de la madre gestante.

Presentó un estudio según el cual la condición socioeconómica de las mujeres influye en estas cuestiones *"ya que se observa una limitación importante en la capacidad de disfrutar placer en la vida o alcanzar satisfacción en las madres con niños que presentan discapacidad"* al contar con la posibilidad de pagar a un ayudante para cuidar al niño en algún periodo del día. Informó que *"un estudio con 429 bebés con diagnósticos de discapacidad mental o sensorial de hasta 20 días de nacimiento apunta a que los hijos de mujeres con síntomas de depresión posparto asociada a la situación del bebe presenta mayor riesgo de interrupción precoz de amamantamiento materno, sugiriendo que los cuadros depresivos interfieren en el estado afectivo materno y pueden ejercer influencia en la calidad del vínculo entre la madre y el niño"*.

La **Asociación Colombiana de Psiquiatría** respondió afirmativamente. Informó que según algunos estudios *"la discapacidad mental o sensorial del bebé [es] un factor de riesgo para desarrollar depresión posparto"*. Ante la inexistencia de un vínculo entre la embarazada con el bebé en gestación o de la madre con el niño, como consecuencia de un embarazo y un parto no deseados, *"se puede poner en riesgo el bienestar de ambos"*.

En el caso concreto, se trata de un parto en el que fue ordenado un aborto inducido semanas o meses antes y la orden médica no es llevada a cabo, *"dicha situación sí puede afectar gravemente la salud mental y esperar a un parto constituirse en una reedición de la vivencia traumática de un diagnóstico catastrófico"*.

La **Sociedad Colombiana de Psicoanálisis** expuso que *"aunque el nacimiento de un hijo con discapacidad mental y/o sensorial es un factor de riesgo para el desarrollo de ansiedad, dicha condición no conlleva necesariamente a un compromiso grave de la salud mental de la madre, quedando esto sujeto a la capacidad de la madre de elaborar el duelo por dicha situación"*.

C. Sobre los derechos sexuales y reproductivos, y la procedencia de la Interrupción Voluntaria del Embarazo

Mediante autos del 08³⁴¹, 17³⁴² y 28³⁴³ de mayo, 07 de junio³⁴⁴, 26 de julio³⁴⁵, 06 de agosto³⁴⁶, 06 de septiembre³⁴⁷ de 2018, la Corte invitó a diferentes

³⁴¹ Ver folios 163 y 164 del cuaderno principal.

³⁴² Ver folios 366 y 367 del cuaderno principal.

³⁴³ Ver folios 321 y 322 del cuaderno principal.

³⁴⁴ Ver folios 406 y 407 del cuaderno principal.

³⁴⁵ Ver folio 143 del cuaderno nuevo.

entidades para que presentarán un escrito con sus argumentos sobre: (i) barreras de acceso por parte de las IPS y EPS a las mujeres a quienes se les ordena 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.

1. Organización *Women's Link Worldwide*³⁴⁸ y organización *Women Enabled International*³⁴⁹

La intervención de estas organizaciones se dividió en tres aspectos: (i) las causales de despenalización de la IVE en Colombia como núcleo duro de protección a los derechos fundamentales de las mujeres y su relación con la protección constitucional a la vida prenatal; (ii) las obligaciones del Estado colombiano frente al acceso seguro y legal al aborto en las causales, según el DIDH; (iii) el derecho a la vida en el DIDH y (iv) los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder al derecho fundamental de IVE.

En primer lugar, reiteran las hipótesis permitidas para la interrupción voluntaria del embarazo establecidas en la sentencia C-355 de 2006. Entienden que en la citada sentencia la Corte creó “*un núcleo duro de protección a los derechos fundamentales de las mujeres en materia de interrupción voluntaria del embarazo; uno que solamente puede ser ampliado por el legislador, pero no restringido*”, pues obligar a las mujeres incursas en alguna de las hipótesis planteadas, produciría una intromisión estatal que afectaría sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y de su dignidad.

Lo anterior, no constituye un desconocimiento a la protección a la vida prenatal como un valor constitucional. La misma sentencia C-355 de 2006 la Corte reconoció que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida ni es sujeto de derechos. En palabras de la Corte Constitucional “[l]a vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana”. Así las cosas en asuntos donde resulte claramente desproporcionada la sanción penal del aborto, la protección a la vida prenatal debe ceder frente a los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

³⁴⁶ Ver folio 144 del cuaderno nuevo.

³⁴⁷ Ver folios 899 y 900 del cuaderno principal.

³⁴⁸ Representada por Cristina Rosero Arteaga y Diana Patricia Bonilla Rey.

³⁴⁹ Representada por Suzannah Phillips y Juan Sebastián Jaime Pardo

Citando la sentencia C-327 de 2016, los intervinientes aseguran que limitar la IVE en las causales de la sentencia C-355 de 2006, es una carga excesiva que supone la completa anulación de los derechos fundamentales de las mujeres. Así, las hipótesis despenalizadas constituyen un mínimo de protección de los derechos de las mujeres embarazadas. Por lo tanto, *“sin importar la etapa gestacional en la que la mujer embarazada se encuentre, sus derechos fundamentales, tales como la dignidad, integridad, derecho a la salud y a la vida, entre otros, no pueden ser anulados ni desconocidos con ocasión de la protección constitucional de la vida como valor, pues ésta última se encuentra sometida a principios de proporcionalidad y razonabilidad”*.

En segundo lugar, afirman las organizaciones que acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Estado colombiano tiene la obligación de asegurar el acceso seguro y legal al aborto en ciertas circunstancias, incluyendo en los casos de malformaciones fetales. Precisamente, el bloque de inconstitucionalidad fue sustento de la sentencia C-355 de 2006 para reconocer, entre otros, *“que el feto no es una persona y no es titular de derechos”*.

Indicaron que los pronunciamientos de los órganos de tratados de la ONU se han consolidado y progresan paulatinamente, *“creando una obligación clara de avanzar en la garantía del acceso al aborto”* en condiciones seguras y legales. Así mismo, resaltaron la obligación de los Estados de remover las barreras en el acceso al aborto para garantizar el acceso al mismo. Mencionaron los siguientes pronunciamientos:

- *El Comité de Derechos Humanos (CDH) recomienda de manera frecuente a los Estados que criminalizan el aborto que modifiquen sus leyes sobre el aborto³⁵⁰ para que lo permitan en al menos las circunstancias en las que es permitido en Colombia³⁵¹.*

³⁵⁰ CDN, Observaciones finales: Argentina, párr. 13, Doc. ONU CCPR/C/ARG/C0/4 (2010); Chile, párr. 8, Doc. ONU CCPR/C/CHL/C0/5 (2007); El Salvador, párr. 10, Doc. ONU CCPR/C/SLV /C0/6 (2010); Guatemala, párr. 19, Doc. ONU CCPR/C0/72/GTM (2001); Honduras, párr. 8, Doc. ONU CCPR/C/HND/C0/1 (2006); Ireland, párr. 13, Doc. ONU CCPR/C/IRL/C0/3 (2008); Jamaica, párr. 14, Doc. ONU CCPR/C/JAM/C0/3 (2011); Kenya, párr. 14, Doc. ONU CCPR/C0/83/KEN (2005); Kuwait, párr. 9, Doc. ONU CCPR/C0/69/KWT (2000); Madagascar, párr. 8, Doc. ONU CCPR/C/MDG/C0/3 (2007); Mauritius, párr. 9, Doc. ONU CCPR/C0/83/MUS (2005); México, párr. 10, Doc. ONU CCPR/C/MEX/C0/5 (2010); Mónaco, párr. 10, Doc. ONU CCPR/C/MCO/C0/2 (2008); Morocco, párr. 29, Doc. ONU CCPR/C0/82/MAR (2004); Nicaragua, párr. 13, Doc. ONU CCPR/C/ NIC/C0/3 (2008); Paraguay, párr. 10, Doc. ONU CCPR/C/PRY jC0/2 (2006); Perú, párr. 20, Doc. ONU CCPR/C0/70/PER (2000); Poland, párr. 8, Doc. ONU CCPR/C0/82/POL (2004); Sri Lanka, párr. 12, Doc. ONU CCPR/C0/79/LKA (2003); Trinidad and Tobago, párr. 18,

- Frente a países con marcos jurídicos similares al colombiano e incluso en aquellos con legislación más flexible en el acceso al aborto, el CDH ha expresado su preocupación sobre las barreras prácticas y procedimentales, incluyendo la exigencia legal de autorizaciones de cualquier tipo para la práctica del procedimiento³⁵².

- En el caso *K.L. vs. Perú*, el CDH encontró que el Estado de Perú violó diferentes artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al negarle a una adolescente el acceso al aborto en un caso en el que el embarazo constituía riesgo para su salud. KL sabía que el feto tenía anencefalia y fue obligada a llevar el embarazo a término, generándole sufrimientos graves y depresión. En ese caso, la denegación de la práctica del aborto pudo constituir tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes³⁵³.

- En el caso *L. C. vs. Perú*, el CEDAW recomendó al Estado revisar su legislación para garantizar un acceso efectivo al aborto terapéutico para proteger la salud física y mental de las mujeres y despenalizar el aborto en casos de violación o abuso sexual. En este asunto, la había negado el acceso al aborto y posterior tratamiento médico a una adolescente de 13 años que había quedado embarazada como resultado de abusos sexuales repetidos, quien sufría depresión y riesgo de discapacidad permanente³⁵⁴.

- El anterior Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, realizó un informe donde afirma

Doc. ONU CCPR/C0/70/TTO (2000); Venezuela, párr. 19, Doc. ONU CCPR/C0/71/VEN (2001).

³⁵¹ CDN, Observaciones finales: Angola, párr. 13, Doc. ONU CCPR/C/AGO/C0/1 (2013); Chile, párr. 15, Doc. ONU CCPR/C/CHL/C0/6 (2014); Dominican Republic, párr. 15, Doc. ONU CCPR/C/DOM/C0/5 (2012); Malta, párr. 13, Doc. ONU CCPR/C/ML T jC0/2 (2014); San Marino, párr. 14, Doc. ONU CCPR/C/SMR/C0/3 (2015); Sierra Leone, párr. 14, Doc. ONU CCPR/C/SLE/C0/1 (2014); Sri Lanka, párr. 10, Doc. ONU CCPR/C/LKA/C0/5 (2014); CDN, Observaciones finales: Colombia, párr. 13, Doc. ONU CCPR/C0/80/COL (2004); Guatemala, párr. 20, Doc. ONU CCPR/C/GTM/C0/3 (2012); Ireland, párr. 9, Doc. ONU CCPR/C/IRL/C0/4 (2014); Malawi, párr. 9, Doc. ONU CCPR/C/MWI/C0/1/Add.1 (2014); Philippines, párr. 13, Doc. ONU CCPR/C/PHL/C0/4 (2012); CDN, Observaciones finales: Great Britain and Northern Ireland, párr. 17, Doc. ONU CCPR/C/GBR/C0/7 (2015); Ireland, párr.9, Doc. ONU CCPR/C/IRL/C0/4(2014).

³⁵² CDN, Observaciones finales: Argentina, párr. 14, Doc. ONU CCPR/CO /70/ ARG (2000); Bolivia, párr. 9, Doc. ONU CCPR/C/BOL/C0/3 (2013); Cameroon, párr. 13, Doc. ONU CCPR/C/CMR/C0/4 (2010); Mónaco, párr. 12, Doc. ONU CCPR/C/MCO/C0/3 (2015); Poland, párr. 12, Doc. ONU CCPR/C/POL/C0/6 (2010).

³⁵³ Comité CEDAW, Caso KL vs. Perú. Comunicación o. 1153/2003, Doc. ONU CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005).

³⁵⁴ Comité CEDAW, Caso L. C. vs. Perú. Comunicación No. 22/2009, Doc. ONU CEDAW /C/50/D/22/2009 (2011).

*que la denegación de servicios de salud, incluyendo explícitamente el aborto, constituye una grave violación de derechos humanos, lo cual puede constituir tortura o tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes*³⁵⁵.

*- En el mismo sentido, el Comité contra la Tortura (CAT) ha afirmado que la denegación del acceso al aborto puede constituir tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes cuando (i) el Estado tiene una prohibición total del aborto*³⁵⁶, *(ii) las leyes permiten el aborto solamente bajo ciertas causales*³⁵⁷ *y (iii) a pesar de una regulación que permite el acceso al aborto, el Estado falla en la garantía del acceso efectivo*³⁵⁸.

Específicamente en el caso de Colombia, los intervinientes resaltaron dos pronunciamientos donde si bien el CDH reconoce los avances con ocasión de la sentencia C-355 de 2006 expresa su preocupación por la falta de implementación para el acceso efectivo al aborto legal³⁵⁹. En este sentido, cualquier retroceso implicará el desconocimiento de diferentes tratados de derechos humanos, incluyendo el PIDCP.

En tercer lugar y teniendo en cuenta el Derecho Internacional de Derechos Humanos, las organizaciones argumentan que limitar el acceso a la IVE en las causales despenalizadas, es una violación de los derechos humanos de las mujeres. En su concepto, cualquier restricción al marco legal existente es violatorio del DIDH, que tiene el mandato de ampliar el acceso al aborto legal y seguro para salvaguardar los derechos humanos de las mujeres. Es así como en el ámbito internacional la tendencia es a derogar las leyes que criminalizan el aborto buscando un aborto seguro y disminuir la mortalidad materna.

Por una parte, el DESC ha recomendado que los Estados “*liberalicen*” sus leyes sobre el aborto³⁶⁰, como una medida o que modifiquen de otra manera sus leyes sobre el aborto para hacerlas más compatibles con los derechos de

³⁵⁵ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013, Doc. ONU A/HRC/22/53.

³⁵⁶ CAT, Observaciones finales: Nicaragua, párr. 16, Doc. ONU CAT /C/N IC/C0/1 (2009).

³⁵⁷ CAT, Observaciones finales: Paraguay, párr. 22, Doc. ONU CAT /C/PRY /C0/4-6 (2011).

³⁵⁸ Luisa Cabal y Amanda McRae, Torture or Ill-Treatment in Reproductive Health Care: A Form of Gender Discrimination, EN: Torture in Health Care Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture's 2013 Thematic Report, Center For Human Rights & Humanitarian Law - Anti-Torture Initiative, 2016. Págs. 51-58.

³⁵⁹ CDN, Observaciones finales: Colombia, párr. 19 Doc. ONU CCPR/C/POL/C0/6 (2010). CDN, Observaciones finales: Colombia, párr. 21 Doc. ONU CCPR/C/POL/C0/7 (2016).

³⁶⁰ Comité DESC, Observaciones Finales: Mónaco, párr. 21, Doc. ONU E/C.12/MCO/C0/2-3 (2014).

las mujeres a la salud, la vida y la dignidad. Dicha recomendación se ha realizado inclusive a Estados que ya permiten el aborto en casos de riesgo para la vida³⁶¹ o la salud de la mujer embarazada³⁶², anomalía fetal³⁶³ y violación o incesto³⁶⁴ lo que, para las intervinientes, indica que “*el Comité DESC recomienda una liberalización adicional de las leyes para garantizar el acceso al aborto en una amplia variedad de circunstancias*”.

Por otra parte, el Comité CEDAW ha recomendado a los Estados (i) legalizar o considerar legalizar el aborto en casos de violación, incesto, anomalía fetal, y cuando hay un riesgo para la salud o la vida de una mujer embarazada³⁶⁵, entre otras circunstancias³⁶⁶. (ii) Extender el plazo para acceder al aborto³⁶⁷,

³⁶¹ Comité DESC, Observaciones Finales: Costa Rica, párr. 53, Doc. ONU E/C.12/CRI/C0/5 (2016); Mónaco, párr. 21, Doc. ONU E/C.12/MCO/C0/2-3 (2014).

³⁶² Comité DESC, Observaciones Finales: Costa Rica, párr. 53, Doc. ONU E/C.12/CRI/C0/5 (2016).

³⁶³ Comité DESC, Observaciones Finales: Mónaco, párr. 21, Doc. ONU E/C.12/MCO/C0/2-3 (2014).

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ Véase, por ejemplo, Comité CEDAW, Observaciones Finales: Trinidad y Tobago, párr. 33, Doc. ONU CEDAW /C/TTO/C0/4-7 (2016); Myanmar, párr. 39, U.N.Doc. CEDAW /C/MMR/C0/4-5 (2016); Haití, párr. 34 Doc. ONU CEDAW /C/HTI/C0/8-9 (2016); Japón, párr. 39, Doc. ONU CEDAW /C/JPN/C0/7-8 (2016); Bolivia, párr. 29 Doc. ONU CEDAW /C/BOL/ C0/5-6 (2015); Ecuador, párr. 33, Doc. ONU CEDAW /C/ECU/C0/8-9 (2015); Malawi, párr. 35, Doc. ONU CEDAW /C/MWI/C0/7 (2015); Líbano, párr. 42, Doc. ONU CEDAW /C/LBN / C0/4-5 (2015); Tuvalu, párr. 31, Doc. ONU CEDAW /C/TUV /C0/3-4 (2015); Gabán párr. 35, Doc. ONU CEDAW /C/GAB/C0/6 (2015); Perú, párr. 36, Doc. ONU CEDAW /C/PER/C0/7-8 (2014); República Dominicana, párr. 37 Doc. ONU CEDAW /C/DOM/C0/6-7 (2014); Islas Salomón, párr. 37 Doc. ONU CEDAW / C/SLB/C0/ 1-3 (2014); Venezuela, párr. 31 Doc. ONU CEDAW/C/VEN/C0/7-8 (2014); Afganistán, párr. 37, Doc. ONU CEDAW/C/AFG/C0/1-2 (2013); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, párr. 51, Doc. ONU CEDAW /C/GBR/C0/7 (2013); Chile, párr. 35, Doc. ONU CEDAW/C/CHL/C0/5-6 (2012); Yibuti, párr. 20, Doc. ONU CEDAW/C/DJI/C0/1-3 (2011); Yibuti, párr. 31, Doc. ONU CEDAW / C/ DJI/C0/ 1-3 (2011); Costa Rica, párr. 33, Doc. ONU CEDAW /C/CRI/C0/5-6 (2011); Honduras, párr. 25, Doc. ONU CEDAW /C/HON/C0/6 (2007).

³⁶⁶ Comité CEDAW, Observaciones Finales: Trinidad y Tobago, párr. 33, Doc. ONU CEDAW/C/TTO/C0/4-7 (2016); República Unida de Tanzania, párr. 35, Doc. ONU CEDAW /C/TZA/C0/7-8 (2016); Myanmar, párr. 39, Doc. ONU CEDAW/C/MMR/C0/4-5 (2016); Japón, párr. 39, Doc. ONU CEDAW/C/JPN/C0/7-8 (2016); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, párr. 51, Doc. ONU CEDAW /C/GRC/C0/7 (2013).

(iii) acelerar la aprobación de leyes para liberalizar las leyes del aborto, (iv) garantizar el acceso a servicios de aborto seguros, asequibles y confidenciales³⁶⁸, (v) abstenerse de limitar el acceso al aborto legal y seguro³⁶⁹, (vi) adoptar una interpretación amplia del derecho al aborto terapéutico para garantizar el acceso físico, mental, y necesidades sociales de la salud. A tal punto de pedir a un Estado³⁷⁰ (vii) llevar a cabo una consulta pública sobre derogación de las leyes que penalizan el aborto³⁷¹.

En cuarto lugar, las organizaciones expusieron la relación entre el derecho al aborto y el derecho a la vida, plantearon tres premisas:

(1) *Bajo el DIDH los derechos surgen a partir del nacimiento*³⁷², para los intervinientes la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “[t]odos los seres humanos **nacen** libres e iguales en dignidad y derechos (...)” (Negrilla fuera del texto). El PIDCP consagra el derecho a la vida para las personas. Tanto en la Declaración como en el PIDCP se rechazaron propuestas de modificaciones que extendían el derecho a la vida a la etapa prenatal³⁷³. Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que los niños pueden recibir protección “tanto antes como después del nacimiento”, a juicio de las organizaciones, esto no consagra derechos prenatales. Por el contrario, en su redacción se aclaró que la inclusión de ese apartado no tenía como objeto afectar la posibilidad del aborto³⁷⁴. El CDPD si

³⁶⁷ Comité CEDAW, Observaciones Finales: Indonesia, párr. 42, Doc. ONU CEDAW /C/IDN/C0/6-7 (2012).

³⁶⁸ Comité CEDAW, Observaciones Finales: Haití, párr. 34, Doc. ONU CEDAW /C/HTI/C0/8-9 (2016).

³⁶⁹ Comité CEDAW, Observaciones Finales: Lituania, párr. 37, Doc. ONU CEDAW /C/LTU/C0/5 (2014).

³⁷⁰ Comité CEDAW, Observaciones Finales: Perú, párr. 36, Doc. ONU CEDAW /C/PER/C0/7-8 (2014).

³⁷¹ Comité CEDAW, Observaciones Finales: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, párr. 50, Doc. ONU CEDAW/C/GRC/C0/7 (2013).

³⁷² Centro de Derechos Reproductivos, *Whose Right To Life? Women's Rights and Prenatal Protections under Human Rights and Comparative Law*, Disponible en: <https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/GLP RTL ENG Updat ed 8%2014 Web.pdf>

³⁷³ Ver, entre otros, U.N. GAOR 3rd Comm., 99th mtg., párr.párr: 110-124, Doc. ONU A/PV/99 (1948); U.N. GAOR Annex, 12th Session, Agenda Item 33, párr.párr: 96, 113, 119, Doc. ONU A/C.3/L.654. Citado en, Op. Cit. *Whose Right To LiJe?*

³⁷⁴ Ver, entre otros, Question of a Convention on the Rights of the Child: Rep. of the Working Group, U.N. Comm'n on Human Rights, 36th Sess., DOC. ONU E/CN.4/L.1542 (1980); Rep. of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, U.N. Comm'n on Human Rights, 45th

bien ha emitido algunas observaciones sobre la configuración de la causal de malformación fetal, “*todas las observaciones que sobre este tema ha hecho el Comité CDPD han sido a Estados que han establecido plazos diferenciales en esa causal*”. En este sentido, ha reconocido el acceso al aborto seguro como parte integral de los servicios de salud sexual y reproductiva que los Estados deben proveer³⁷⁵.

En el caso del Sistema Interamericano, la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el precedente más claro y vigente en lo que respecta a la interpretación del derecho a la vida contenido en el artículo 4 de la Convención Americana, el cual determinó: i) que ni del texto de la Convención Americana ni de sus trabajos preparatorios puede entenderse al embrión como persona, por lo que no puede dársele tal estatus, ii) que la protección al derecho a la vida no es absoluta, y debe aplicarse de forma incremental y armonizarse con los derechos humanos de la mujer embarazada, iii) que la expresión “*concepción*” debe entenderse como implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer y en consecuencia, iv) el sujeto de protección de la vida antes del nacimiento es la mujer embarazada, lo que se expresa en la garantía de sus derechos³⁷⁶.

(2) Para estas organizaciones, existiendo consenso en que los fetos no son sujetos de derechos y en que no cuentan con un derecho a la vida, tampoco pueden ser sujetos de discriminación, ni siquiera bajo lo consagrado en la CDPD. En este sentido no es posible hablar de “*‘fetos con discapacidad’ ni de ‘fetos humanos con discapacidad’, como propone el cuestionario enviado por la Magistrada Ponente*”, pues “*no es posible hablar de discriminación a un feto con discapacidad, pues no es posible afectar derechos que no tiene*”³⁷⁷.

(3) Denegar o restringir el acceso al aborto con base en la causal malformación fetal inviable para la vida no cambia los estereotipos ni los estigmas sobre la discapacidad. El Estado debe tomar medidas efectivas para

Sess, at 11, Doc. ONU E/CN.4/1989/48 (1989). Citado en, Op. Cit. *Whose Right To Life?*

³⁷⁵ Comité CDPD, Observaciones finales: España, párr.párr. 16-17, Doc. ONU CRPD/C/ESP/C0/1 (2012); Observaciones finales: Hungría, párr. 18, Doc. ONU CRPD/C/HUN/C0/1, (2012); Observaciones finales: Austria, párr. 15, CRPD/C/AUT/C0/1 (2013); Observaciones finales: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, párr. 13, Doc. ONU CRPD/C/GBR/C0/1 (2017). Comité CDPD, Observaciones finales: Canadá, párr. 46, Doc ONU CRPD/C/CAN/C0/1 (2017).

³⁷⁶ Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

³⁷⁷ Ver, entre otras, Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-850 de 2014. M.P.: Martha Victoria Sánchez Méndez; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-097 de 2016. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

eliminar el estigma y la discriminación contra las personas con discapacidad sin afectar los derechos humanos fundamentales de las mujeres. Para las intervinientes, es deber del Estado adoptar las medidas necesarias para enfrentar las causas estructurales de la desigualdad relacionadas con la discapacidad en tanto permitirían que las mujeres vivan en sociedades más inclusivas, proporcionando mejores herramientas para tomar decisiones sobre si llevar un embarazo a término o no y sin que el resultado ponga en riesgo sus derechos fundamentales.

En quinto lugar, los intervinientes se concentraron en los obstáculos que enfrentan las mujeres en el acceso al servicio de IVE dentro de las causales de la sentencia C-355 de 2006, los cuales diferenció entre (i) las barreras del sistema de salud; (ii) las barreras impuestas por funcionarios judiciales y administrativos; y (iii) las barreras de carácter cultural.

Sobre las barreras del sistema de salud plantearon que, pese a que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer que ninguna entidad prestadora de salud puede negarse a la IVE cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006, es claro que no se puede dilatar de manera injustificada la práctica del aborto, pues ello resulta arbitrario, desproporcionado y contrario a lo establecido en la sentencia C-355 de 2006. Dentro de las prácticas dilatorias más frecuentes para evitar la IVE por parte de instituciones prestadoras de servicios de salud y/o profesionales de salud se encuentran³⁷⁸:

- Realizar juntas médicas de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido.
- Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (e) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.
- Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrareferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico - en este caso la práctica del aborto inducido - no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente.
- Las instituciones prestadoras de servicios no cuentan con un protocolo de diagnóstico para la atención de las mujeres solicitantes de servicios de IVE.
- Los prestadores y profesionales de servicios de salud no reconocen las certificaciones médicas sobre el riesgo a la salud o a la vida que provienen de profesionales de la salud externos a la red de la institución en cuestión.
- Los profesionales de la salud se niegan a entregar o a recibir las certificaciones médicas que son necesarias para acceder a la IVE o a autorizar

³⁷⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-627 de 2012, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-841 de 2011, T-988 de 2007, T-585 de 2010, T-532 de 2014 y T-760 de 2008.

la realización de los exámenes médicos requeridos para proseguir con la solicitud del procedimiento de IVE.

- Al momento de determinar el riesgo que un embarazo implica para la salud o la vida de la mujer, los profesionales de la salud consideran de manera exclusiva la afectación de la dimensión física de la salud, dejando por fuera la dimensión del bienestar mental y/o la social que incorporó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006. Por esta razón, se descalifican conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes la Ley 1090 de 2006 les reconoce el *status* de profesionales de la salud.

- Los profesionales de la salud desconocen cómo realizar una IVE o utilizan técnicas obsoletas o no apropiadas para su realización. Esta barrera se origina desde la propia formación médica, pero se refuerza en las instituciones quienes no ofrecen la capacitación necesaria.

- El uso inconstitucional de la objeción de conciencia o cuando se suscriben pactos individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo. Es importante tener en cuenta que: *“Si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento”*.

Acerca de las barreras impuestas por funcionarios judiciales y administrativos, las organizaciones expusieron que en muchos casos, los funcionarios judiciales se niegan a recibir o a fallar a favor de una acción de tutela, sin embargo, es claro para la jurisprudencia constitucional que estos no pueden hacer uso de la objeción de conciencia³⁷⁹. En los casos de violencia sexual, también se configura una barrera ilegal cuando los funcionarios se niegan a recibir la denuncia del delito o a entregar una copia de la denuncia, como requisito para acceder a la IVE por esta causa. En este caso se hace referencia a los funcionarios de la Fiscalía, los centros de atención integral a víctimas de abuso sexual (Caivas) o de la Policía Nacional³⁸⁰.

Por último, se pronunciaron sobre las barreras de carácter cultural. Para las organizaciones, *“Los prejuicios, estereotipos y estigmas presentes en una sociedad conservadora como la colombiana se han materializado como una barrera cultural frente al acceso a la IVE”*. En este sentido, para la Corte Constitucional, resulta ilegal la realización de juicios de valor o cuestionamientos a cualquier mujer o niña que solicite la IVE³⁸¹. También, el

³⁷⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-355 de 2006, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-627 de 2012, T-697 de 2016, T-301 de 2016, Autos 327 de 2010 y 085A de 2011.

³⁸⁰ La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, "Barreras de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia". Texto disponible en: http://www.despenalizaciondelaborto.org.cojwpcontentjuploads/2017/05/Barreras_IVE_vf_WEB.pdf

³⁸¹ Ley 23 de 1981, "Por la cual se dictan normas en Materia de Ética Médica".

maltrato, desinformación o intimidación de mujeres y niñas solicitantes de una IVE, implicaría la responsabilidad de tipo disciplinario y la eventual destitución del cargo³⁸². Pese a ello, las mujeres siguen enfrentando esta barrera cuando durante la realización del procedimiento sufren de violencia obstétrica o tratos deshumanizantes. Con frecuencia esta violencia se dirige a buscar que las mujeres cambien de decisión y/o sientan culpabilidad o arrepentimiento por su decisión³⁸³. Finalmente, la Corte Constitucional ha reconocido que entre las barreras inadmisibles también se encuentra el impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción³⁸⁴; así como acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados (as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos. A pesar de lo anterior, existen múltiples casos en donde estas barreras se siguen presentando.

De acuerdo con lo expuesto, las organizaciones *Women's Link Worldwide* y *Women Enabled International* solicitaron confirmar la sentencia en revisión dentro del presente proceso, manteniendo los estándares de protección del derecho a la IVE en Colombia como se han establecido hasta el momento en la línea jurisprudencial pacífica y reiterada de esta Corporación desde hace doce años.

2. Programa de Acción para la igualdad y la Inclusión Social (PAIS) y la Universidad de los Andes

Las intervinientes dividieron su exposición en los siguientes temas: (i) la causal “*peligro para la vida o salud de la mujer*”, y (ii) el derecho de las mujeres a recibir información libre de estereotipos sobre la discapacidad para ejercer el derecho a la IVE.

En primer lugar, plantearon que el caso concreto no se encuadra en la causal “*incompatibilidad con la vida extrauterina del feto*” en consideración al concepto que la Corte Constitucional ha ofrecido sobre este asunto. Al respecto expusieron que en la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional

³⁸² Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único".

³⁸³ La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, "Barreras de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia". Texto disponible en: http://www.despenalizaciondelaborto.org.cojwpccontentjuploads/2017/05/Barreras_IVE_vf_WEB.pdf

³⁸⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-388 de 2009, T-585 de 2010 y T-627 de 2012.

determinó que la procedencia de esa causal corresponde a aquella “hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución [en la que el] feto **probablemente no vivirá**, según certificación médica [...]. En estos casos, el deber estatal de proteger [al] nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable”. Así las cosas, la inviabilidad se debe entender, en estricto sentido, como “la pérdida de la vida del ser”³⁸⁵.

Sin embargo, plantearon que en el caso concreto, la accionante ejerció legítimamente su derecho fundamental a la IVE al configurarse la causal “*peligro para la vida o salud de la mujer*”. En su concepto, el embarazo de la accionante sí constituía un peligro para su salud física y su vida al generarle problemas respiratorios graves y que requerían intervención médica urgente³⁸⁶. Su posición la fundamentaron en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional³⁸⁷, en la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros “*Fecundación in vitro*” vs. Costa Rica, en informes de las Naciones Unidas tanto del Relator Especial³⁸⁸ como del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica³⁸⁹.

En este escenario, la accionada desconoció, no solo *la ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006, sino una de las condiciones *sine qua non* para su efectividad material, al poner barreras para que la accionante accediera a la IVE, evitando así que pudiera acceder a servicios de salud sexual y reproductiva de forma oportuna, sometiéndola a pasar por cinco (5) entidades para finalmente poder acceder al procedimiento³⁹⁰.

En el segundo apartado de su intervención las entidades se ocuparon de desarrollar el derecho que tiene las mujeres a recibir información libre de estereotipos sobre la discapacidad para ejercer el derecho a la IVA. En su concepto, una de las principales barreras que enfrentan las mujeres embarazadas durante la fase prenatal es que la información que se otorga por parte del personal de salud está cargada de juicios de valor que promueven prejuicios negativos sobre la discapacidad.

³⁸⁵ Esta acepción de la causal ha sido reiterada a lo largo de diez años, en las sentencias T-171 de 2007, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011 y T-301 de 2016.

³⁸⁶ Lo anterior puede evidenciarse en el resumen de su historia clínica, donde consta su diagnóstico, y a lo cual se refiere en su escrito de tutela de la siguiente forma: “*siendo obvio y científicamente comprobado por los médicos tratantes la necesidad de la valoración y posterior tratamiento que requiero para restablecer mi salud, en razón de la gravedad y peligro inminente que me genera la Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar (..)*”, lo anterior pues “*el procedimiento que requiero, es no solamente urgente sino indispensable para contrarrestar el daño respiratorio que padezco con el fin de mejorar mi calidad de vida*”. (Negrillas fuera del texto original).

³⁸⁷ Sentencias C-355 de 2006, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-841 de 2011 y C-327 de 2016.

³⁸⁸ Naciones Unidas, Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 5 de enero de 2016. Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/31/57

³⁸⁹ Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica. 8 de abril de 2016. Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/32/44. página 16

³⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-988 de 2000, T-946 de 2008 y T-209 de 2008.

De esta forma, expusieron que los estándares internacionales sobre derechos de las personas con discapacidad no cuestionan el derecho a la IVE (y los derechos sexuales y reproductivos en general) de las mujeres, sino que problematizan la injerencia de los prejuicios que existen en la sociedad sobre la discapacidad en la información que reciben las madres gestantes. Al respecto consideran que la persona con discapacidad debe ser entendida desde el reconocimiento y respeto de la igualdad, la dignidad y diversidad humana, y no centrándose exclusivamente en un diagnóstico o en el cuerpo de las personas.

En este sentido, ateniendo la legislación internacional se deben garantizar tanto los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como los derechos de las personas con discapacidad *“sin que exista la tensión que se pretende argumentar a través de las preguntas del Despacho de la Magistrada Pardo”*. Por lo tanto, *“no es cierto que exista una tensión entre la causal ‘incompatibilidad con la vida extrauterina del feto’ y los estándares internacionales sobre discapacidad pues, como se explicó a lo largo de la intervención, no es posible predicar del feto una discapacidad”*³⁹¹.

Al respecto, realizaron una precisión importante, argumentaron que en la práctica, *“los profesionales de la salud presentan información sesgada, incompleta e inadecuada sobre la vida de las personas con discapacidad y recomiendan interrumpir el embarazo solo por el hecho de que se identifica en el feto un diagnóstico de diversidad funcional, presentándola como un hecho trágico que justifica per se la IVE”*. Esta situación, a juicio de las intervinientes, resulta violatorio *“no solo de la libertad y autonomía reproductiva de las mujeres, quienes tienen derecho a recibir información clara, suficiente y veraz para tomar la decisión de interrumpir el embarazo, sino que vulnera los derechos a la dignidad y la igualdad de las personas con discapacidad”*.

Concluyeron que es posible articular el derecho a la IVE con el modelo social de la discapacidad, siempre y cuando los promotores y prestadores del servicio de salud otorguen a las mujeres información suficiente, amplia y adecuada cuando se identifica en el feto un diagnóstico de diversidad funcional que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos.

En el caso concreto, precisaron que la EPS accionada debe contar con prestadores capacitados para brindar información desde el modelo social de la discapacidad, *“que eviten el uso de ideas cargadas de estereotipos negativos sobre la discapacidad y, en su lugar, vayan más allá de las denominaciones médicas y los conceptos científicos, para así dar una perspectiva más real y social sobre las diversidades funcionales a las mujeres embarazadas”*. Solo

³⁹¹ Ver sentencia C-042 de 2017.

así se asegura el consentimiento plenamente informado de las mujeres para la práctica de la IVE y se garantiza el respeto a la dignidad y a la igualdad de las personas con discapacidad.

3. Profamilia

La Asociación Probienestar de la Familia- Profamilia, dividió su intervención en cuatro partes. En primer lugar, expuso la interrupción voluntaria del embarazo y el límite gestacional en dicho derechos. En segundo lugar, se ocupó de mostrar la crítica a la viabilidad fetal como argumento para limitar el aborto. En tercer lugar, desarrolló su propuesta en el sentido que las mujeres requieren interrupciones del embarazo en todas las edades gestacionales. Por último, se pronunció frente a la existencia de Protocolos médicos avalados por la Organización Mundial de la Salud para la práctica de interrupciones del embarazo e inducción a muerte fetal.

Respecto a la interrupción voluntaria del embarazo y el límite de edad gestacional en el derecho, relacionó 15 sentencia de la Corte Constitucional donde se define la IVE como un derecho fundamental de las mujeres³⁹² y aclara que no existe una edad gestacional máxima para realizarse un aborto (sentencia T-841 de 2011, T-636 de 2011, T-532 de 2014 y T-301 de 2016).

Afirmó que desde el derecho comparado no hay una solución al límite de edad gestacional. Sin embargo, en los países que cuentan con límites se han evidenciado las consecuencias para las mujeres, pues los riesgos para su salud se incrementan. Así, por ejemplo, experiencias como las de “Alemania, Bélgica, Luxemburgo muestran que las limitaciones legales en edad gestacional no eliminan estas interrupciones, sino que terminan fomentando prácticas riesgosas para las mujeres o el aumento el "turismo médico" en búsqueda del servicio”³⁹³. También mujeres de países como Irlanda³⁹⁴ en el que el aborto estaba penalizado totalmente, terminaban accediendo a estos servicios en Inglaterra³⁹⁵, país donde está permitido el aborto en todos los casos, pero que ha establecido como límite gestacional la semana 24³⁹⁶.

³⁹² Sentencias T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-841 de 2011, T-627 de 2012, T-532 de 2014, C-754 de 2015, T-301 de 2016, T-731 de 2016 y T-697 de 2016, C-341 de 2017.

³⁹³ *R Ingham et al / Reproductive Health Matters 2008; 16 (31 Supplement):18-29. P.21*

³⁹⁴ Para la fecha de la intervención Irlanda estaba sometiendo a un referendo la decisión de la despenalización parcial del aborto, en el cual gano el SI.

³⁹⁵ “Las estadísticas inglesas muestran que en 2006, aproximadamente 7.500 mujeres no residentes, provenientes de otros países europeos obtuvieron abortos de prestadores de servicio ingleses. De este número, 1.300 casos correspondieron a interrupciones de segundo trimestre”.

³⁹⁶ Voice for Choice, Why some women need later abortion, 2008. Disponible en línea: <https://vfc.org.uk/wp-content/uploads/2008/04/vfc-later-abortion.pdf>

En la India casos judiciales de más de 20 semanas de gestación³⁹⁷, “la mayoría de estos casos han correspondido a adolescentes que han sido violadas o mujeres a las que se les han detectado malformaciones incompatibles con la vida³⁹⁸. De este modo, las mismas cortes han tenido que compensar a las mujeres por dejar avanzar embarazos en contra de su voluntad, y han asignado tasación de prejuicios”³⁹⁹.

Para Profamilia, la viabilidad fetal no puede ser un criterio que se use para limitar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. De entrada encuentra difícil definir de forma objetiva el término *viabilidad fetal* pues no hay un estándar o definición única para definirlo⁴⁰⁰, por lo tanto, fijar límites temporales para el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, sería desconocer la complejidad misma del concepto de viabilidad y los diferentes factores que o determinan⁴⁰¹.

Además, concuerda con las intervenciones ya expuesta en el sentido de que no es equiparable el *status* del feto antes y después del nacimiento, equiparlos (otorgándole derechos) “implicaría ir en contra de la jurisprudencia de esta misma corporación que mediante la Sentencia C-355 de 20016 ya ponderó y definió que en este tipo de debates deben prevalecer los derechos fundamentales de las mujeres, incluyendo su derecho a la dignidad, autonomía, libertad y vida”.

Seguidamente presentó detalladamente las razones por las que las mujeres requieren interrupciones del embarazo en diferentes edades gestacionales, incluyendo el tercer trimestre, dividiéndolas en la existencia de barreras para acceder al servicio y la coexistencia de vulnerabilidades.

Respecto de las barreras para acceder al servicio aseguró que en el país aún persisten múltiples obstáculos que impiden un acceso real y seguro a la IVE, lo cual implica que el Sistema de Salud deba atender casos de interrupción del embarazo de segundo y tercer trimestre. Así, en el caso concreto, la mujer debió pasar por 3 IPS y emprender una acción legal para lograr que su EPS le

³⁹⁷ “Según una investigación realizada por el Centro de Derechos Reproductivos, desde el 2015 las altas cortes-incluyendo la Corte Suprema han evaluado la procedencia de 25 casos de aborto por encima de la semana 20”.

³⁹⁸ Center for Reproductive Rights, Reform to address women's and girls need for abortion after 20 weeks in India, Nepal, 2018. P. 18.

³⁹⁹ La Corte Suprema de Justicia de India estudió un caso por encima de la semana 20, y alegó la necesidad de revisar el marco legal que sigue permitiendo la negación de los procedimientos en estas edades. Ver P. 26. Traducido de: “*This Court, as at present being advised, would not enter into the medico legal aspect of the identity of the fetus but consider it appropriate to decide the matter from the standpoint of the right of the petitioner to preserve her life in view of the foreseeable danger to it, in case she allows the current pregnancy to run its full course*”.

⁴⁰⁰ Johanna Erdman, Theorizing Time in Abortion Law and Human Rights, 29-40 34 June 2017 Volume 19 Number 1 Health and Human Rights Journal. P. 33

⁴⁰¹ N.D. Hunter, “Time limits on abortion,” in S. Cohen and N. Taub (eds), Reproductive laws for the 1990s (C iifton, New Jersey: Humana Press, 1989), pp. 129-153. Traducción de: “viability cannot be thought of as a bright line ... it is hardly a line at all.”

garantizara el servicio. En este contexto, Profamilia evidencia la necesidad de que la Corte Constitucional revise los obstáculos⁴⁰² que las mujeres siguen enfrentando 12 años después de la sentencia C-355 de 2006, dentro de los cuales se encuentran: (i) dilaciones para la garantía del derecho; (ii) requisitos adicionales; (iii) malas prácticas de objeción de conciencia; (iv) acoso y estigmatización de las mujeres y prestadores; y (v) violación de la confidencialidad, violencia psicológica y criminalización.

Por otra parte, están las razones de coexistencia de vulnerabilidades de las mujeres que estando en el tercer trimestre de gestación desean interrumpir su embarazo⁴⁰³, las cuales enlistó así: (i) mujeres que usaban un método anticonceptivo o siguieron presentando periodos menstruales; (ii) el caso de las niñas y adolescentes; (iii) el cambio en circunstancias de vida y violencias basadas en género; (iv) mujeres víctimas de violencia sexual; y (v) diagnósticos incompatibles con la vida.

Con relación a este último aspecto, la interviniente explicó que muchos de los diagnósticos prenatales se detectan en la medida que el embarazo está más avanzado. De acuerdo con el Colegio de Obstetricia y Ginecología del Reino Unido ha establecido que *“La mayoría de casos -de incompatibilidad de los fetos- solo son identificados en ecografías entre la semana 28 y 20”*⁴⁰⁴. Respondiendo a esto, países como Nepal y Canadá, entre otros países europeos, permiten las interrupciones ante diagnósticos incompatibles con la vida, durante diferentes etapas del embarazo⁴⁰⁵.

⁴⁰² Ministerio de Salud, Protocolo para la Prevención del Aborto Inseguro. Ver también: Superintendencia Nacional de Salud, Circular 003 de 2013.

⁴⁰³ *“Así, se puede concluir que las mujeres que llegan a interrumpir el embarazo en tercer trimestre muestran diferentes factores de vulnerabilidad. De este modo, la práctica clínica muestra casos de niñas, víctimas de violencia sexual, mujeres víctimas de desplazamiento forzado, sin afiliación al sistema de seguridad social en salud, mujeres rurales, mujeres en condiciones de sobrepeso u obesidad mórbida, mujeres con discapacidad, mujeres que quedan embarazadas en periodo puerperio o con periodos intergenésicos muy breves, niñas y adolescentes bajo custodia del ICBF, migrantes de Venezuela, mujeres madres cabeza de familia, mujeres en extrema pobreza, mujeres con trastornos alimenticios y mujeres a las que les han fallado los métodos anticonceptivos temporales o permanentes, entre otras”*.

⁴⁰⁴ Royal College of Obstetricians and Gynecologists, Termination of Pregnancy for Feta l Abnormality in England, Scotland, and Wales 17, 2010. Traducción de: "the majority [of feta l impairments] will on ly be identified on an anoma ly sean at 18-20 weeks"

⁴⁰⁵ Center for Reprod uctive Rights, Reform to address women 's and girls need for abortion after 20 weeks in India, Nepal, 2018. P. 37-39. Ver también: Austria, Federal Act of 23 January 1974 on actions threatened with legal punishment, 1974, sec. 96-98; Belgium, Penal Code, 1867, sec. 348-350; Bu lgaria, Decree No. 2 on the Conditions and Procedures for the Artificial Termination of Pregnancy, 1990, secs. 7-17; Croatia, Contraception steril ization, abortion, and artificial insemination, law no. 1252, 1978, sec. 2; Cyp ru s, Law on Abortion, 1986, sec. 167-169; Denmark, Abortion Law as set out in the Health Act, 2016, secs. 92-103; France, Public Hea lth Code, Legislative Part 11, secs. 2212- 22 13; Hungary, Act LXX IX on the Protection of Fetal Life, 1992, sec. 2; Ice land, Act on Co unse ling and Educa tion regarding Sex and Childbirth and on Abortion and Sterilization Procedures, 1975, sec. 9; Italy, Law No. 194 of 22, 1978, Sec. 6(b); Luxembourg, Law on the Interruption of Pregnancy, 1978; Macedonia, Law on Termination of Pregnancy, 2013, Sec. 2; Netherlands, Law on te rmination of pregnancy, 1981, sec. 3; Norway, Law on Interruption Of Pregna ncy, 1975, Sec. 2; Serbia, Law on Abortion in Health Institution s, 2005; Slovakia, Act No. 73 on Artificial Interruption of Pregnancy, 1986; Spain, Organic Law 2/2010 on Sexual and Reproductive Health and the Voluntary Interruption of Pregnancy, 2010, Sec. 15; United Kingdom, Abortion Act, 1967, Chapter 87 as amended, sec. 4.

Finalmente, la entidad aseguró que el marco legal vigente habilita a los prestadores de servicios de salud para prestar servicios de aborto después de la semana 22, de acuerdo a las guías de la OMS y del protocolo vigente del Ministerio de Salud.

De este modo, solicitó a la Corte Constitucional: **1)** Revisar de forma urgente el estado de barreras que persiste para que las mujeres y niñas puedan interrumpir el embarazo de forma segura en las causales y términos establecidos por esta Corte. **2)** Abstenerse de limitar la edad gestacional para el acceso a la interrupción del embarazo, en cualquiera de las causales, con el fin último de no perjudicar y dejar sin opciones legales a las niñas y mujeres más vulnerables del país, incluyendo a víctimas de violencia sexual, niñas y mujeres rurales, madres cabeza de familia, entre otros. **3)** Realizar una interpretación del caso de estudio que considere las actuaciones de los actores del sistema de salud que ocasionaron a que la mujer del caso terminara realizándose la interrupción del embarazo en la semana 25. **4)** Realizar interpretaciones del caso de estudio que considere y sea coherente con la línea jurisprudencial que la misma Honorable Corte Constitucional ha reiterado durante los últimos 12 años.

4. Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres⁴⁰⁶

La intervención comienza mostrando las barreras de acceso al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia. Dicha exposición se basa en un acompañamiento en 1122 casos de mujeres que han solicitado a sus EPS el servicio IVE, lo que ha permitido identificar el tipo de patrones y las contravenciones a lo reglado. De manera general identificó como barreras de acceso a la IVE⁴⁰⁷ el desconocimiento del marco legal en IVE, la interpretación restrictiva del marco legal y las fallas en la prestación del servicio de salud. De manera específica resaltó como barreras (i) la falta de protocolos internos en IVE o la no aplicación de los mismos; (ii) la dilación injustificada del servicio de IVE y posterior negación del servicio con fundamento en la edad gestacional; y (iii) el hecho de que las EPS e IPS tienen por política institucional no prestar el servicio IVE.

Posteriormente, explicó los estándares normativos en materia de acceso a servicios de aborto legal y seguro en Colombia según la sentencia C-355 de 2006 y su posterior desarrollo jurisprudencial para concluir que:

“Recogiendo todo lo expuesto y para responder al punto planteado por la Honorable Magistrada en cuanto a 'los estándares normativos sobre aborto, en particular luego de la semana 24 de gestación': se tiene que la Corte Constitucional, quien se ha encargado de fijar las reglas y

⁴⁰⁶ Juliana Martínez Londoño y Ana María Méndez Jaramillo.

⁴⁰⁷ González Vélez, Ana Cristina y Castro, Laura. *"Barreras de acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia"*. La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (Colombia), 2017.

*subreglas para definir el alcance del derecho a la IVE en Colombia, que además se sustenta en los tratados de derechos humanos que protegen las decisiones relacionadas con el derecho al aborto⁴⁰⁸, ha sido clara y contundente en afirmar que: (i) **no existe un límite de edad gestacional para la garantía del derecho a la IVE;** (ii) **la regla de fijar un límite no puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud, y hacerlo vulneraría los derechos de las mujeres;** (iii) **por consiguiente, los estándares normativos en materia de respeto, protección y garantía del derecho a la IVE son los mismos para todas las mujeres que deseen acceder al derecho en Colombia sin distinción alguna con base en la edad gestacional**".*

En cuanto a prácticas prohibidas, las intervinientes señalaron que “*de manera expresa la Corte elaboró una lista no taxativa de las barreras de acceso a la IVE inadmisibles*”⁴⁰⁹, así:

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

⁴⁰⁸ CEDAW, Recomendación No. 21 (13 2 período de sesiones, 1994), La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, párr. 22. CEDAW, Recomendación general No. 19 (11 ° período de sesiones, 1992) La violencia contra la mujer, párr. 24. artículo 4.1 de la Convención Americana interpretado por la CID en Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257. Corte IDH. Asunto 8., medidas provisionales respecto de El Salvador, 29 de mayo de 2013.

⁴⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009 y T-841 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Ver también sentencias T-209 de 2008, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-532 de 2014, C-754 de 2015, T-301 de 2016, T-697, T-731 de 2016.

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

Luego, reseñaron los estándares normativos sobre la ponderación entre derechos de las mujeres y la causal “*malformación del feto que haga inviable su vida*”⁴¹⁰, así:

- **Prevalencia de los derechos de las mujeres en los casos de malformación incompatible con la vida por estarse ante la situación de una vida inviable.**
- **Tratos crueles, inhumanos y degradantes:** *sancionar penalmente la conducta con el fin de proteger la vida en gestación "entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable". Llevar a término este tipo de embarazo implicaría del mismo modo "someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana".*
- **La información y el derecho al diagnóstico** *son fundamentales para una adecuada aplicación de la causal malformación fetal de manera que la decisión de las mujeres se tome sin ningún tipo de coacción y evitando que esta se informe a partir de estereotipos sobre la discapacidad a la vez que cuente con información veraz, oportuna y segura.*
- **El requisito para demostrar la causal de malformación fetal exige la presencia de un certificado médico que identifique:** *la existencia de la malformación y la calificación de la malformación como incompatible con la vida del feto.*
- **Formulación de un principio de favorabilidad para la mujer (coexistencia de causales)** *según el cual le corresponde al operador o prestador del servicio de salud: (i) identificar si la situación de una mujer embarazada que desea interrumpir su embarazo se enmarca en algunas de las causales contempladas por la sentencia C-355 de 2006; y (ii) dar aplicación a la causal que suponga menos requisitos ante la coexistencia de dos o más causales para la realización de la IVE.*
- **Cuando coexista la causal afectación a la vida o salud de la mujer – Las mujeres no están obligadas a "asumir sacrificios heroicos"** *ni puede conducirse a sacrificar sus propios derechos en beneficio de terceros o el interés general. Máxime cuando el artículo 49 de la CP contiene el deber de "adoptar medidas para el cuidado de la propia salud". En consecuencia, el*

⁴¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-388 de 2009, T-532 de 2014, T-301 de 2016, T-532 de 2014 y T-841 de 2011.

Estado no puede forzar a una mujer a llevar a término un embarazo que pone en riesgo la salud o la vida de una mujer.

Así las cosas, en el caso concreto, aun cuando la mujer en un inicio solicitó la IVE bajo la causal “*malformación del feto que haga inviable su vida*”, también manifestó la existencia de riesgos para su vida y su salud que, posteriormente fueron certificados por el médico tratante en la IPS Hospital La Victoria, donde finalmente le practicaron la IVE bajo el amparo de la causal “*para la vida o la salud de la mujer*”. Para las intervinientes, esto es una muestra de la aplicación del principio de favorabilidad o de coexistencia de causales, “*en tanto se aplicó el requisito de la causal que menos cargas imponía a la mujer, de cara a la desacreditación que hubo del diagnóstico de malformación fetal*”.

Continuando con su intervención, la organización se mostró sorprendida por la expresión utilizada por la magistrada sustanciadora, esto es, “*los derechos de los fetos humanos con diagnóstico de discapacidad*” ya que, en su concepto:

- (i) *La interpretación literal y sistemática del artículo 90 del Código Civil, el artículo 4.1. de la CADH y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la CIDH, permite concluir que la existencia legal de las personas comienza con el nacimiento, lo cual se entiende como el momento de la separación completa de la mujer, y por tanto, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.*
- (ii) *En este sentido, el embrión no debe ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni puede adjudicársele la titularidad del derecho a la vida y otros derechos.*
- (iii) *Si bien la Corte Constitucional ha señalado que existe un interés del Estado por proteger la vida prenatal, dicha protección no abarca el estatus de persona al no nacido sino el de “bien constitucionalmente protegido”.*

Con relación a los estándares internacionales y/o de derecho comparado sobre la ponderación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y el derecho a la IVE, la intervención concluyó que “*es deber de orden constitucional, reconocer que el uso de ‘Estándares internacionales en materia de derechos de las mujeres’, implica necesariamente el ejercicio del balanceo objetivo a favor de las garantías ya ganadas, por un lado y por otro, el respeto por la dignidad y demás derechos fundamentales de la mujer, sobre la base de abordar temas sustanciales en las decisiones judiciales que exige a los jueces considerar los efectos negativos de imponer limitaciones a los derechos constitucionales de las mujeres y explicar los beneficios y costos ‘desproporcionados’ asociados a la protección de la vida prenatal, que hasta el momento, las mujeres han soportado*”.

Respecto de la procedencia de las medidas provisionales o cautelares emitidas en el caso concreto, las intervinientes manifestaron que, tratándose de un

derecho fundamental (la IVE) y por su estrecha relación con otros derechos fundamentales como la salud, vida digna, igualdad y no discriminación, “*era plenamente procedente que, dentro del marco del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, el juez constitucional buscara proteger el derecho a la IVE mediante la orden provisional de suministrar el servicio de IVE, teniendo en cuenta el acto vulneratorio de su negación o dilación por parte de la **EPS COMPENSAR** y a las IPSs de su red **FUNDACIÓN SANTA FE, HOSPITAL SAN JOSÉ y HOSPITAL LA VICTORIA**, aun cuando la mujer se encontraba inmersa en dos de las tres causales establecidas por la Corte y contaba con el correspondiente requisito*”.

A su juicio, el juez contaba con los elementos de juicio y convicción suficientes para demostrar la urgencia y necesidad de la realización del procedimiento, en tanto podía poner en riesgo la vida o salud (en sentido amplio), generando otros daños y agravando el estado de salud de la mujer.

Finalmente, con base en el rol que la Corte Constitucional ha asumido en procura de alcanzar el cumplimiento de sus sentencias en la vida diaria de todas las mujeres solicitaron adoptar una decisión que permita (i) avanzar y no retroceder en el nivel de protección al que se ha llegado; (ii) emitir un fallo dirigido a eliminar definitivamente las barreras de acceso a este derecho por parte de EPS que sistemáticamente lo incumplen o lo cumplen de manera desigual y arbitraria; (iii) emitir órdenes orientadas a la satisfacción del derecho a la IVE en términos de acceso, cobertura, oportunidad y calidad.

5. Dejusticia⁴¹¹

Planteó que debido a las diferentes barreras que actualmente enfrentan las mujeres para acceder a la IVE, es inconveniente referirse a las semanas de gestación como criterio para garantizar la satisfacción de este derecho. Adicionalmente, siendo la IVE un derecho fundamental debe garantizarse a lo largo de los tres primeros trimestres de embarazo. La exposición la dividen en tres partes (i) modelos de regulación del aborto a nivel comparado, (ii) las barreras de acceso a los servicios IVE, (iii) el límite de semanas para el ejercicio de la IVE acentuaría las barreras existentes, impondría cargas desproporcionadas en las mujeres y las sometería a vivir tratos crueles, inhumanos y degradantes.

1. *Modelos de regulación del aborto a nivel comparado.* La interviniente pretende demostrar que en las últimas décadas diversos países han adoptado modelos de despenalización parcial o total que reconocen los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

⁴¹¹ Cesar Rodríguez Garavito, Nina Chaparro González, Mauricio Albarracín Caballero y María Ximena Dávila Contreras.

- Modelo de penalización total: este modelo es considerado obsoleto pues va en contravía de los estándares internacionales. Al respecto hace referencia a pronunciamientos del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujeres donde se ha establecido que la penalización de los servicios de salud únicamente para las mujeres, incluido el aborto, es una forma de discriminación a razón del género⁴¹². Este implementado en países como El Salvador y Nicaragua.

- Modelo de permisos o causales: permite algunas excepciones a la criminalización en razón de causales, ha sido adoptado por Argentina, Chile, Ecuador, Perú, Colombia, entre otros. Refiere la sentencia C-355 de 2006 como ejemplo de implementación de este modelo. Asegura que este modelo no suele someter la práctica del aborto a un plazo restrictivo, pues reconoce que el diagnóstico o identificación de las causales puede darse incluso en semanas tardías⁴¹³.

- Modelo de plazos o aborto voluntario: generalmente permite el aborto voluntario en las etapas iniciales del embarazo y en las etapas avanzadas adopta un modelo de causales. Ofrece como ejemplo los países de Uruguay, Francia, Sudáfrica, Austria, Bélgica, el Distrito de México D.F., entre otros, donde se permite el aborto a demanda durante las primeras 12 semanas y, superado este plazo, solo se permite en situaciones excepcionales como el riesgo a la vida y a la salud de la mujer o malformaciones del feto.

- Modelo de asesoramiento: permite el aborto a demanda en las primeras semanas y por causales específicas después de un tiempo determinado. Sin embargo, las mujeres deben pasar por un servicio de asesoramiento –no vinculante– en el que un experto debe explicarles las consecuencias de interrumpir su embarazo. Lo aplican países como Alemania y Estados Unidos⁴¹⁴.

Expuesto lo anterior, la intervención sugiere que el sistema de asesoramiento es una solución razonable para los países que reconocen la vida desde la concepción y tiene políticas amplias de despenalización del aborto.

2. *El derecho fundamental a la IVE en Colombia: reconocimiento y obstáculos en su ejercicio.* Para Dejusticia si bien la jurisprudencia constitucional ha reconocido de modo garantista el derecho a la IVE, en la

⁴¹² COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. Recomendación General 24 sobre la mujer y la salud, 1999. párr. 11.

⁴¹³ BERGALLO, Paola. Aborto y Justicia Reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado, en: Revista Cuestión de Derechos, 20 11, No. 1, p. 25.

⁴¹⁴ Caso *Planned Parenthood vs. Casey*, Corte Suprema de los Estados Unidos.

práctica las mujeres enfrentan barreras estructurales que no les permiten acceder a un servicio oportuno y seguro.

Elaboró una reseña histórica y jurídica acerca de las razones centrales que la Corte Constitucional tuvo en consideración al decidir despenalizar parcialmente el aborto para concluir que el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a la IVE, atendiendo a: i) la no intervención en los asuntos concernientes a aspectos reproductivos de las personas; lii) la garantía de los mecanismos idóneos para la materialización de los derechos (acceso a información, procedimientos y servicios) y iii) la remoción de obstáculos para hacer efectivos los derechos.

Encuentran preocupante la existencia de barreras para el acceso a la IVE porque, entre otras cosas, tiene como consecuencia la práctica de abortos clandestinos⁴¹⁵. Respecto de las barreras mencionó las siguientes:

(i) Obstáculos relacionados con la ausencia y tergiversación de la información

Respecto del *desconocimiento de los alcances de la jurisprudencia vigente en materia de IVE*⁴¹⁶, trajo a colación pronunciamientos de la Corte

⁴¹⁵ Los abortos clandestinos, para el año 2008, se estimaban en 400.400 (PRADA, Elena et al., Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Causas y consecuencias. Nueva York: Guttmacher Institute, 2011). Según datos del DANE, es posible calcular que la mortalidad registrada por aborto en 2010 representaba el 4,3% de todas las muertes maternas (DANE, Defunciones maternas por grupos de edad. Año 2010, 2011.). Estas cifras son alarmantes, pues la mayoría de las muertes que se registran por abortos serían evitables con acceso a servicios legales, seguros y oportunos (DALÉN, Annika, La despenalización parcial del aborto en Colombia. Bogotá: Documentos Dejusticia, 2013. p 16). Además, cada año hasta 2011, se registró que un total estimado de 132.000 mujeres sufren complicaciones que pueden ser muy riesgosas debido al aborto clandestino. Esto representa un 30% de las mujeres que abortan en esas condiciones, pero ese porcentaje llega a 53% en el caso de las mujeres rurales pobres y es menor (24%) en el caso de las mujeres de las ciudades que no son pobres (PRADA. Elena et al., Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Causas y consecuencias. Nueva York: Guttmacher Institute. 2011). Las mujeres de escasos recursos o que viven en zonas rurales son quienes están expuestas a los peligros más graves de este tipo de abortos, puesto que deben recurrir a los métodos más inseguros, tienen menos oferta a su disposición y usualmente tienen un restringido acceso a la información sobre IVE.

⁴¹⁶ Ver: LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo Bogotá, 2016; DALÉN, Annika, La despenalización parcial del aborto en Colombia. Bogotá: Documentos Dejusticia, 2013.

Constitucional donde se ha reconocido esta barrera (T-988 de 2007 y T-209 de 2008) e investigaciones que La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres ha realizado en este sentido⁴¹⁷. Sobre las *brechas de información en mujeres sobre reconocimiento de su derecho a la IVE*, relató que pese a la insistencia de la Corte (T-946 de 2008, T-209 de 2008, T-388 de 2008) acerca del derecho que tiene las mujeres a obtener la información suficiente y necesaria acerca de su derecho a la IVE, persisten las grandes brechas de información en mujeres sobre la regulación y el acceso de su derecho a la IVE⁴¹⁸.

Acerca de la *exigencia de requisitos adicionales para acceder a la IVE* informó que estos no solo desconocen la jurisprudencia en materia de IVE, sino que tienen efectos directamente perjudiciales; implican una demora injustificada en el proceso y, por lo tanto, su exigencia tiene efectos graves sobre la garantía del derecho (T-388 de 2009). En este punto se resalta la afirmación del centro de estudios en el sentido de que “*en el caso de peligro para la vida o la salud de la mujer, debe certificarse por parte de un médico o psicólogo⁴¹⁹ que existe la probabilidad de daño; sin embargo ‘es la mujer quien decide el nivel de riesgo o peligro que está dispuesta a correr, es decir, hasta donde permitirá que la gestación altere su bienestar’⁴²⁰. La decisión*

⁴¹⁷ LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo Bogotá, 20 16.

⁴¹⁸ La Encuesta Nacional de Salud y Demografía realizada por Pro familia en 2015 establece que el 56% de mujeres entre 13 y 49 años tienen conocimiento sobre el estado actual de la despenalización parcial del aborto (PROFAMILIA, Encuesta Nacional de Demografía y Salud, Bogotá: Ministerio de Salud, 20 15. p. 41.) Es decir, un poco más de la mitad de las mujeres en edad fértil tienen conocimiento sobre la regulación de sus derechos reproductivos. Pese a que un número importante de mujeres conoce la sentencia, lo que obstaculiza su acceso a los servicios de salud en IVE se relaciona con “*desconocimiento generalizado en las mujeres respecto de la titularidad de los derechos, replicado en los actores del sistema de salud*” (GUZMÁN, Diana el al, Lejos del Derecho: la interrupción voluntaria del embarazo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Bogotá: Ediciones Dejusticia, 2013). La misma encuesta encontró que se presenta un mayor conocimiento de las causales por parte de mujeres menores de 20 años, solteras, de zonas urbanas, con mayor nivel educativo, y en los quintiles de riqueza alto y más alto, lo que indica que las brechas económicas, etáreas y geográficas tienen un impacto importante en la satisfacción de sus derechos.

⁴¹⁹ La Corte Constitucional ha reconocido la validez de los certificados emitidos por psicólogos. Específicamente ha dicho que considera que su rechazo es un obstáculo y en este sentido está prohibido descalificar conceptos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud. Ver Sentencia T-301 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁴²⁰ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, Prevención del aborto inseguro en Colombia Protocolo para el Sector de Salud, 2014.

*sobre la interrupción del embarazo cuando este representa un riesgo para la vida y la salud de la mujer es trascendental para su proyecto de vida. En ese sentido, se trata de una decisión que puede adoptar únicamente ella, bajo su propio criterio y dentro del respeto de las reglas vigentes*⁴²¹.

(ii) Obstáculos relacionados con las fallas en la prestación del servicio

Al respecto se concentró en dos factores. En primer lugar expuso la *ausencia de disponibilidad de servicio seguros, centros médicos y profesionales capacitados* para la práctica de la IVE. A manera de ejemplo mostró que aunque la Organización Mundial de la Salud (en adelante: OMS) ha reiterado que los métodos recomendados para realizar abortos en etapas tempranas de la gestación son el misoprostol y la mifepristona, el primero solo hasta octubre de 2012 fue incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS) y hasta 2017 fue aprobada por el INVIMA la mifepristona; el método predilecto de los médicos para la realización del aborto legal es el legrado, un método anticuado, no recomendado por la OMS y que exige la aplicación de anestesia general, hospitalización y otro tipo de demoras.

También señaló *la precaria oferta institucional a nivel nacional*. Lo cual implica que una mujer que viva en zonas apartadas del país con una oferta precaria de servicios de salud debe viajar largos trayectos para someterse al procedimiento de IVE en las ciudades principales de las regiones. Estos traslados implican costos de tiempo y dinero que muchas mujeres no pueden cubrir, lo que las obliga a continuar indefinidamente con sus embarazos por la ausencia de servicios adecuados en sus regiones⁴²².

Lo anterior se relaciona con el *bajo número de profesionales de la salud disponibles y capacitados para prestar servicios de IVE*⁴²³ y con *el ejercicio inadecuado de la objeción de conciencia*. Aseguró que aunque la objeción de conciencia es un derecho reconocido, puede tornarse en un obstáculo cuando su ejercicio es indebido, institucional y fuera de las normas y reglas que la regulan. En este sentido, se han presentado casos de objeción de conciencia informales (oralmente, sin fundamentación), colectivos (a través, por ejemplo,

⁴²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-009 de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Bogotá, 2016.

⁴²² PRADA. Elena et al., Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Causas y consecuencias. Nueva York: Guttmacher Institute. 2011

⁴²³ GUZMÁN, Diana el al, Lejos del Derecho: la interrupción voluntaria del embarazo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, Bogotá: Ediciones Dejusticia, 2013. p. 70.

de planillas con firmas múltiples) o institucionales (de parte de hospitales como institución y no del médico como individuo)⁴²⁴.

(iii) Obstáculos relacionados con concepciones culturales sobre la IVE

La mayoría de obstáculos que hemos descrito están marcados por los prejuicios y estigmas que muchos prestadores de salud e instituciones guardan en torno a la IVE. Tan es así que en la sentencia T-388 de 2009 la Corte Constitucional aseguró que las barreras de acceso a la IVE oportuna “*proviene en gran parte de patrones culturales profundamente arraigados en Colombia, donde aún persisten estructuras patriarcales que encasillan a mujeres y hombres en diferentes roles y posiciones sociales y de poder*”. Al respecto mencionó un estudio del entonces Ministerio de la Protección Social y un documento titulado La Despenalización parcial del Aborto en Colombia⁴²⁵, donde se relata con precisión las causas y consecuencias de esta barrera⁴²⁶.

3. Sumar un límite de semanas al modelo de causales en el contexto colombiano acentúa los obstáculos existentes en el acceso a la IVE, lo que hace inviable su garantía, impone una carga desproporcional en las mujeres y las somete a vivir tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Indicó que las mujeres usualmente acceden a la IVE de manera tardía (en el segundo y tercer trimestre) debido a que los obstáculos en la prestación del servicio las obligan a hacerlo. Por tal razón, enmarcar la garantía de la IVE en términos de semanas es inconveniente porque desconoce el paso del tiempo que generan los obstáculos y crea una barrera adicional.

Adicionalmente, según algunos estudios, la malformación del feto puede ser diagnosticada en la semana 30 de gestación⁴²⁷. En Colombia,

⁴²⁴ Ver: MOLONEY, Anastasia, Unsafe abortions common in Colombia despite law change. En: The Lancet. 2007, p. 373 : LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, Un derecho para las mujeres: la despenalización parcial del aborto en Colombia, Bogotá, 2009; LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, Bogotá, 2016.

⁴²⁵ DALÉN, Annika, La despenalización parcial del aborto en Colombia. Bogotá: Documentos Dejusticia, 2013.

⁴²⁶ MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, Implicaciones éticas, jurídicas y médicas de la sentencia C-355 de la Corte Constitucional: un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas. Bogotá: Ministerio de la Protección Social, 2007.

⁴²⁷ HERN, Warren M., Fetal diagnostic indications for second and third trimester outpatient pregnancy termination. En: Prenatal Diagnosis, 20 14, 34. p. 440.

“los casos del mal formaciones del feto incompatibles con la vida no se conocen antes de la semana 12, debido a las condiciones de atención prenatal del país. De hecho, es frecuente que no se conozca antes de las semanas 16 o 18, debido al tiempo que transcurre entre las ecografías que se realizan a mujeres embarazadas”⁴²⁸. Según un informe de La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, como consecuencia de las tardías ecografías, y sumando las frecuentes dudas del personal médico para diagnosticar y certificar la malformación, la demora entre el diagnóstico de una malformación fetal incompatible con la vida y la realización de una IVE es de tres a cuatro semanas. Por lo anterior, las IVE por malformaciones fetales muchas veces se realizan en estados avanzados de la gestación⁴²⁹”.

Por todo lo expuesto, la Corte Constitucional ha reconocido que no se pueden imponer límites o restricciones de tiempo para la realización de la IVE (T-946 de 2008, T-585 de 2010 y T-301 de 2016). Acorde con el concepto, *“mezclar restricciones de plazo con un sistema de causales en el contexto colombiano tendría un efecto letal sobre el derecho a la IVE de las mujeres: un gran número de mujeres que busquen acceder a un aborto cuando su vida o su salud estén en peligro, cuando el feto tenga malformaciones incompatibles con la vida o cuando el embarazo sea producto de violación o incesto, tendrían que acudirán a un aborto clandestino que pondría en riesgo sus vidas o estarían obligadas a llevar a término un embarazo que atenta contra sus derechos fundamentales”*.

Solicitó a la Corte confirmar la sentencia de primera instancia, la cual ordenó la protección de los derechos de la accionante contra COMPENSAR EPS, ya que la accionante tuvo que sufrir la existencia de distintos obstáculos que la obligaron a continuar indefinidamente con un embarazo que, según un primer diagnóstico, se adecuaba a las causales de despenalización del aborto en Colombia.

6. Instituto Nacional para Ciegos – INCI⁴³⁰

Comienza la intervención aclarando que *“las malformaciones que no son incompatibles con la vida, pueden derivar en una discapacidad, pero una discapacidad no es óbice para que las personas puedan vivir la vida con calidad y dignamente, participando activamente de la política, la democracia, la sociedad, la cultura, la educación, el trabajo, etc., con un matiz que antes por el contrario, enriquece a la vida misma”*.

⁴²⁸ DALÉN, Annika, La despenalización parcial del aborto en Colombia. Bogotá: Documentos Dejusticia, 2013, p. 20

⁴²⁹ LA MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, Un derecho para las mujeres: la despenalización parcial del aborto en Colombia. Bogotá, 2009.

⁴³⁰ Carlos Parra Dussan.

Posteriormente, expuso que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU “*no solo protege los derechos del no nacido con discapacidad, sino que también recoge los derechos de los discapacitados a ser padres, pues son muchos casos en los que las personas con discapacidad son obligadas a la esterilización o al aborto forzado, desconociendo sus derechos*”. Luego, planteó el amplio reconocimiento de derechos de las personas en condición de discapacidad, los avances en la materialización de los mismos y los rezagos en su implementación.

Respecto del asunto específico del aborto reconoció que la tendencia mundial es a favor de la práctica legal y segura del aborto, sin embargo, pocas legislaciones detallan las malformaciones genéticas o la inviabilidad fetal, dejando esta casual a las interpretaciones que se hagan en cada caso, atendiendo a criterios médicos, especialmente a la medicina basada en evidencias. Así, las legislaciones existentes sobre la inviabilidad fetal apuntan a que debe ser incompatible con la vida extrauterina, que el deterioro es tal que lo más seguro es que no nacería, o que si nace no viviría mucho tiempo o en un estado de deterioro clínico progresivo, tan dolorosa para el nacido como para la madre.

Atendiendo a lo dispuesto en la legislación de países como México, Perú, Chile, Argentina, Estados Unidos, España e Irlanda, concluyó que “*la diferencia entre malformación que haga inviable la vida y la discapacidad pone en juego derechos fundamentales y desafortunadamente no se puede acudir a principios del derecho para determinar cuando estamos frente a una u otra, pues es un ejercicio de la ciencia médica, requiriéndose de una práctica médica con responsabilidad y no sesgada por prejuicios, paradigmas, presupuestos e imaginarios, que desembocan en la discriminación a las personas con discapacidad*”. En su sentir, el Estado colombiano debe preocuparse por ofrecer un programa de educación donde se informe a las personas acerca de sus derechos sexuales y reproductivos para que asuman su sexualidad con responsabilidad. De esta manera, el aborto no puede ser considerado la solución al problema y se debe permitir solo en casos específicos.

A continuación, se ocupó de presentar el estado actual del aborto en Colombia, citando la sentencia C-355 de 2006, concentrándose en la segunda causal⁴³¹: Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, la cual debe responder a los siguientes elementos:

⁴³¹ Refirió las siguientes sentencias de la Corte Constitucional donde fue objeto de debate esta causal T-171/07, T-009/09, T-388/09, T-636/11, T-959/11

1. *La Sentencia C-355 de 2006, fundamenta esta causal en el hecho de que no se puede exigir a las mujeres soportar la carga de un embarazo que implique riesgo para su salud física y emocional, a sabiendas de la inviabilidad del feto, dado que esto significaría someterlas a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectarían su dignidad como ya lo ha conceptualizado el Comité de Derechos Humanos de la ONU⁴³².*
2. *El único requisito exigible para la aplicación de la segunda de las situaciones excluidas del tipo penal se da cuando exista una grave malformación del feto que haga inviable su vida, situación que, igualmente, debe ser certificada por un médico “conforme a los estándares éticos de su profesión”⁴³³.*
3. *Este concepto médico, ha establecido la Corte, debe atender a los estándares éticos de la medicina, y ser completo, en el sentido de comprender los dos requisitos exigidos para la configuración de la causal, es decir, la verificación de la existencia de la malformación, y la calificación de la misma como incompatible con la vida del feto. Los médicos en estos casos, como bien lo estableció la sentencia ídem, deben sopesar las circunstancias médicas del nasciturus y determinar una probabilidad razonable de que no sobrevivirá por causa de las afecciones que padece. Esta doble verificación asegura la eficacia de la ponderación establecida por la Corte, donde el derecho a la vida de la madre prima sobre una expectativa razonablemente lejana de vida de la criatura.*
4. *Como consecuencia de lo anterior, destacó la Corte que “esta es una causal calificada, pues implica no solo la identificación de una malformación en el que está por nacer, sino que dicha malformación debe conducir a que la criatura no tenga la posibilidad de vivir”.*
5. *Además, que no debe ser ignorada la posibilidad de afectación de la salud integral de la mujer como resultado de la continuación del embarazo para establecer conexidad de esta causal con la primera*

⁴³² Comité de Derechos Humanos. Dictamen en el caso de Karen Noelia Llantoy Huamán contra el Estado Peruano. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Comunicación No11 53/2003: ONU ; 2005

⁴³³ Dijo la Corte que “[s]i bien cabe identificar 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”. Cita tomada de la Sentencia T-301 de 2006.

*causal. En este sentido, la Corte Constitucional reitera que “no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación al derecho a estar libre de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes”*⁴³⁴.

Finalmente, se refirió al caso concreto. Según el contenido de la acción de tutela al feto le fue diagnosticado displasia septo-óptica vs holoprosencefalia lobar, diagnóstico que, según la biografía médica, se realiza en una etapa tardía del embarazo. Preciso que la displasia septo-óptica no prevé la muerte del feto *“los pacientes mostraban movimientos rápidos e involuntarios de los ojos, baja visión, estrabismo y retraso psicomotor, evidenciado que ninguno de estos eventos hace inviable la vida”*⁴³⁵. Respecto de la holoprosencefalia alobar, las posibles consecuencias, dependiendo de las manifestaciones que se presenten en el feto son las de ventrículo único, ausencia de cuerpo calloso, ausencia de la hoz del cerebro, cerebro pequeño, cabeza pequeña, labio leporino, pies zambos, un solo ojo, ojos juntos y pequeños, nariz con un orificio, malformaciones intestinales, del corazón o de los riñones y deformidad de la medula espinal o de la columna vertebral, *“las cuales en su mayoría no conllevarían inevitablemente el suceso de la muerte temprana de la persona”*. (Solomon, Gropman, & Muenke, 201314).

Lo anterior, coincide con el concepto del comité técnico científico el cual advirtió que *“el cuerpo calloso se observa íntegro, fosa posterior normal, cortes parasagitales sin alteraciones, espina normal, desarrollo de circunvoluciones normal y como mal pronóstico no estima que sea inviable la vida, sino, el neuro desarrollo a futuro”*. Es decir que el feto podría llegar a ser una persona con discapacidad visual y con algún tipo de discapacidad intelectual, contraviniendo lo que dispone el desarrollo actual de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la causal alegada y los pronunciamientos del comité de los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas.

En consecuencia, el instituto no encuentra configurada la causal, razón por la cual el juez de tutela debe discernir con mayor rigurosidad la valoración médica que se realiza en cada caso, especialmente cuando ordenan una medida de protección estableciendo la práctica de la IVE.

7. Clínica de Interés Público de la Universidad de la Sabana⁴³⁶

⁴³⁴ República de Colombia. Sentencia 301 del 3 de mayo de 2016, MP. Alejandro Linares Cantillo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-301-16.htm>

⁴³⁵ Zimmermann-Paiz, D., & Fang-Sung, J. W. (2009). Hipoplasia del nervio óptico y displasia septo-óptica. En Arch Argent Pediatr (págs. 542-546).

⁴³⁶ José Miguel Rueda Vásquez y Juan Nicolás Cortés Galeano.

En primer lugar, se ocupó de diferenciar los conceptos “*malformación*” y “*discapacidad*” en el contexto de la segunda causal definida por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, esto es, cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida. Para la universidad, el alcance de dicha causal está delimitado por su misma enunciación semántica, por lo tanto, debe entenderse que para la Corte Constitucional sólo se despenalizó el aborto en situaciones en las que esté suficiente y rigurosamente demostrado que la malformación sea de tal entidad que la vida extrauterina del feto será inviable. Es decir, no es posible afirmar que el contenido de la causal puede extenderse hasta el punto de incluir la discapacidad como uno de los supuestos en los cuales, según el precedente jurisprudencial, está permitido practicar el procedimiento abortivo.

Por lo anterior, encuentra de gran relevancia la necesidad de exigir la certificación médica que evidencie la malformación del no nacido y su virtualidad para inhibir su vida extrauterina. En la misma línea, la Corte Constitucional ha sido enfática en la necesidad de requerir un certificado médico para esta causal de despenalización del aborto, y que a esta certificación médica le asista siquiera un grado de certeza razonable, para que en efecto la vida en gestación pueda ser salvaguardada y la práctica del aborto pueda salirse de la esfera de la punibilidad.

En segundo lugar, resaltó la importancia de establecer un límite temporal para la práctica del aborto tomando en consideración los riesgos que implica para la salud de la madre, para su bienestar y para su derecho a la vida, la realización del procedimiento abortivo en una etapa avanzada de gestación. Mencionó que la Organización Mundial de la Salud en la segunda edición de la cartilla “*Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*” evidencia que la tasa de mortalidad de madres gestantes aumenta exponencialmente cuando el procedimiento abortivo se practica después de las 20 semanas. La misma cartilla indica que practicar el procedimiento denominado “*aspiración al vacío de útero para terminación del embarazo*” después de las 15 semanas de gestación resulta riesgoso para la vida de la mujer.

Por lo anterior, diferentes países han establecido límites temporales con el propósito de proteger la vida de la madre, mencionó a Francia⁴³⁷, Alemania y Estados Unidos⁴³⁸. Para el caso Colombia hizo referencia a las sentencias T-532 de 2014, C-341 de 2017,

A su juicio, esto no implica que imponer dicho límite temporal signifique eliminar las tres causales establecidas jurisprudencialmente para dar vía libre

⁴³⁷ Consejo Constitucional francés. Decisión del 15 de enero de 1975.

⁴³⁸ GLENDON, Mary Ann. *Comparative Legal Traditions*. 4d ed. West Academy, 2014. Capítulo 17 Comparative exercises: abortion and judicial review. p 795-803

al aborto en cualquier circunstancia. Pero, llama la atención para que la Corte reconozca la competencia del Congreso de la República para que sea allí donde se defina con claridad un límite temporal para la práctica del aborto⁴³⁹.

Por último, abordó la naturaleza jurídica de las medidas provisionales para afirmar que la medida provisional adoptada en este caso concreto, constituye una desnaturalización de dicha figura, ya que esta medida adoptada por el Juez Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá significó una respuesta definitiva y anticipada a las peticiones presentadas por la accionante en su tutela, en contravía de lo dispuesto en la sentencia C-284 de 2014.

8. Plataforma Cívica Nueva Democracia⁴⁴⁰

Presentó una intervención similar a la de la Universidad de la Sabana. Se pronunció sobre i) la necesidad de diferenciar entre “*malformación incompatible con la vida*” y “*discapacidad*” como causal de despenalización del aborto, ii) los argumentos sobre la necesidad de establecer un límite temporal en términos de semanas de gestación para la práctica del aborto, iii) las consideraciones sobre la naturaleza de las medidas provisionales y la ponderación de sus efectos sobre el objeto de estudio en los casos de tutela, y iv) el caso concreto.

Citando la sentencia C-355 de 2006 mostró los dos presupuestos para que sea procedente la segunda causal de despenalización del aborto. Primero, debe tratarse de un feto incompatible con la vida; segundo, debe existir una certificación médica que así lo determine. Por lo tanto, “*de ninguna manera, la posibilidad que le da la Corte a la madre de abortar con base en la causal de la malformación se extiende a una discapacidad identificada en el feto*”. Como fundamento de su afirmación la interviniente expuso que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha hecho recomendaciones a España⁴⁴¹, Austria⁴⁴², Gran Bretaña y Hungría⁴⁴³, para que modifiquen su legislación en ese sentido.

⁴³⁹ Caprizo, Jorge. El Tribunal Constitucional y el control de la Reforma Constitucional, Publicación electrónica, núm. 1, 2011, instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, pág. 80. Disponible en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2955/7.pdf>

⁴⁴⁰ Johan Mauricio Caldas García, María Camila Ospina y Pedro Daniel Contreras.

⁴⁴¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 19 de octubre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1

⁴⁴² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 30 de septiembre de 2013, CRPD/C/AUT/CO/1.

⁴⁴³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 22 de octubre de 2012, CRPD/C/HUN/CO/1

En la misma línea, informó que en noviembre del año pasado, *The European Centre for Law and Justice* (ECLJ), manifestó que “*Esta discriminación basada en las condiciones de salud de los niños por nacer, según una discapacidad comprobada o supuesta, se opone firmemente al artículo 5 de la Convención. Estas políticas mantienen la estigmatización de las personas discapacitadas que son discriminadas en su derecho a la vida y se viola su dignidad. Esta discriminación prenatal se basa en la suposición de que un niño discapacitado nunca sería deseado por naturaleza y debería ser sistemáticamente abortado*”⁴⁴⁴. También, Jean-Marie Le Méné, presidente de la *Fundación Jérôme Lejeune*, explicó que “*estas políticas se basan en ‘la viabilidad técnica, el ahorro oficialmente calculado del costo de la vida de una persona discapacitada, la intolerancia a la imperfección’*. Validan la idea de que el nacimiento de un niño imperfecto es un ‘desorden’ y una ‘desgracia’, la evitación a través del aborto terapéutico de tales nacimientos restablece el orden en la sociedad y la felicidad en la familia” (SIC).

Resaltó que si bien en el Reino Unido está permitido abortar legalmente a niños que puedan nacer con discapacidad física o mental⁴⁴⁵, esto ha sido rechazado por la “*Disability Rights Commission*” de ese país, por ser discriminatorio de las personas con discapacidad.

Posteriormente, defendió el establecimiento de semanas o plazos para la práctica del aborto con argumentos biológicos, estudios sobre el dolor fetal, riesgos para la salud de la madre gestante y la necesidad de un diagnóstico médico sobre el riesgo particular del aborto. Respecto de los argumentos biológicos expuso el desarrollo del embrión asegurando que en la semana octava ya funciona el sistema nervioso⁴⁴⁶. Afirmó que desde la semana 24 y muy posiblemente desde la semana 16 el feto reacciona a estímulos estresantes, por esto algunos Estados han limitado el tiempo en que puede realizarse un aborto a la semana 12 de gestación⁴⁴⁷. En su concepto, “*los riesgos para la salud de las madres gestantes, quienes a veces se encuentran en graves dificultades y con presiones ambientales que llevan a acogerse a realizar esta práctica, aumentan en la medida que avanza su gestación. Sin límites claros o reglamentaciones más precisas y justificadas, se seguirá atentando directamente contra la salud y la vida de las madres gestantes*”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Kant, *Metaphysics of Morals* (1796), II, "The Doctrine of Virtue", § 38.

⁴⁴⁵ Abortion Act 1967, Section 1 (UK).

⁴⁴⁶ Zurriará in, Roberto Germán. "La cuestión de fondo sobre el tema del aborto". En *Revista Persona y Bioética*. 2015; 19(1): 117-128. doi: 10.5294/jpebi.2015.19.1.9.

⁴⁴⁷ Pardo, José María. *El no nacido como paciente*. Ediciones Universidad de Navarra, EUNSA, 2011.

⁴⁴⁸ ©2017 UpToDate. Firsttrimester medication abortion (termination of pregnancy). Author: Bryna Harwood, MD, MS. Section Editor: Jody Steinauer, MD, MAS. Deputy Editor: Sandy J Falk, MD, FACOG. ©2017 UpToDate. Secondtrimester pregnancy termination: Dilation and evacuation.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra fundamental que se introduzca la obligación de contar con un diagnóstico médico adicional que señale de manera concreta el riesgo que supone para la salud de la madre el hecho de someterse a un procedimiento de aborto, teniendo en cuenta las semanas de embarazo.

Luego, se ocupó del derecho comparado. Manifestó que en países como México, España o Estados Unidos existe la despenalización amplia del aborto siempre y cuando ocurra antes de las 12 semanas. El mismo límite de tiempo lo tienen Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Polonia, Suecia, Dinamarca, Francia, Grecia, Eslovaquia, Hungría, Letania, Lituania y la República Checa. Países como Inglaterra, Gales y Escocia permiten el aborto antes de las 24 semanas, siempre que se enmarquen en causales relativamente similares a las que se aplican en Colombia. En 2011 seis estados de EE. UU. adoptaron una legislación que restringía la posibilidad de abortos en caso de fetos viables de 20 semanas o más de gestación. En marzo, Arkansas aprobó una ley para prohibir sin excepción el aborto después de las 12 semanas de gestación. Dakota del Norte fue aún más allá, reduciendo el plazo a las 6 semanas.

Con relación a la naturaleza de las medidas cautelares y con fundamento en lo dispuesto en la sentencia C-284 de 2014, consideró que estas “*deben obedecer a una lógica propia respecto de lo que el caso en concreto exija, teniendo por presente los efectos que deriven de estas medidas no pueden ocasionar que cualquiera que sea el sentido del fallo se haga inviable, ya que, de lo contrario, se estaría violando el debido proceso e incluso otras garantías constitucionales como el derecho a la defensa*”, condiciones que no se cumplían en el caso concreto.

Respecto del caso concreto, la interviniente propuso que además de que no se configurase la causal de aborto, ordenar la IVE a las 26 semanas de gestación implicó un alto riesgo de letalidad, agravado por el uso de un procedimiento totalmente inadecuado para el momento del embarazo. Por lo tanto, el juez de instancia debió premiar el derecho a la salud de la mujer y no fallar en su contra, así, ante la certeza del riesgo para la salud de la mujer vs la incertidumbre por la condición médica del no nacido, debió resguardar la salud física de la mujer y dar a ella una especial protección, por lo cual no debió autorizar su sometimiento a dicho procedimiento, por ende, negar las pretensiones de la demandante por no ser proporcional el riesgo a su salud y no encausar una de las causales de aborto dispuestas en la sentencia C-355 de 2006.

Al margen, la Plataforma Cívica Nueva Democracia solicitó al Magistrado José Fernando Reyes declararse impedido para resolver sobre el presente asunto con ocasión de la entrevista que ofreció en un medio de comunicación

y donde “*manifestó expresamente su posición personal respecto de poner un límite en las semanas de gestación a la interrupción del embarazo, que es una protección especial a la salud de la mujer*”.

9. Semillero de Investigación de Género y Derecho, adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga⁴⁴⁹

En su intervención, aseguraron que en Colombia existen barreras estructurales que impiden el derecho de las mujeres a acceder a una IVE segura. Para ello, reiteran lo establecido por la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres respecto de las barreras por desconocimiento del marco normativo, por interpretación restrictiva del marco legal y por fallas en la prestación del servicio de salud o la falta de garantizar el acceso a la IVE. En tal virtud, las mujeres deben acudir a procedimientos alternos como “*ganchos de ropa, vidrios (cesárea), píldoras abortivas o acuden a clínicas clandestinas*”, los cuales terminan requiriendo un legrado por tratarse de abortos incompletos.

En su concepto, limitar las semanas para que las mujeres puedan abortar genera discriminación y representa mayor inestabilidad en la garantía del derecho a la IVE. Además, impone una barrera adicional a las ya existentes para hacer efectivo el derecho. Luego expone los principales obstáculos en el acceso a la IVE, en términos muy similares a la intervención de Dejusticia y de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, para concluir que “*las mujeres en Colombia se encuentran en un estado de vulneración debido a aspectos sociales, culturales y del mismo sistema de salud, que constituyen un claro impedimento para la materialización de sus derechos*”.

Resaltó que la ausencia de una adecuada y oportuna atención médica para las mujeres que solicitan su derecho fundamental a la IVE es un impedimento para su realización, arriesgando la vida de la madre, porque a medida que la gestación avanza, su vida se ve más comprometida. Por lo anterior, solicitó a la Corte Constitucional conminar a las EPS para evitar que sometan a las mujeres a dilaciones injustificadas que ponen en riesgo su derecho a acceder a la IVE legal.

10. Amnistía Internacional⁴⁵⁰

Puso en consideración de la Corte varios argumentos para demostrar que el precedente constitucional establecido en la sentencia C-355 de 2006, cumple

⁴⁴⁹ Kevin Alonso García, María del Carmen Prada Sarmiento y Erika Johana Barajas Reyes. En escrito separado tres integrantes más del semillero presentaron observaciones en el mismo sentido del documento principal (Karen Estefanni Pérez Álvarez, Juan Diego García Guerrero y Flor Liliana Castellanos Bothia).

⁴⁵⁰ Ver folios 128 al 141 del cuaderno nuevo.

con el mínimo requerido por el derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, instan a este tribunal a avanzar en los derechos sexuales y reproductivos de las niñas y las mujeres en Colombia.

Propuso que el derecho a acceder a los servicios de aborto seguro y legal es fundamental para garantizar los derechos humanos que amparan a las mujeres y las niñas en virtud del derecho internacional. Al respecto, presentó varios pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos dirigidos a demostrar que restringir el acceso legal al aborto conduce a abortos inseguros que generan peligros, desigualdades sociales y violencia en razón del género que pueden construir tortura o trato cruel, inhumano o degradante.

Afirmó que la IVE *“es un servicio de salud fundamental especialmente esencial para asegurar el derecho de las mujeres y las niñas a la salud, que constituye un estándar mínimo que el Estado colombiano debe garantizar y es fundamental también para asegurar el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación”*. Pese a ello son varias las barreras que las mujeres encuentran para acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva, lo cual impide la igualdad sustantiva para las mujeres y las niñas. Entre dichas barreras enuncia: la penalización del aborto, la priorización de la protección del feto sobre la vida y la salud de las mujeres y niñas, imposición de procedimientos para acceder a los servicios legales de IVE.

En conclusión, *“de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos (...) ya reconocidos a nivel nacional, el Estado colombiano tiene la obligación de garantizar que las mujeres y las niñas pueden acceder a servicios de salud sexual y reproductiva sin discriminación, coacción o barreras, lo cual incluye proporcionarles acceso a servicios de aborto seguro y legal, proteger su salud y su vida y garantizar que no sufren trato cruel, inhumano o degradante, violencia y/o estigma y discriminación”*.

11. Associazione Luca Coscioni per la Libertá di Ricerca Scientifica, non c'e pace Senza Giustizia, Radicali Italiani e a Buon Diritto Onlus

Afirmó que cuando se verifican procesos patológicos relativos a malformaciones o enfermedades del *nasciturus*, también es posible recurrir al aborto si esto determina un grave peligro para la salud física o psíquica de la madre. En ese supuesto la interrupción del embarazo está determinada por las significativas repercusiones negativas sobre la madre, que pongan en grave riesgo su salud física o mental, derivadas de un feto enfermo.

Aportó al debate lo planteado por el Ministro de la Salud y del *Welfare* holandés al defender la procedencia del aborto seguro en casos de malformación del feto, en los siguientes términos *“no se puede razonablemente esperar que el nasciturus sobreviva fuera del cuerpo de la madre”* o en los que haya *“anomalías fetales que comporten graves e*

incurables disfunciones pero que podrían razonablemente prever una posibilidad de supervivencia, aunque muy limitada”.

También mencionó un informe de 2010, del Royal College of Obstetricians & Gynaecologists (RCOG) *“ha declarado que deben ser considerados diversos factores, incluida la posibilidad de un potencial tratamiento eficaz; el previsible grado de autoconsciencia por parte del niño y de la capacidad de comunicarse con los demás; el sufrimiento que habría padecido; la probabilidad de que el niño esté en condiciones de vivir solo y de ser autosuficiente de adulto; y por parte de la sociedad, la medida en la que necesitarían asistencia para realizar los actos esenciales para la salud que realizan individuos sin discapacidad”.* Finalmente, expuso experiencias internacionales en el tema.

D. Sobre el proceso de adopción en Colombia

Mediante auto del 19 de junio de 2018⁴⁵¹, 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 los trámites de adopción de niños con características o necesidades especiales en Colombia.

1. ¿Cuál es el procedimiento a seguir por parte de los padres que toman la decisión de dar en adopción a su hijo?

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF** informó que la Ley 1098 de 2006 establece que, para materializar la decisión de entregar un niño, niñas o adolescente en adopción, es necesario que quien ejerce la patria potestad dé su consentimiento ante la autoridad administrativa competente, es decir, ante un defensor de familia.

Según la **Casa de la madre y el niño** para iniciar el trámite de adopción el menor debe ser entregado por consentimiento de sus padres de manera personal, libre y voluntariamente al defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La aptitud del consentimiento se entiende cumplida un mes después del día del parto. Seguido a esto, es importante aclarar, que al transcurrir los treinta días al haber dado consentimiento, ellos pueden revocarlo dentro de dicho mes o que este quedé en firme.

Según la **Fundación CRAN** el procedimiento se encuentra regido por los lineamientos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) y la Resolución No

⁴⁵¹ Ver folios 811 al 813 del cuaderno principal.

1515 de febrero 23 de 2016 *“lineamiento técnico del programa especializado para la atención a adolescentes y mujeres mayores de 18 años, gestantes o en periodo de lactancia, con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados”*.

CRAN presta sus servicios a mujeres mayores de edad que de manera voluntaria se vinculan. El centro tiene la modalidad de *“apoyo psicosocial, externado”*, la cual tiene como objetivo *“adolescentes y mayores de 18 años, gestantes y/o en periodo de lactancia (contemplado como los dos (2) años de lactancia materna complementaria) con derechos inobservados, amenazados o vulnerados y sus hijos e hijas bajo cuidado temporal menores de 18 años, que por su condición no requieren de una medida de ubicación en un medio institucional de internamiento, sino un proceso de acompañamiento institucional y de apoyo presencial, para fortalecer sus vínculos familiares, que permitan dar continuidad a su proceso educativo y resignifiquen su proyecto de vida”*.

El programa de atención se desarrolla en tres fases: i) identificación, diagnóstico y acogida, ii) integración o permanencia y iii) preparación para el egreso.

i) En la primera etapa, brindan a la gestante o a la madre en periodo de lactancia y a su familia o red de apoyo, *“información completa, suficiente y clara en cuanto al programa, su gratuidad incondicionada, el tiempo de permanencia, rol de los profesionales responsables de la atención y todo lo relacionado con el proceso de atención para el restablecimiento de derechos”*.

ii) Durante el proceso, la atención psicosocial la realizan con madres y sus familias. En este punto, *“es necesaria la vinculación de la familia, cuando sea posible, y del padre del niño por nacer o recién nacido, siempre y cuando no hayan existido situaciones o amenazas de violencia, con el fin de vincularlos al proceso de atención y fortalecer la paternidad responsable”*.

iii) Después del nacimiento del bebé, *“se continúa con la atención psicosocial para que la madre tome la decisión sobre el proceso de su hijo. En caso de que la adolescente o mayor de 18 años presente problemáticas asociadas, tales como situación de vida en calle, consumo de sustancias psicoactivas, discapacidad, violencia sexual, etc., la autoridad administrativa deberá activar la ruta del sector salud, con el fin de que realice la atención correspondiente. Si la adolescente o mayor de 18 años con problemáticas asociadas continúa con esta situación (consumo de sustancias psicoactivas, con trastornos de salud mental, portadoras de VIH, desvinculadas de grupos armados, adolescentes en conflicto con la ley penal y otros casos particulares), la autoridad administrativa determinará, de acuerdo con la situación de mayor vulneración, la ubicación en el programa de atención especializado más pertinente. Para dicha acción la autoridad administrativa deberá realizar, posterior al nacimiento del hijo o hija, un estudio de caso donde determine la ubicación más pertinente y así asegurar el*

restablecimiento de derechos para las adolescentes, y su(s) hijo(s) o hija(s). La madre y/o familia deberán participar durante todo el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, PARD, del niño o niña mientras se culmina el proceso con una toma de decisión de reintegro familiar o una condición de adaptabilidad”.

2. ¿Existe algún requerimiento adicional, condicionamiento o diferencia, para los padres que toman la decisión de dar en adopción a su hijo cuando se trata de un niño con características o necesidades especiales?

Para el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF** las normas establecidas para la adopción son aplicables a todos los niños, niñas y adolescentes sin excepción alguna.

La **Casa de la madre y el niño** indicó que el trámite para dar un menor de edad en consentimiento para la adopción, es el mismo independiente de las características y necesidades especiales.

La **Fundación CRAN** respondió de manera negativa, *“la atención se realiza en igualdad de condiciones y se acompaña a las mujeres y/o familias para que tomen la mejor decisión para el bienestar de ese niño/a que está por nacer o el hijo nacido”.*

3. ¿En el país, y particularmente en Bogotá, existen instituciones y programas para atender niños con características o necesidades especiales que se encuentren bajo medidas de protección y específicamente que hayan sido dados en adopción por sus padres?

Según el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF** los menores con los que se adelanta el proceso de restablecimiento de derechos cuentan con varias modalidades de atención hasta tanto sean dados en adopción: hogar de paso, centro de emergencia, intervención de apoyo, externado, hogar gestor, internado, casa horas y hogar sustituto. La regional Bogotá cuenta con todas las modalidades.

La **Casa de la madre y el niño**, desde el año 2012 ha implementado el programa “Una familia para todos” el cual busca restablecerles el derecho a los niños, niñas y adolescentes de características y necesidades especiales a tener una familia. Este programa está enfocado en la valoración de menores de características y necesidades especiales a nivel nacional, logrando así la ubicación de familias idóneas, la mayoría de ellas ubicadas en el extranjero, donde son muy bien acogidos. Aquellos niños y niñas que nacen con alguna discapacidad, *“son fácilmente acogibles en países como Estados Unidos, donde hemos logrado adopciones de menores con VIH, Síndrome de Down, parálisis física y parálisis mental, entre otras necesidades médicas”.* Por otro lado, en el año 2016, La Casa de la Madre y el Niño implementó el programa

de Vacaciones Milagrosas, la cual facilita la búsqueda de familia para los menores que están con altas permanencias en el sistema de protección del Estado. Durante el año 2018 viajarán 100 niños, niñas y adolescentes de los cuales se espera que el 98% de ellos sean adoptados. Actualmente el 30% de estos menores, cuentan con alguna discapacidad física o mental severa.

Para la **Fundación CRAN** “*no existen instituciones que atiendan particularmente niños/as de características especiales que hayan sido entregados en adopción por sus padres. Los niños con un PARD abierto son ubicados en instituciones de acuerdo con su perfil que respondan a las necesidades que presenten*”.

4. ¿Cuál es el número de niños con características o necesidades especiales que en los últimos 5 años han sido entregados por sus padres en adopción en el país, y particularmente en Bogotá?

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF** informó que en el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2013 al 31 de diciembre del 2017 han sido adoptados 3.127 niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales por familias nacionales o extranjeras en todo el país, de los cuales 544 correspondían a la Regional ICBF Bogotá. Es de observar que estas adopciones incluyen los tipos de adopción de cónyuge, consanguíneo, hijo de crianza e indeterminada.

La **Casa de la madre y el niño** cuenta con un programa de Madres Gestantes el cual acoge y atiende a la mujer con un embarazo no deseado o en conflicto, que está considerando la opción de entregar el bebé por nacer en adopción pero que si decide no hacerlo al momento de nacer, también está en todo su derecho de acogerlo. En los últimos cinco años en la fundación han sido atendidas un total de 170 mujeres en estado de embarazo, de las cuales han nacido 11 menores de características y necesidades especiales, los cuales lograron ser adoptados por familias abiertas a características y necesidades especiales:

Año	Madres gestantes atendidas - menores	Menores del programa de madres gestantes de condiciones especiales
2013	30	4
2014	31	2
2015	26	0
2016	30	2
2017	36	3
2018	17	0

La **Fundación CRAN** no cuenta con estos datos, la Fundación en los últimos cinco años no “*han tenido casos de niños con características o necesidades especiales que hayan sido entregados por sus padres*”.

5. ¿Cuál es el número total de niños con características o necesidades especiales que en los últimos 5 años han sido adoptados en Colombia, y particularmente en Bogotá?

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF** informó que en el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2013 al 31 de diciembre del 2017, 1.131 niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales fueron adoptados por familias residentes en Colombia, de los cuales 256 correspondían a la Regional Bogotá. Estas adopciones incluyen los tipos de adopción de cónyuge, consanguíneo, hijo de crianza e indeterminada.

La **Casa de la madre y el niño** ha logrado liderar dentro de las instituciones autorizadas para desarrollar el Programa de Adopción en Colombia, la adopción de menores con características y necesidades especiales. Estas han sido las estadísticas de Casa de la Madre y el Niño, respecto al programa "Una familia para Todos" y "Vacaciones Milagrosas" desde el año 2012 a la fecha:

Año	Niños, niñas y adolescentes de características y necesidades especiales adoptados
2012	29
2013	34
2014	41
2015	42
2016	65
2017	89
2018	52 a mayo de 2018
Total	352

La **Fundación CRAN** manifestó que de acuerdo con las estadísticas del ICBF, en los últimos cinco años en Colombia se han adoptado un total de 3.132 niños con características o necesidades especiales.

6. ¿Cuál es el número actual de niños con características o necesidades especiales que actualmente atiende la institución bajo medidas de adoptabilidad?

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF** informó que 9.277 niños, niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad con características y necesidades especiales se encuentran en las diferentes modalidades de atención de los servicios de protección del ICBF.

La **Casa de la madre y el niño** cuenta con su sede principal, en la cual tiene cupo para 122 niños y niñas de 0 a 8 años de edad o mayores en el caso de grupo de hermanos. De los cuales el 40% cuentan con alguna necesidad especial. Teniendo en cuenta la necesidad de tener un espacio adecuado para

los niños mayores de 8 años hasta los 18 años de edad, que estén con declaratoria de adaptabilidad y en proceso de preparación para la adopción, se abrió, Casa de la Madre y el Niño - Casa Imagina el 23 de enero de 2018 para atender a 28 adolescentes de características y necesidades especiales en proceso de adopción.

En la actualidad la **Fundación CRAN** tienen bajo su cuidado “*tres niños con resolución de adaptabilidad ejecutoriada con características o necesidades especiales relacionadas con antecedentes familiares y estado de desarrollo, desfase generalizado del desarrollo*”. Resaltó que la Fundación está participando en la estrategia del ICBF “*restaurando vidas construyendo futuro*”, la cual tiene como objetivo “*la consecución de familias idóneas para niños, niñas y adolescentes con características o necesidades especiales en diferentes regionales del país. Actualmente nos encontramos valorando nueve niños y niñas*”.

7. ¿Cuál es 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?

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF** informó que en entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2017 han sido adoptados 3.127 niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales. Estas adopciones incluyen los tipos de adopción de cónyuge, consanguíneo, hijo de crianza e indeterminada.

La **Casa de la madre y el niño** reiteró la respuesta ofrecida en la pregunta 5.

La **Fundación CRAN** informó que “*en los últimos cinco años un total de 88 niños con características y necesidades especiales se integraron a una familia adoptante*”.

8. ¿Cuáles son 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?

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF** informó que los niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales que no son adoptados y que tienen una condición de salud grave o con discapacidad, continúan a cargo del ICBF en las diferentes modalidades de los servicios de protección de manera permanente.

Según la **Casa de la madre y el niño**, en Colombia existen más de 120.000 de niños, niñas y adolescentes de características y necesidades especiales que no son adoptados debido a las fallas en el proceso legal y judicial. Al tardar tanto tiempo en definir su situación legal, muchos de estos niños, niñas y

adolescentes son considerados de características y necesidades especiales debido a su edad o debido a que cuentan con alguna discapacidad física o mental. Ha sido nuestra constante mucha que los llamados hijos del Estado no crezcan en el sistema de protección, sino que todas las instancias administrativas y judiciales entiendan el derecho constitucional de los niños y su prevalencia de crecer en una familia, ya sea biológica o adoptiva. Por el contrario, lo que ocurre actualmente, es que los niños, niñas y adolescentes están creciendo en hogares sustitutos o instituciones del Estado, sin que se les respeten sus derechos.

Ante esta problemática, esta institución está iniciando un proyecto de Casa Sueños de la mano con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debido a que se evidenció la necesidad de implementar una estrategia que permitiera apoyar los menores que crecieron bajo protección del Estado y llegaron a su mayoría de edad sin una posibilidad real de adelantar estudios de educación superior. La población objetivo de la estrategia son los adolescentes y jóvenes sin discapacidad adoptables que hayan cursado primer semestre de universidad. Sin embargo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuenta con programas e instituciones especializadas de menores con condiciones médicas especiales.

La **Fundación CRAN** señaló que permanecen en instituciones del Estado, allí se les brindan las condiciones para favorecer el cumplimiento de sus derechos y brindar una atención integral, su permanencia depende de los perfiles de cada uno de los niños, es decir, de lo funcionales e independientes que puedan ser en las habilidades básicas para la vida así como en actividades laborales, que les permita construir un proyecto de vida autónomo.

ANEXO 2

Intervenciones

1. Corporación Católicas por el Derecho a Decidir Colombia⁴⁵²

Comienzan su intervención destacando la protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos y, por ende, del derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (C-355 de 2006). Hizo énfasis en la preocupación expresada por el Comité de la CEDAW “*en torno a la criminalización del aborto*” ya que las mujeres pueden ser sometidas “*a procedimientos clandestinos de alto riesgo*”. Indicó que “*los países con leyes menos restrictivas sobre el aborto, tienen en general menos abortos que los que mantienen leyes más restrictivas*”.

Posteriormente, llamó la atención sobre las barreras que les impiden a las mujeres acceder a los servicios de IVE en condiciones de seguridad, salubridad y dignidad, y reiteró las subreglas que la Corte Constitucional ha construido en torno a dichas barreras, especialmente la relacionada con la objeción de conciencia institucional.

Concluyó que en el presente asunto la accionante fue sometida a tratamientos que vulneraron sus derechos y su dignidad como ser humano. En su concepto, “*es la mujer la que de manera libre y autónoma quien debe tomar la decisión de interrumpir o no su embarazo, sin injerencias externas y el Estado, a través del sistema de salud, debe prestar el servicio de IVE como una materialización del derecho a decidir*”.

2. Pio Iván Gómez Sánchez⁴⁵³

Aseguró que la evidencia científica y acorde con su experiencia “*siempre va a haber necesidad de interrupciones de embarazo por: falla anticonceptiva, abuso sexual, malformaciones fetales inviábiles y enfermedades que afecten la salud o la vida de la mujer gestante*”. Es por ello que, comparte el respeto por el derecho a decidir de las mujeres, reconociendo su capacidad para tomar

⁴⁵² Sandra Patricia Mazo Cardona, directora y representante legal de la corporación. Ver folios 416 al 425.

⁴⁵³ Médico ginecobstetra, Fellow del Congreso Americano de Obstetricia y Ginecología (FACOG), Miembro del Comité de Derechos Humanos y Salud de la Mujer de la Federación Internacional de Obstetricia y Ginecología (FIGO) con sede en Londres y Asesor del Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Federación Latinoamericana de Obstetricia y Ginecología (FLASOG) con sede en Panamá, así como Asesor Médico de Federación Internacional de Planificación de la Familia-Región Hemisferio Occidental (IPPF/RHO) con sede en Nueva York. Ver folios 454 al 459 del cuaderno principal.

decisiones responsables y conscientes sobre su vida, particularmente sobre su vida reproductiva. Para ello, el sistema de salud debe acoger integralmente a las mujeres con embarazos no planeados o no deseados y brindarles servicios seguros de interrupción legal del embarazo, de no ser así, gran parte de ellas pondría en riesgo su salud o su vida.

3. **María Carolina Morales Borrero y Olivia López Arellano**⁴⁵⁴

Para las intervinientes, la EPS accionada vulneró los derechos fundamentales de la accionante al desconocer cuatro premisas del derecho a la IVE, a saber:

1. El derecho a la salud impone a los Estados la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y posibles para que las personas alcancen el máximo nivel de bienestar, toda mujer tiene derecho a beneficiarse de todas las medidas que le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar, entre estas: el acceso universal a los servicios más amplios posibles de salud sexual y reproductiva sin ningún tipo de discriminación o coacción.
2. La protección del derecho a la salud de la mujer, y por tanto la protección de los derechos a la salud sexual y reproductiva durante el embarazo implican la protección de otros derechos, tales como: derecho a la dignidad es el derecho a no permitir que la continuación forzada de un embarazo se convierta en un trato cruel, inhumano y degradante.
3. El derecho al principio de justicia en la atención de la salud: Implica proveer lo necesario para compensar las desigualdades evitables, innecesarias e injustas en la atención médica de las personas. Busca evitar que los profesionales de la salud obstaculicen, dilaten o nieguen el acceso a los servicios por edad, estado civil, género y tipo de servicio solicitado, entre otros.
4. El derecho a la información: la mujer debe recibir toda la información relacionada con su salud y con su derecho a acceder al aborto cuando se trata de proteger su salud, en forma oportuna, precisa, basada en los alcances del conocimiento científico, y de una forma culturalmente apropiada.

⁴⁵⁴ María Carolina Morales Borrero: Profesora titular de la Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá, PhD en Salud Pública, experta en políticas de salud sexual y reproductiva en Colombia, Líder del grupo de Investigación "Salud Colectiva" avalado por COLCIENCIAS y Secretaria Ejecutiva de la Red Colombiana de Salud Colectiva. Olivia López Arellano: PhD en Ciencias en Salud Pública, Profesora Investigadora de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, México; Coordinadora del Doctorado en Ciencias en Salud Colectiva de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYD México. Ver folios 461 al 473. Posteriormente, presentaron un escrito con similitud de argumentos, ver folios 264 al 274 del cuaderno nuevo.

Sobre la salud mental y su relación con el derecho fundamental a la IVE, consideraron que entre las dimensiones del derecho a la salud, se incluyen la física, la psicológica, la mental y la social, las cuales no tienen una jerarquía específica, todas tienen un valor idéntico para la concreción de dicho derecho.

Citaron un estudio de La Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres y la Alianza Nacional por el Derecho a Decidir para explicar la afectación a la salud mental como causal de aborto legal⁴⁵⁵. En esa esfera, expusieron que el concepto de riesgo no se refiere a la configuración de un daño, sino a su posible ocurrencia, por tanto, basta la presencia de uno o varios factores de riesgo, para avalar su existencia y, en consecuencia, garantizar la interrupción legal del embarazo por motivos de salud. Seguidamente, plantearon que el riesgo depende de factores de vulnerabilidad⁴⁵⁶, precipitación⁴⁵⁷ y consolidación⁴⁵⁸.

A partir de lo expuesto, proponen lo siguiente:

- La causal de peligro para la salud o la vida de la mujer gestante no cobija solamente la protección de su salud física sino que también se extiende a “aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental”.
- La causal peligro para la vida o la salud de la mujer debe ser certificada por un médico(a), o un profesional de la psicología, el cual certifica que existe esta probabilidad de daño, pero es la mujer quien decide el nivel de riesgo o peligro que está dispuesta a correr, es decir, hasta donde permitirá que la gestación altere su bienestar.
- La causal salud para interrumpir el embarazo abarca cualquier afectación a la salud física, mental o social de la mujer. Por ello, basta la existencia de riesgo para la salud de la mujer en cualquiera de estas

⁴⁵⁵ Tomado de: La Mesa por la Vida y la Salud de las mujeres y la Alianza Nacional por el Derecho a Decidir. Ana Cristina González, Coordinadora. Causal Salud, Interrupción legal del embarazo, ética y Derechos Humanos, Montevideo, 2008.

⁴⁵⁶ Aquellos que predisponen a la aparición de un riesgo o afectación para la salud de la mujer. Pueden ser físicos, mentales, emocionales o sociales.

⁴⁵⁷ Aquellos que pueden desencadenar la aparición de un riesgo o afectación en la salud de la mujer. Pueden ser físicos, mentales, emocionales o sociales.

⁴⁵⁸ Aquellas situaciones de carácter irreversible o crónico, o aquellas que pueden generar consecuencias que impacten en forma crónica o a largo plazo la salud. Pueden también ser físicos, mentales, emocionales o sociales". (Tomado de: La Mesa por la vida y la salud de las mujeres y la Alianza Nacional por el Derecho a decidir. Ana Cristina González (coordinadora). Causal salud, interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos. Montevideo. 2008.)

- esferas y no se requiere que se haya generado ya un daño por la continuación del embarazo.
- El concepto de peligro tiene que ser valorado por la mujer y no por terceros o por los profesionales que le atiendan.
 - Para una IVE por salud mental NO debe exigirse la existencia de un diagnóstico psiquiátrico o una discapacidad psicosocial. La causal de salud mental es procedente cuando se presente dolor psicológico o sufrimiento mental, y se afecten cualquiera de las esferas de la salud de la mujer.
 - La certificación busca identificar la existencia del riesgo, NO cuantifica ni pondera el riesgo.
 - No es apropiado ni aceptable imponer un criterio médico con el fin de definir cuándo el riesgo amerita o no una interrupción.
 - Es inaceptable la construcción de listas de enfermedades o protocolos para juzgar por parte de los médicos u otros profesionales de la salud o de la institución de salud, cuándo un caso en concreto configura un riesgo suficiente para indicar una IVE.

4. Casa de la Mujer⁴⁵⁹

Con base en los más de cien mil casos de los cuales han tenido conocimiento solicitaron a la Corte Constitucional no limitar los lineamientos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 porque, en su concepto, agudiza la ya grave situación de las mujeres generadas por las múltiples barreras que deben enfrentar. Resaltó el requisito relacionado con el concepto médico como garantía para evitar un daño desproporcionado.

Con base en su experiencia afirman que el sistema de salud aún carece de mecanismos para garantizar el ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo, especialmente en las regiones y en el sistema de régimen subsidiado donde acceder a diagnósticos tempranos es complicado, entre otras cosas, por la distancia de los centros con servicio de especialistas y la demora en la asignación de citas. Además, no hay rutas claras, hay barreras culturales que les impide a las mujeres acceder a información y acompañamiento. No hay oportunidad ni celeridad, deben acudir a diferentes instancias a pesar de contar con el criterio científico lo cual genera una carga excesiva en el ámbito de la salud física y emocional de las pacientes. A su juicio, la tardanza en la aplicación del procedimiento no es fruto del capricho de las mujeres, sino que está relacionada con las barreras que enfrentan.

Al margen, solicitaron la realización de una audiencia pública para el asunto de la referencia.

⁴⁵⁹ Olga Amparo Sánchez Gómez, Ver folios 472 al 477 del cuaderno principal. Posteriormente, presentaron un escrito con similitud de argumentos, ver folios 277 al 281 del cuaderno nuevo.

5. Felipe Jaramillo Ruiz⁴⁶⁰

A partir del análisis de los estándares internacionales⁴⁶¹, manifestó que “*una interpretación fidedigna de los instrumentos internacionales de derechos humanos indicaría que no se presenta una violación de derechos humanos cuando se reconoce el derecho al aborto, motivo por el cual en el caso en cuestión se debe permitir el procedimiento*”.

6. Consejo Consultivo de Mujeres de Bogotá⁴⁶²

Puso a consideración de la Corte Constitucional las siguientes cuestiones: (i) las barreras impuesta a la accionante para la aplicación de la IVE; (ii) su preocupación sobre el “*desmonte de la sentencia C-355 de 2006*”; (iii) las barreras para acceder a la IVE como imposición a la mujer del “*rol de la identidad maternal, que busca preservar, el estatus de ‘productora y reproductora de servicios a la familia’, pero no la reconoce como sujeta de derechos por ser ciudadana de una comunidad*”; (iv) lo anterior desconoce uno de los lineamientos de la CEDAW sobre la necesidad de “*modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia*”; y por último, (v) sugirió que someter a la mujer a la esclavitud de su cuerpo sería retorcer en la historia a criterios de orden natural de base teológica.

7. Colectivo de Mujeres del Tolima⁴⁶³

Concentró su intervención en exponer las barreras de acceso a la IVE, específicamente en la ciudad de Ibagué, enumerándolas así:

- Deficiente conocimiento de la Sentencia por parte de las Instituciones con competencia en la ruta de atención y acceso a la IVE, especialmente entre las instituciones del sector justicia.
- Niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual que no conocen sobre la Sentencia, por lo que se presume que no reciben información ni orientación adecuada y que no se cumplen los protocolos y lineamientos de las autoridades judiciales y sanitarias en materia de IVE.

⁴⁶⁰ Investigador y experto en derechos humanos, género y discapacidad, Ver folios 478 al 484 del cuaderno principal. Posteriormente, presento un escrito con similitud de argumentos, ver folios 286 al 300 del cuaderno nuevo.

⁴⁶¹ Shaffer, Bret. (2009). The right to life, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and Abortion. Penn State International Law Review, Vol. 28(2): 265-287.

⁴⁶² Rosalba Castiblanco, María Luisa Obando y Luz Myriam Palacios. Ver folios 486 al 490 del cuaderno principal.

⁴⁶³ Diana Melissa Delgado Ospina y Martha Lisbeth Alfonso Jurado. Ver folios 491 al 513 del cuaderno principal.

- Inexistencia de un protocolo de información y orientación sobre IVE para mujeres gestantes infectadas con el virus del Zika, pese a que Ibagué es una zona endémica para la transmisión de esta enfermedad.
- Miedo e interpretación restrictiva de la Sentencia en el sector salud, dada la ambigüedad entre el aborto como derecho de las mujeres y como delito en el Código Penal Colombiano.
- Desconocimiento de la sentencia y en general de los derechos sexuales y reproductivos por parte de adolescentes, jóvenes y mujeres adultas, lo que está afectando el acceso a servicios, a derechos y está impactando considerablemente la SSR de las mujeres ibaguereñas.
- Inexistencia de salas adecuadas para la realización de los procedimientos de IVE en las IPS que prestan el servicio, con excepción de Profamilia.
- Deficientes mecanismos de información y comunicación en las IPS que permitan a las mujeres conocer su derecho a la IVE.
- Inexistencia de una institución prestadora de servicios de salud que practique la IVE en tercer trimestre, lo que impone trámites administrativos de remisiones y autorizaciones a las mujeres que quieren acceder a la IVE y se encuentran en avanzada edad gestacional.
- Barreras administrativas para la autorización de exámenes diagnósticos por parte de las EPS que permitan identificar a tiempo una malformación fetal.
- Interpretación y aplicación restrictiva de la Sentencia en el sector salud y en el sector justicia, desconociendo el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional que permite encausar en el marco de la Sentencia, a las mujeres con embarazos no deseados.
- Baja aplicación del principio de oportunidad en los casos de investigación de mujeres por el delito de aborto, pese a la Directiva 0006 de 2016 que permite encausar los casos en las circunstancias despenalizadas por la Corte.
- Prejuicios morales, violación de la confidencialidad e intimidad de las mujeres y tratos degradantes que pueden suceder en el sector salud, lo que hace que las mujeres no tengan más opción para acceder a la IVE que buscar sitios clandestinos o prácticas abortivas inseguras o riesgosas.
- Baja cobertura en el acceso a métodos anticonceptivos y precarios programas de educación sexual dirigidos a la población en general, no escolarizada y edad reproductiva, pese a que más del 40% de la población ibaguereña se encuentra en esta etapa de su vida.
- Nula información, educación y acceso a la anticoncepción de emergencia en las IPS de Ibagué.

En síntesis consideran que cuando una mujer llega a una edad gestacional avanzada ocasionada por las barreras de acceso, el Estado debe garantizar sus derechos y no limitar la IVE a las semanas de embarazo.

8. *Human Rights Watch*⁴⁶⁴

La intervención se ocupó de mostrar los estándares internacionales de derechos humanos sobre el aborto, aseguró que “*el acceso al aborto seguro es un imperativo de derechos humanos*”, en consecuencia, Colombia está obligada a garantizar “*que el aborto sea seguro, legal y accesible*”.

Respecto del derecho a la vida expuso que “*cada año, entre 2010 y 2014, se practicaron 25 millones de abortos inseguros, y que numerosas mujeres y niñas mueren debido a complicaciones*”. Así, “*entre el 8% y el 11% de las muertes maternas en todo el mundo están asociadas con el aborto, que provocó de 22.800 a 31.000 muertes prevenibles cada año*”. Con base en diferentes pronunciamientos de organismos internacionales concluyó que “*las leyes restrictivas sobre el aborto contribuyen a las muertes maternas que son el resultado de abortos inseguros y ponen en riesgo el derecho a la vida*” de las mujeres. Específicamente sobre el caso Colombia, recordó que en el año 2016 el CDH manifestó preocupación por los informes sobre los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la IVE. Con relación al derecho a la salud tanto física como psíquica presentó diferentes tratados de derechos humanos que fundamentan la garantía de este derecho. Señaló que en el año 2013 el Comité CEDAW manifestó consternación por la limitada aplicación de la sentencia C-355 de 2006.

Afirmó que el PIDCP y la CCT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el derecho internacional consuetudinario, protegen el derecho de la mujer a no sufrir tortura ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, la criminalización y la inaccesibilidad del aborto, son incompatibles con la efectividad de estos derechos. Indicó que limitar el acceso a servicios de salud exclusivos de las mujeres, criminalizando el aborto, genera desigualdades entre hombres y mujeres en el ejercicio de sus derechos. Sobre el derecho a la intimidad recaló la necesidad de proteger los datos personales de las mujeres que desean acceder a la IVE. Respecto del derecho a la información señaló que no solo contempla la obligación negativa de los Estados de abstenerse de interferir en la provisión de información por particulares, sino también, la responsabilidad positiva de suministrar la información completa y exacta que resulta necesaria para la protección y promoción de estos derechos.

Finalmente, en cuanto al derecho a decidir sobre la cantidad de hijos y el intervalo entre los nacimientos, citó la Convención CEDAW en cuanto establece que los “*Estados Partes... asegurar[án], en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres [...] los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos*”.

⁴⁶⁴ José Miguel Vivanco. Ver folios 515 al 527 del cuaderno principal.

9. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género – Corporación Humanas⁴⁶⁵

La organización presentó dos intervenciones. La primera remitida desde la sede en Chile⁴⁶⁶ y la segunda de la sede en Colombia⁴⁶⁷. La primera intervención comienza resaltando que las causales de interrupción legal del embarazo previstas por el ordenamiento jurídico colombiano constituyen estándares mínimos de protección a los derechos humanos de las mujeres. En su concepto, dichas causales garantizan el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, su derecho a una vida libre de violencia, su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho a la vida privada y autodeterminación, y su derecho a la salud.

Resaltó que dentro de las medidas que los Estados deben adoptar para garantizar el derecho a la vida de las mujeres se debe considerar “*que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida*”. Además, el Comité de Derechos Humanos ha dictaminado que la continuidad forzada de una embarazo inviable igualmente impone a las mujeres un sufrimiento que vulnera la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Respecto de la vida libre de violencia, expuso que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda a los Estados derogar, entre otras, las disposiciones que penalicen el aborto. En su concepto, las restricciones al acceso al aborto seguro imponen graves riesgos a las mujeres y vulnera los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por último, expuso que las causales legales de interrupción del embarazo constituyen un núcleo duro del derecho a la IVE, por lo tanto, no son susceptibles de ser afectadas o modificadas por el legislador o por el intérprete, pues ello configuraría una medida regresiva incompatible con las obligaciones convencionales.

Por su parte, la sede en Colombia se ocupó de explicar cada una de las causales de IVE permitidas por la Corte Constitucional.

Con relación a la primera causal: que el embarazo constituya peligro para la vida o la salud integral de la mujer, determinó que el derecho a la vida consagra diversos niveles, incluido el bienestar, la dignidad, la seguridad,

⁴⁶⁵ Ver folios 528 al 550 y 704 al 774 del cuaderno principal.

⁴⁶⁶ María Carolina Carrera Ferrer. Ver folios 528 al 550 del cuaderno principal.

⁴⁶⁷ Adriana María Benjumea Rúa. Ver folios 704 al 774 del cuaderno principal.

entre otros derechos. Por lo tanto, no es válido afirmar que solo es posible la práctica de la IVE cuando la existencia de la mujer se encuentra en riesgo, porque su salud mental, su bienestar emocional, su proyecto de vida, su dignidad y su seguridad, también hacen parte del derecho fundamental que es obligatorio respetar por parte del Estado Colombiano y por supuesto de los proveedores de salud.

Respecto de la grave malformación del feto que hace inviable su vida extrauterina, opinó que el diagnóstico de malformaciones fetales (graves o no), se encuentra íntimamente ligado al derecho a la salud de la mujer, ya que por un lado constituiría un trato cruel y degradante la imposición de llevar a término un embarazo a sabiendas de que no existe posibilidad de supervivencia del feto fuera del útero; y por el otro, a pesar de que la malformación no sea incompatible con la vida, el diagnóstico puede poner en peligro la vida y la salud de la madre, exacerbando condiciones psicológicas, afectando su proyecto de vida e incluso su salud física.

Así, cuando confluyen dos causales como el peligro a la salud de la mujer y malformaciones fetales, el proveedor de salud debe atender las necesidades de la mujer sin imponer barreras o limitaciones tales como múltiples exámenes, o traslados a diferentes centros médicos, u objeción de conciencia institucional e incluso requerimientos de juntas médicas, ya que ninguna de las anteriores circunstancias se encuentran previstas en la Circular 003 de 2013 de la Superintendencia de Salud o en la jurisprudencia, el único requerimiento actualmente con respecto a la práctica de la IVE es contar con una certificación médica que dé cuenta de la configuración de una de las tres causales, como ocurrió en el presente caso.

10. Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” de la Universidad Nacional del Mar de la Plata (Argentina)⁴⁶⁸

Comienza su intervención resaltando la necesidad de compatibilizar los derechos de las mujeres con el trato digno de los seres humanos. Hace un recorrido normativo y jurisprudencial sobre la dignidad humana como principio y como derecho. En tal medida, *“al adoptar normas de carácter penal, el legislador no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”*.

Sin embargo, resulta discriminatorio fundar una causal de aborto legal en razón de la diversidad funcional del feto *“malformaciones”*. Esto desconoce el

⁴⁶⁸ María Graciela Iglesias y Agustina Palacios. Ver folios 551 al 564 del cuaderno principal.

objeto de la CDPD, la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, los principios generales que establece la CDP para su intervención y aplicación y el derecho a la vida de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto.

Precisó que la interacción entre la diversidad funcional de la persona (denominada en la ley “*malformaciones*”) y una barrera actitudinal (una decisión del legislador o una interpretación jurisprudencial basada en prejuicios respecto al menor valor de la vida de estas personas o de su condición de carga para los padres o la sociedad) la que le impiden gozar de la protección en igualdad de condiciones que el resto de personas (sin diversidad funcional). Aceptar esta causal implicaría reconocer que “*la vida de una persona con discapacidad no es lo suficientemente digna para ser vivida, o al menos no en igual medida que la del resto de personas, sin discapacidad. Esto es claramente violatorio del principio de ‘igual valor en dignidad’ de todos los seres humanos*”.

Lo anterior, también vulnera la prohibición de discriminación por motivo de una discapacidad. En su sentir, acorde con la Convención para demostrar una discriminación es suficiente que esta tenga como causa, “*la condición de discapacidad. En el caso que nos atañe, importa decir que el marco antidiscriminatorio de la Convención abarca la protección no solo de la persona nacida con discapacidad, sino del feto o de la vida prenatal o la vida potencial siempre que se vulnere el principio de igualdad por motivo de discapacidad. Es decir que la discriminación existe aunque para el derecho no nos encontremos frente a una persona*”.

Las reglas que valoren diferencialmente una vida potencial/feto/vida prenatal cuando existe riesgo o detección de diversidad funcional son claramente violatorias de la igual dignidad inherente de todos los seres humanos, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, entre otras.

En este sentido, un Estado que permite el aborto lo debe permitir de la misma manera cuando el feto o *nasciturus* tenga o no diversidad funcional, y si un Estado prohíbe el aborto, lo debe prohibir de igual modo cuando la persona por nacer tenga o no discapacidad. Es decir, lo que claramente elimina la Convención es la posibilidad de que se realicen distinciones basadas precisamente en la condición de diversidad funcional de este feto, *nasciturus* o persona por nacer (según las consideraciones de cada Estado)⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ El caso de la bioética. Agustina Palacios Javier Romañach El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad), en Revista Intersticios. Volumen 2 2008.

Concluyó que es obligación del Estado garantizar, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, que la mujer pueda ejercer a su derecho a interrumpir un embarazo no deseado, decidir libremente y mantener en reserva sus razones, en el marco de su ética privada. Por lo tanto, imponer a la mujer seguir con un embarazo no deseado (cualesquiera sean sus razones para no desearlo) vulnera su derecho a la autonomía, y pone gravemente en riesgo su salud psicofísica. Sin embargo, no se debe imponer el derecho de la mujer a un criterio heterónomo, basado en la diversidad funcional (denominada “*malformación*”) del feto, pues esto resulta manifiestamente contrario al estándar establecido por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

11. Instituto de Investigación del Comportamiento Humano⁴⁷⁰

La intervención se preocupó por responder los interrogantes planteados por la Magistrada sustanciadora en el auto del 24 de abril de 2018, pese a no ser requerido para tal fin.

Explicó que existen dos clasificaciones sobre el diagnóstico de depresión: la clasificación internacional de Enfermedades y el Manual Diagnóstico y Estadístico. Entre los síntomas que se consideran de alto riesgo están las ideas suicidas, intentos suicidas, planes suicidas, fantasías suicidas, alteración funcional global, ideas de desesperanza, desestructuración cognitiva, entre otras. Criterios que pueden ser identificados con la realización de una entrevista clínica.

Aclaró que la presencia de algunos síntomas por tiempo limitado no se considera en sí mismo un trastorno mental. Según estudios, la frecuencia de trastorno de ansiedad durante el embarazo puede alcanzar un 13% lo que muestra que la frecuencia es muy similar en mujeres gestantes y en no gestantes.

En su concepto, en psiquiatría, para definir la severidad de un episodio se tienen en cuenta dos parámetros: el número de síntomas presentes y el compromiso en el funcionamiento global de la personas en el ámbito individual, de pareja, familia, académico o laboral y social.

Entre los factores más importantes se encuentran: historia de un trastorno previo al embarazo, el bajo nivel educativo, ser adolescente, sin pareja estable, problemas financieros, estresores psicosociales, contar con poco apoyo familiar, social o institucional, antecedentes de abuso durante la infancia y el número de hijos vivos. Por otra parte, un embarazo no planeado, no deseado o la gestación de un feto poco o no viable se pueden considerar un estresor que se suma para la prestación de dicho trastorno.

⁴⁷⁰ Edwin Herazo Acevedo y Adalberto Campo Arias. Ver folios 565 al 581 del cuaderno principal.

En efecto, los embarazos con fetos diagnosticados con posibles alteraciones en el desarrollo neuronal se pueden considerar como una situación estresora, que puede desencadenar un episodio depresivo grave, con profunda afectación de la salud mental de la mujer y presencia de comportamientos suicidas. Lo anterior tiene que ver con las discapacidades a largo plazo: limitaciones funcionales, pobre calidad de vida asociada a la discapacidad intelectual profunda, síndrome compulsivo y el escaso desarrollo motor (en los casos en los que la discapacidad es compatible con la vida). Sumado a deficientes condiciones económicas, barreras de acceso a salud, entre otros.

Para el instituto las mujeres que se someten a una IVE pueden presentar síntomas depresivos (no un trastorno depresivo), pero son temporales, les 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.

Por otra parte, la expresión “*afecto reactivo depresivo*” puede estar presente en uno o varios cuadros clínicos: trastornos mentales del capítulo de los trastornos depresivos, de los trastornos de ansiedad o de los trastornos relacionados con traumas y factores de estrés. Así, el riesgo de gravedad está asociado con otros factores: ideas suicidas, intentos suicidas, planes suicidas. Un diagnóstico de feto con malformaciones congénitas graves es un factor de estrés que empeora el diagnóstico.

Manifestó que no tiene conocimiento de estudios sobre las tasas de éxito en los tratamientos de depresión en mujeres con embarazos con o sin alteraciones. Sin embargo, en términos generales los estudios existentes muestran que la prevalencia de depresión en embarazadas varía entre el 8,3% y el 20%. La mortalidad está alrededor del 10% de todos los casos, desencadenada principalmente por suicidios.

La consecuencia de la depresión perinatal puede ser: muerte perinatal, bajo peso al nacer, parto prematuro, hipertensión gestacional y alteraciones comportamentales, emocionales, cognitivas y motoras en la primera infancia, además de influir negativamente en la relación madre-hijo. Señaló que entre el 65% y el 80% de las gestantes con depresión son tratadas solo por el médico general y el 70% de estas son manejadas con medicamentos antidepresivos exclusivamente, a pesar de que se recomienda la psicoterapia para depresión leve o moderada como tratamiento inicial.

En su concepto, es fundamental tener presente que el estigma es una barrera trascendental para acceder a los servicios de salud mental. En el caso de las mujeres con embarazos de fetos con malformaciones congénitas hay una sumatoria de estigmas, adicional a otras condiciones socioeconómicas y culturales que podrían agravar las condiciones para la búsqueda y recibo de

atención en salud por las mujeres gestantes en Colombia, lo que se agrava por las barreras administrativas propias del sistema de salud colombiano.

Cuando el trastorno ansioso depresivo conlleva factores estresores de gran relevancia, como puede ser el caso de algunas mujeres gestantes con embarazos indeseados o aquellas cuyos fetos tienen alteraciones malformaciones congénitas que amenazan gravemente la integridad y viabilidad del feto o a veces la salud física y mental de la madre, la interrupción del embarazo puede ser una medida de características terapéuticas, ya que las mujeres que habiendo deseado interrumpir un embarazo antes de que la legislación lo permitiera, han tenido mayores alteraciones en su salud mental que quienes sí tomaron la decisión de la interrupción. Para no agravar aún más las condiciones de salud mental de la mujer gestante la intervención recomienda no dilatar los procedimientos estipulados en los lineamientos del Ministerio de Salud y Protección Social y que se encuentren inmersos en las causales contempladas en la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional.

Finalmente, los estudios existentes indican que entre el 41 ,2% y el 79% de las madres de hijos con discapacidad mental o sensorial tendrán importantes problemas de salud mental y trastornos mentales como ansiedad y depresión.

12. Corporación Colectiva Justicia Mujer – CCJM⁴⁷¹

En principio, expuso los principales estándares jurídicos del derecho a la salud. Mencionó la Ley 1751 de 2015, la Ley 1438 de 2011, la Ley 1257 de 2008, la Ley 1616 de 2003, el Plan Decenal de Salud Pública (2012-2012) y el Plan Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos (2012-2021). Respecto de la jurisprudencia se refirió a las sentencias C-355 de 2006, T-636 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-636 de 2011, T-532 de 2014 y T-301 de 2016.

Concluyó que, dentro de las principales obligaciones entregadas por la Corte a diversos actores para hacer realidad el derecho fundamental a la IVE, se encuentran:

- Al Estado le corresponde adoptar internamente las medidas que sean necesarias para promover la eliminación de barreras que impidan el acceso a los servicios de IVE.
- A las y los jueces les asiste el deber de ser garantes del orden constitucional, incorporando estándares de derechos de las mujeres en sus decisiones.
- A las y los profesionales de la salud les corresponde cumplir la obligación ética, constitucional y legal de respetar los derechos de las

⁴⁷¹ Dorian Juliet Gómez Osorio. Ver folios 582 al 638 del cuaderno principal.

mujeres y garantizar su goce efectivo permitiéndole el acceso a todos los servicios legales de salud.

Ahora, con relación al derecho a la salud de las mujeres que solicitan una IVE, la Corte lo ha protegido abordado tres cuestiones: a) la relación de este derecho con las mujeres víctimas de violencia sexual; b) el derecho al diagnóstico, c) el deber del Estado de asegurar el acceso a servicios de IVE como garantía del derecho a la salud y el diagnóstico.

En síntesis, los estándares sobre el derecho a la salud en relación con los DSDR y los DH, en su concepto, son: la autodeterminación reproductiva, el respeto por el proyecto de vida, la salud como concepto integral, el diagnóstico, la protección de la intimidad en asuntos judiciales y médicos, la expresión libre del consentimiento en niñas y adolescentes, la expresión del consentimiento en mujeres en situación de discapacidad, la prohibición de imponer obstáculos para la IVE, la garantía del servicio en todo el territorio nacional, el acceso en todos los niveles de atención según la complejidad, contar con profesionales de salud idóneos y suficientes, la prohibición de discriminación y el límite a la intervención judicial.

Posteriormente, se concentró en la causal relativa a la salud mental de la madre. Aseguró que no puede exigirse a las gestantes la existencia de una incapacidad absoluta o una enfermedad mental severa, pues para que proceda la causal salud mental, basta con el dolor psicológico o el sufrimiento mental, sin que se pida que exista un diagnóstico psiquiátrico (trastorno mental, locura o demencia) o una discapacidad psicosocial. 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 médicos⁴⁷². 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.

Presentó las categorías que según su experiencia configuran esta casual: “i) *Afectación del proyecto de vida por embarazo temprano no planeado, no deseado o forzado*; ii) *Ausencia de redes de apoyo social, familiar o de corresponsabilidad de la pareja*; iii) *Aspectos sociales que generen o aumenten la vulnerabilidad de sufrir afectaciones a la salud física y mental como condiciones crónicas de pobreza o embarazo temprano*; iv) *Afectación del bienestar de las mujeres con base en aquello que cada mujer considere como “estar bien”*; v) *Predisposición a padecer una afectación de la salud*

⁴⁷² Este certificado puede ser proferido por un médico-a general o un psicólogo-a, quienes tienen el estatus de profesionales de la salud según la ley 1090 de 2006.

física y mental; vi) Estrés por condiciones sociales, materiales precarias o de marginalidad; vii) Imposibilidad de continuar la educación o el vínculo laboral por embarazo; viii) Imposibilidad de encargarse de los hijos por razones de empleo; ix) Maternidad satisfecha (se ha alcanzado el número de hijos deseados); x) Exclusión o marginalidad por desplazamiento, conflicto armado, migración, condición rural, racial/étnica (indígenas, afrodescendientes); xi) Afectación de la salud de hijos ya nacidos, o riesgos sociales y de salud previos asociados con la condición de ser hijos no deseados (maltrato, o pobres resultados de salud); xii) Ausencia de políticas integrales de atención de la mujer en embarazo y después del parto que abarquen el mercado formal y el informal”.

Dentro de las barreras identificadas por el colectivo señaló: a) la ausencia de profesionales y sobrecarga de la red pública, b) las resistencias frente al procedimiento de “*inducción de daño fetal*”; c) las objeciones de conciencia institucionales implícitas y adoptadas en protocolos; d) el rol omisivo y pasivo de las aseguradoras; e) la violación del derecho a la igualdad de las mujeres y aumento de clandestinidad; f) la inexistencia de acciones de Inspección, Vigilancia y Control (IVC) y g) la ineficacia de las acciones de tutela.

Luego, hizo énfasis en barreras concretas para el ingreso a la IVE de más de 22 semanas: (i) insuficiencia de prestadores idóneos y capacitados para realizar la inducción de daño fetal, así como la aparente falta de habilitación; y (ii) la imposición de argumentos carentes de veracidad y soporte científico cuando se trata de IVES en edades gestacionales avanzadas.

Finalmente, propuso tres bloques temáticos que se deben desarrollar con el objetivo de superar las barreras enunciadas: i) la disponibilidad y habilitación del servicio de IVE para embarazos superiores a 22 semanas; ii) el diagnóstico oportuno, el acceso a la información y los criterios para la certificación médica; y iii) la edad gestacional avanzada como criterio insuficiente para descartar la IVE y su relación con la decisión del nivel de riesgo a correr.

13. Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro –CLACAI⁴⁷³

Dividió su exposición en dos partes, los estándares internacionales del DIDH frente al derecho a la IVE y las limitaciones y obstáculos a la IVE.

En primer lugar, planteó que según el consenso del DIDH, la IVE es un mínimo de derechos humanos que los Estados deben garantizar, sin que la protección a la vida prenatal permita su prohibición, dado que el embrión o

⁴⁷³ Viviana Bohórquez Monsalve, Beatriz Galli, Ximena Casas Isaza, Patricia Spaniel, Catalina Martínez, Brenda Álvarez y Susana Chávez. Ver folios 640 al 676 del cuaderno principal.

feto no puede considerarse sujeto de derechos. Para sustentar su tesis⁴⁷⁴ expuso que:

“En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existe ninguna cláusula que establezca una obligación de reconocimiento del derecho a la vida antes del nacimiento, de manera tal que se obligue a los Estados a otorgar derechos a las distintas etapas gestacionales del desarrollo del ser humano. Por el contrario, existe consenso en reconocer que la interrupción del embarazo debe ser un servicio de salud no penalizado y accesible para prevenir la mortalidad materna asociada a los abortos inseguros. (En ese sentido se han decretado sanciones por priorizar la protección de vidas en desarrollo sobre los derechos de la mujer gestante, especialmente tratándose de las circunstancias excepcionadas por la Corte Constitucional de Colombia”.

Basado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, resaltó la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* como el precedente más claro y vigente en lo que respecta a la interpretación del derecho a la vida contenido en el artículo 4 de la Convención Americana, la cual determinó: *“i) que ni del texto de la Convención Americana ni de sus trabajos preparatorios puede entenderse al embrión como persona, por lo que no puede dársele tal estatus, ii) que la protección al derecho a la vida no es absoluta, y de be aplicarse de forma incremental y armonizarse con los derechos humanos de la mujer embarazada, iii) que la expresión ‘concepción’ debe entenderse como implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer y en consecuencia, iv) el sujeto de protección de la vida antes del nacimiento es la mujer embarazada, lo que se expresa en la garantía de sus derechos”.*

En segundo lugar, presentó las barreras frente al acceso a la IVE en condiciones seguras, así: poca disponibilidad de los servicios, los costos elevados, la estigmatización, los requisitos innecesarios, el suministro de información engañosa, y la tensión entre los médicos y las mujeres en relación al encuadre de la causal con los hechos alegados en el caso concreto.

En tercer lugar manifestó que la “causal salud” en su esfera mental, implica considerar que *“la salud mental incluye la angustia psicológica, sufrimiento mental actos sexuales obligados o forzados y el diagnóstico de un daño fetal*

⁴⁷⁴ Citó la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Político, al Comité de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujeres, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, el Sistema Africano de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

*grave*⁴⁷⁵. Al respecto, según la interviniente, la Corte ha identificado unas mínimas garantías del derecho a la IVE: autodeterminación reproductiva, el respeto por el proyecto de vida, la salud como concepto integral, el diagnóstico, la prohibición de imponer obstáculos para la IVE, la garantía de servicios en todo el territorio nacional, el acceso en todos los niveles de atención según la complejidad, los profesionales de la salud idóneos y suficientes, la prohibición de la discriminación y el límite a la intervención judicial.

En síntesis, solicitaron a la Corte mantener los estándares de protección del derecho a la IVE en Colombia como se han mantenido en la línea jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Corporación desde hace doce años.

14. Médicos sin fronteras⁴⁷⁶

Exhibió las siguientes barreras de las mujeres para acceder a la IVE:

- Algunas instituciones niegan el servicio basados en el “desconocimiento” de la sentencia que despenalizó el aborto en Colombia con la cual se garantiza el acceso a los servicios.
- En cuanto a la objeción de conciencia durante los acompañamientos realizados se ha evidenciado que el uso de la objeción de conciencia es discriminatorio (muestra del desconocimiento de la sentencia), desde el personal administrativo hasta el personal asistencial (enfermeras, farmacéuticos, administrativos, etc.) son objetores afirmando incluso que la Institución es objetora. Cuando esto NO puede ser aplicado de manera colectiva.
- Se han evidenciado aseguradoras (EPS) que una vez reciben una paciente solicitando este servicio, inician un proceso de “acompañamiento”. En estas visitas se intenta convencer a las pacientes de desistir del procedimiento usando argumentos falsos que no corresponden a la realidad médica de la paciente, y que desconocen la autonomía de las mujeres.
- Solicitud de autorización de padres o adultos responsables en caso de menores de edad que llegan solicitando una Interrupción Voluntaria del Embarazo. En estos casos la Corte Constitucional tiene en cuenta el concepto de evolución, por tanto pueden decidir SIN autorización.
- En casos de solicitud de Interrupción Voluntaria del Embarazo por Violencia Sexual exigencia de la denuncia aun cuando las pacientes no desean denunciar porque el perpetrador en la mayoría de los casos es un familiar o un vecino o fue víctima en el marco del conflicto armado.

⁴⁷⁵ Organización Mundial de la Salud. Aborto Sin Riesgos: guía técnica y de política para sistemas de salud. 2012. Op. Cita.

⁴⁷⁶ Nicholas Gildesleeve y María José Usach. Ver folios 677 al 682 del cuaderno principal.

- Casos en los que aun cuando se busca el servicio dentro de una Institución de salud habilitada, el procedimiento no se realiza de forma segura, esto asociado al desconocimiento en estos protocolos, falla de entrenamiento médico y actitud del profesional ya que a pesar de realizar el procedimiento, no se practica con los mínimos de calidad y seguridad del paciente. Esto es más grave específicamente durante tercer trimestre.
- Malas *praxis*, que conllevan a complicaciones para las pacientes. En una ocasión, la paciente estuvo internada en UCI 2 semanas debido a una perforación uterina como consecuencia de una mala intervención resultando en una histerectomía.
- Acceso a Misoprostol limitado en las instituciones, razón por la cual se entrega fórmula pare que el medicamento sea comprado por las pacientes, exponiéndolas a pagar altas sumas de dinero o adquirir medicamentos falsificados. –
- Muchas aseguradoras (EPS) no tienen establecidas redes de prestación del servicio de IVE. Este escenario es mucho más dramático en las regiones, donde de por si las redes de prestadores son mínimas y en condiciones precarias, esto además de ser una barrera de acceso al servicio también genera barreras geográficas, por ejemplo: desplazamiento de las pacientes a otras ciudades, malos tratos de parte de los prestadores de salud y, algunas EPS, obligan a las pacientes a llevarse el producto del procedimiento o garantizar servicio funerarios para el mismo.

15. Instituto Guttmacher⁴⁷⁷

A partir de su amplia experiencia en investigación y políticas públicas en salud sexual y reproductiva, ofreció las siguientes estadísticas sobre el aborto inducido.

- Se estima que en los países en desarrollo por cada 1.000 mujeres entre los 15 y 44 años se realizan 36 abortos al año, en comparación con 27 abortos en las regiones desarrolladas.
- En América Latina y el Caribe, las tasas de aborto subregional varían desde 33 en América Central a 48 en América del Sur y 59 en el Caribe.
- Los abortos ocurren con la misma frecuencia en los países con más restricciones legales que en los que tienen menos restricciones: 37 y 34 por cada 1.000 mujeres, respectivamente
- La elevada necesidad no satisfecha de anticonceptivos y los altos niveles de embarazos no deseados pueden explicar el alto número de abortos que ocurren en países con leyes de aborto restrictivas.
- De acuerdo con los cálculos recientes disponibles, la tasa de aborto en Colombia es de 39 por cada 1.000 mujeres. Las tasas de aborto varían

⁴⁷⁷ Susheela Singh. Ver folios 683 al 703 del cuaderno principal.

bastante según la región: desde 18 abortos por cada 1.000 mujeres en la región oriental, hasta 66 abortos por cada 1.000 en Bogotá.

- A pesar de los importantes avances en el uso de anticonceptivos que se han desarrollado en las últimas dos décadas, el 67% de todos los embarazos del 2008 en Colombia fueron embarazos no deseados.

Acorde con las evidencias recolectadas, “*el aborto es seguro a largo plazo y conlleva pocos o ningún riesgo de problemas relacionados con la fertilidad, cáncer o enfermedades psicológicas*”. Sin embargo, el aborto es riesgoso donde las leyes son más restrictivas. Al respecto presentó los siguientes datos:

- La OMS y el Instituto Guttmacher han clasificado los abortos en todo el mundo según su nivel de riesgo de la siguiente manera: seguros, menos seguros o nada seguros. Casi el 90% de los abortos se realizan en condiciones seguras en países donde el aborto es ampliamente legal, mientras que solo el 25% de los abortos se realizan de manera segura en países con leyes de aborto restrictivas.
- Aproximadamente 6.9 millones de mujeres son tratadas por complicaciones relacionadas con el aborto cada año en dichos países en la regiones en desarrollo que tienen leyes restrictivas, y muchas de las mujeres que necesitan tratamiento no reciben atención oportuna.
- Las mujeres colombianas, en particular, se enfrentan rutinariamente a barreras innecesarias para acceder al aborto legal y muchas recurren a procedimientos clandestinos.
- Al rededor del 33% de la todas la mujeres que tienen abortos clandestinos en Colombia sufren de complicaciones que requieren atención médica, y el 53% de la mujeres que provienen de áreas rurales de bajos recurso que tienen abortos sufren complicaciones. Además, aproximadamente una quinta parte de todas las mujeres que desarrollan complicaciones no reciben la atención médica que necesitan. La mitad de las mujeres de las zonas rurales de bajos recurso que han abortado y han sufrido complicaciones pos-aborto no reciben tratamiento.

Finalmente, argumentó que la decisión de acudir al aborto depende de la capacidad que cree tener la mujer para cuidar a su niño.

16. **Grupo Médico por el Derecho a Decidir**⁴⁷⁸

Para la interviniente fijar límites a la edad gestacional es contrario al espíritu de la sentencia C-355 de 2006 y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En este sentido, la protección de los derechos a la salud, a la dignidad y a la integridad de la mujer no varía con la edad gestacional. En su concepto, los límites de edad gestacional promueven las barreras de acceso por parte de personal médico obstructor y disminuyen la posibilidad de que las

⁴⁷⁸ Salomé Valencia Aguirre. Ver folios 775 al 782 del cuaderno principal.

mujeres ejerzan sus derechos. Aseguró que el aborto, incluso después del primer trimestre, es un procedimiento seguro.

Por último, manifestó que la causal por viabilidad fetal no trae consigo la necesidad de definir un límite de edad gestacional para la IVE pues se trata de embarazos en los que no se espera un nacido vivo. Adicionó que la viabilidad es un concepto que depende de la capacidad del recién nacido, la oferta institucional, el contexto local, entre otros.

17. **Fundación Unida de Orientación y Asistencia Materna – Oriéntame**⁴⁷⁹

Expuso que desde el año 2006 la institución ha practicado 50.000 procedimientos IVE, la mayoría de los procedimientos (89%) se han realizado antes de la semana 12, el 11% entre las semanas 12 y 20, y apenas 19 procedimientos (menos del 1%) después de la semana 20.

Planteó que *“Cualquier limitación del acceso a servicios de Interrupción Voluntaria del Embarazo seguros y legales, por razones tales como edad gestacional, falta de capacidad instalada, interpretación restrictiva de la sentencia C-355 de 2006 o desconocimiento del marco normativo, entre otras, y que tengan como consecuencia la negación del servicio sin remisión adecuada y oportuna de la mujer, desconoce la realidad de las mujeres y su capacidad de tomar decisiones como sujetos morales, limita el ejercicio del derecho a la salud definida desde un punto de vista integral; y expone la salud y la vida de las mujeres”*.

Argumentó que las mujeres son sujetos morales con capacidad de toma de decisiones y se ven seriamente afectadas por los estereotipos que afirman lo contrario, estereotipos tales como pensar que *“las mujeres van a abusar de la opción el aborto”* y/o considerar necesaria la intervención de terceros para tomar decisiones por ellas. Así, obligar a la mujeres a continuar embarazos que no desean, mediante la imposición de barreras de acceso a servicios de aborto seguro, es un acto que no tiene como objetivo preservar la vida de un feto sino reforzar la idea que las mujeres están obligadas a ser madres y a sentirse plenas y felices de esto, independientemente de la circunstancias.

Respecto de las limitaciones y barreras legales al acceso a los servicios de Interrupción Voluntaria del Embarazo, afirmó que esto no impacta el número de abortos. Es decir, las leyes restrictivas no disminuyen las tasas de aborto. En cambio, la seguridad del aborto está relacionada con que no hayan restricciones, limitaciones y barreras de acceso a los servicios; las leyes

⁴⁷⁹ María Mercedes Vivas y Cristina Villarreal en calidad de directora ejecutiva adjunta y representante legal, respectivamente. Ver folios 845 al 864 del cuaderno principal.

restrictivas exponen la salud y la vida de las mujeres a los riesgos asociados al aborto clandestino.

En la experiencia de prestación de servicios de Oriéntame, implementando el Protocolo del Ministerio de Salud y Protección Social de acuerdo con las políticas públicas vigentes, desde enero de 2017 la tasa de complicaciones de los diferentes procedimientos ha sido muy baja. Por ejemplo, el porcentaje promedio de infecciones desde mayo del 2017 hasta abril del 2018, no alcanza el 0,50%. La tasa de otras complicaciones en el mismo periodo fue de 0,16%. Esas complicaciones incluyen hemorragia, desgarro cervical y perforación uterina, entre otras.

Resaltó que las causales establecidas por la sentencia C-355 de 2006 no se dan independientemente, por lo que es frecuente que las causales coexistan.

Solicitó a la Honorable Corte Constitucional que avance en el reconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres y emita un fallo con medidas para eliminar las barreras de acceso que aún, después de 12 años de implementación de la sentencia C-355 de 2006, las mujeres en Colombia siguen enfrentando para acceder a servicios de aborto legal y seguro.

18. Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de México⁴⁸⁰

Aseguró que el nacimiento de un hijo con discapacidad supone un evento traumático que se relaciona íntimamente con la indeseabilidad ante la presencia de una deficiencia o diferencia significativa en el hijo. Explicó que dentro de los lineamientos éticos para la emisión del diagnóstico prenatal (DPN), publicados por la OMS, se contempla el asesoramiento genético no directivo que incluye una discusión exhaustiva de sus riesgos, beneficios y limitaciones. De acuerdo con Taboada Lugo, el DPN cumple con diversas funciones de tipo informativo a través del cual es posible saber si se puede llevar a cabo tratamientos prenatales, indicar el mejor modo y lugar para la realización del parto, prepararse sobre las condiciones de vida y tratamientos adecuados para asumir la llegada de un hijo “*enfermo*”.

Al respecto, señaló que el Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha emitido una serie de recomendaciones a Estados parte de la Convención que contemplan en sus legislaciones la interrupción del embarazo “*por motivos de discapacidad exclusivamente*”. También se ha pronunciado sobre el derecho de las mujeres a decidir sobre su cuerpo, precisando que estos deben respetarse sin legalizar el aborto selectivo por motivos de deficiencia fetal.

⁴⁸⁰ Emma Erika González Gutiérrez coordinadora del área de psicología en la clínica jurídica de la universidad. Ver folios 865 al 869 del cuaderno principal.

De acuerdo con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, El Cairo (CIPO) (1994) y conforme a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de la ONU (Beijing-Pekín, 1995) el reconocimiento y la defensa a la decisión de la interrupción legal del embarazo compete de manera exclusiva a las mujeres, en consonancia con el marco legal internacional dirigido a proteger su derecho a decidir, así como a ser protegida por la ley para llevar a cabo esta decisión en condiciones asequibles.

Sin embargo, la detección de patologías en el feto como causal para la interrupción del embarazo a través del aborto selectivo contiene una carga ideológica que menosprecia, en el mejor de los casos, las condiciones de deficiencia o divergencia como condición humana; no nada más hacia los fetos que presentan estas condiciones sino hacia las personas vivas que forman parte de nuestro entorno.

Finalmente propone analizar la responsabilidad de los Estados respecto de aumentar la calidad de vida de las personas con deficiencias o divergencias significativas y ver la discapacidad no solamente desde el concepto de enfermedad, anormalidad, deficiencia o patología, sino en perspectiva del modelo social y de la diversidad humana.

19. Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico⁴⁸¹

Los temas prioritarios que la Agrupación Ciudadana por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Ético y Eugenésico trabaja son: a) Promover el cambio de imaginarios para la regulación en la legislación existente sobre la penalización absoluta del aborto y las consecuencias nefastas que con ello lleva. b) Defender legalmente a nivel nacional e internacional a mujeres criminalizadas por abortos o delitos relacionados. C) Educar, informar y divulgar a la sociedad la necesidad que las mujeres reciban asistencia médica, gratuita adecuada para asegurar su salud sexual y reproductiva, de tal manera que no recurran a abortos inseguros que pongan en peligro sus vidas.

La intervinientes sugiere a la Corte tener en cuenta los siguientes aspectos al momento de decir sobre el asunto objeto de debate:

- Restringir el derecho a una interrupción del embarazo viola el derecho a la salud de las mujeres, niñas y adolescentes reconocido Constitucionalmente.
- Todos los embarazos impuestos en niñas y adolescentes constituyen delitos sexuales y ponen en riesgo su salud y vida. Además son una violación a sus derechos humanos, obstaculizan su plena participación en la vida económica, política y social.

⁴⁸¹ Sara Beatriz García Gross. Ver folios 890 al 895 del cuaderno principal.

- Ante un embarazo que pone en riesgo la salud y vida de la mujer gestante, debe tener la oportunidad de decidir la interrupción del embarazo.

Informan que la tendencia internacional está dirigida a disminuir el marco punitivo, orientando medidas hacia escenarios de salud pública que reconocen los derechos de las mujeres y sus necesidades. El 97% de países en el mundo contemplan en su legislación la posibilidad de realizar la interrupción del embarazo para salvar la vida de la mujer gestante, cuando la continuidad del embarazo supone un riesgo para la salud o la vida de la mujer gestante, mientras que un 67% de países para preservar su salud. En Latinoamérica y el Caribe, el porcentaje de países es algo menor, el 88 % de países permiten el aborto para salvar la vida y el 58 % para preservar su salud.

Considera que es importante tener en cuenta aspectos como: el riesgo de daño a la salud y a la vida de las mujeres, los límites en la estrategia de disminución de la mortalidad materna, la inseguridad jurídica del personal sanitario, y las opiniones favorables de asociaciones internacionales de ginecología y obstetricia, respecto a la justificación del aborto por causas de salud.

En este último aspecto señaló que las asociaciones gremiales internacionales de ginecología y obstetricia (FIGO y FLASOG), reconocen que el aborto es un problema de salud pública con importante presencia, que no se puede ignorar y que genera consecuencias graves para las mujeres, en especial cuando se realiza en condiciones de inseguridad e ilegalidad, por lo que manifiestan un amplio consenso en considerar que el aborto es éticamente justificable cuando se efectúa por razones médicas, para proteger la vida y la salud de la mujer gestante.

Por todo lo anterior, limitar las semanas para poder interrumpir un embarazo no responde ni aborda la problemática relacionadas con la morbilidad y mortalidad de la mujer gestante, así como el derecho de las mujeres y las niñas a resguardar su integridad física, psíquica y moral.

20. **Natalia Bernal Cano**⁴⁸²

Afirmó que realizó un estudio comparado de la jurisprudencia constitucional y de la legislación del aborto inducido en Estados Unidos, España, Francia y Colombia. En este utilizó como método el análisis real del dolor humano y no teorías jurídicas complejas. Luego de exponer casos en los cuales identificó afectaciones mentales en las mujeres con ocasión del aborto inducido al que fueron sometidas, presentó varias conclusiones de su investigación.

⁴⁸² Doctora en Derecho de la Universidad de Paris y Pantheón Sorbonne. Ver folios 902 al 969 del cuaderno principal.

Llamó la atención sobre la importancia de ofrecer a los adolescentes una educación sexual integral que les enseñe a ser responsables con su cuerpo y sus emociones⁴⁸³, programas no dirigidos a facilitar el “sexo seguro” ni el “aborto inducido”, deben ser encaminados hacia el aprendizaje de los valores, el respeto del propio cuerpo, una buena autoestima, entre otros.

Aseguró que: *“Después de escuchar testimonios de mujeres que sufrían como consecuencia de su libre decisión de interrumpir su embarazo, leí la literatura aconsejada por algunos especialistas en salud mental, después de entrevistar varios de ellos en las dos primeras ediciones en español de mi obra original, después de escuchar opiniones científicas, llegué a la conclusión de que el aborto inducido es una práctica auto-destructiva que perjudica gravemente la salud mental de las mujeres”*.

Presentó una serie de estudios y entrevistas a psicólogos a partir de las cuales concluyó que:

“Muchos riesgos del aborto inducido que afectan la salud mental de las mujeres no son por lo general muy conocidos, porque las mismas mujeres llevan en lo más íntimo de su ser sus procesos de ‘duelo prohibido’, un duelo que por lo general es censurado y que surge por el mismo hecho mismo de los sentimientos de culpa que genera la interrupción voluntaria del embarazo.

La mujer que ha abortado voluntariamente sufre por lo general en silencio de depresiones por sentimientos de culpa que ella misma no expresa a nadie porque ella misma no se perdona lo que hizo a su hijo. Por eso poco se conoce mucho este riesgo. Algunas mujeres acuden al psicólogo o al psiquiatra a solicitar ayuda pero estos síntomas quedan por lo general ocultos en el secreto de las consultas. Muchas mujeres que se practican un aborto inducido, no hablan de esta secuela producida en la salud mental porque se arrepienten de haberse practicado voluntariamente el aborto y se sienten mal si hablan a otras personas de su propia experiencia.

La gran mayoría de mujeres afectadas no acude al psicólogo o al psiquiatra para solicitar ayuda. El trauma severo que se produce genera en las mujeres fuertes depresiones, ataques de pánico, episodios fuertes de ansiedad, insomnio, pesadillas con restos de bebés abortados y las depresiones fuertes exponen a las mujeres al alcohol, al consumo de drogas y lamentablemente, al suicidio. Hemos visto que resultados muy recientes de investigaciones serias realizadas en los Estados Unidos revelan todo esto y en Colombia no son conocidos estos estudios en los estrados judiciales.

⁴⁸³ Para sustentar esta consideración expuso *in extenso* una investigación de su papá.

Los jueces, los abogados, muchas personas que solicitan la práctica de un aborto inducido en nuestro país, no están por lo general bien informados de la existencia de este daño en la salud mental de las mujeres que abortan voluntariamente por los secretos íntimos que guardan las mismas mujeres. No es razonable culpar o juzgar a los abogados, a los jueces, a las personas que piensan que este riesgo no existe como consecuencia del aborto voluntariamente practicado, precisamente porque la gran mayoría de mujeres afectadas sufre en silencio y no cuentan a nadie qué sucede en su interior”.

En su concepto, *“el embarazo no deseado no afecta gravemente la salud mental de la mujer porque hay otras soluciones alternas más positivas que el camino del aborto. Es el trauma del aborto inducido lo que realmente provoca daños graves o menos graves en la salud mental de pocas o muchas mujeres. No importa el número de mujeres afectadas, debe tenerse en cuenta la existencia contundente de este: riesgo, debe tenerse en cuenta que existe un dolor humano después del aborto que no puede ignorarse”.*

Planteó que se deberían revocar las decisiones de la Corte donde reconoce el derecho a la IVE *“simplemente por la verificación del dolor moral que los especialistas anteriores han demostrado y que muy seguramente existe también en nuestro país”.*

Con relación al dolor que podría producir el procedimiento de la IVE en el feto afirmó, con base en diferentes estudios científicos, que *“el niño o la niña por nacer sufren cuando se interrumpe el embarazo en el seno materno, con mayor razón si se interrumpe el embarazo de manera violenta”.*

También se refirió a la afectación en la salud mental de los profesionales de la salud, en su sentir, *“muchos médicos ginecólogos colombianos, pueden sentirse psicológicamente afectados cuando introducen las cánulas y los aspiradores en el útero de las mujeres. De igual forma, pueden sentirse afectados cuando realizan todo el procedimiento explicado por el Ministerio de salud en el Documento Atención postaborto (APA) y sus complicaciones”.*

Finalmente solicitó a la Corte cambiar su precedente ya que (i) la condición humana se adquiere desde la concepción y todas las personas por el hecho de tener una condición humana, rasgos humanos identificables, signos vitales, capacidades sensoriales, tienen el derecho a nacer; (ii) no existe ninguna razón legítima que justifique en los Estados la terminación del ciclo de la vida o la práctica de tratamientos médicos que producen torturas o cualquier forma de dolor intenso en el ser humano; (iii) la libertad de la mujer en ningún caso es más importante que el derecho a la vida de su hijo; y (iv) la vida humana en gestación desde la concepción es igual a la vida humana después del nacimiento.

21. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Secretaría Distrital de la Mujer⁴⁸⁴

Para la entidad, “*la Interrupción Voluntaria del Embarazo -IVE- es un derecho fundamental de rango constitucional y un derecho humano de las mujeres*”. Su intervención la divide en tres aspectos: (i) el Respeto al precedente judicial de la Corte Constitucional en materia de IVE; (ii) la jurisprudencia en materia de Interrupción Voluntaria del Embarazo; y (iii) la postura institucional de la Secretaría Distrital de la Mujer frente al tema objeto de debate y desde el enfoque de derechos humanos de las mujeres.

1. El respeto al precedente judicial de la Corte Constitucional en materia de IVE. Basándose en textos jurídicos del profesor Diego López Medina explica el contexto y la importancia acerca del respeto al precedente vinculante y, la excepcionalidad para cambiarlo.

2. Jurisprudencia en materia de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Expone una serie de escenarios protegidos por la Corte Constitucional respecto del derecho al IVE⁴⁸⁵.

3. Postura institucional de la Secretaría Distrital de la Mujer frente al tema objeto de debate y desde el enfoque de derechos humanos de las mujeres. La EPS Compensar y sus IPS adscritas, revictimizaron a la accionante y vulneraron su derecho a la salud. Para la Secretaría, es evidente la concurrencia de causales, “*en donde la causal riesgo para la vida y la salud de las mujeres confluye, poniendo de presente que, para el caso en concreto,*

⁴⁸⁴ Ver folios 26 al 39 del cuaderno nuevo.

⁴⁸⁵ Objeción de conciencia (T-209 de 2008); responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de tener un si catálogo de prestadores, instituciones y personas que puedan realizar la interrupción requerida (T-209 de 2008); diagnóstico oportuno (T-585 de 2010); servicio oportuno e integral (T-209 de 2008, T-946 de 2007, T-988 de 2007, T-388 de 2009); entrenamiento a prestadores de salud para la garantía del derecho en edad gestacional avanzada (T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-388 de 2009); derecho a la información frente al derecho a la IVE (T-627 de 2012 y T-697 de 2016); inexistencia de edad gestacional para la práctica de la IVE (T-841 de 2011 y T-532 de 2014); causal salud mental (T-841 de 2011); eliminación de barreras de acceso a la IVE relacionadas con prácticas dilatorias, juntas médicas y requisitos adicionales (C-355 de 2006, T-209 de 2008, T-841 de 2011 y T-388 de 2009); obligaciones de los entes territoriales (T-388 de 2009 y T-988 de 2007); Obligaciones de la Superintendencia de Salud y el Ministerio de Salud (T-946 de 2008); el derecho fundamental de rango constitucional a la IVE (T-585 de 2010 y T-841 de 2011); los derechos sexuales y reproductivos en general y en especial la IVE en las condiciones de la Sentencia C-355 de 2006, garantizan el derecho a la igualdad, (T-697 de 2016); la negación o dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos de las mujeres (T-946 de 2008 y T-697 de 2016).

era pertinente aplicar la causal salud, porque implicaba menos requisitos, en consonancia con el principio de favorabilidad, según lo señalado en la Sentencia T -585 de 2010; así como garantizar proveedores entrenados para la práctica del procedimiento dentro el tiempo establecido por la Corte (Sentencia T-209 de 2008), evitar dilaciones injustificadas asociadas con la edad gestacional, previendo que en Colombia no existe límite para la práctica del procedimiento (Sentencia C-355 de 2006) y con ello, evitar realizar juntas médicas que ocasionaron tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido (T-388 de 2009)”.

Resaltó que *“si bien la causal invocada está relacionada con la malformación incompatible con la vida, no es menos cierto que la mujer tenía claro que no estaba dispuesta a asumir el riesgo presente y futuro implícito en su continuación del embarazo, con un diagnóstico de malformación en el feto, que a su turno tendría implicaciones para su proyecto de vida”.* De hecho, *“la mujer contaba con el requisito exigido para la causal malformación incompatible con la vida extrauterina, como lo era el certificado médico; de acuerdo con lo establecido en la Sentencia C-355 de 2006 y haberse emitido por el médico tratante la orden de ‘aspiración al vacío de útero para terminación del embarazo derivado de la malformación’”.* Pese a lo expuesto, las accionadas omitieron cumplir con su deber.

Adicionalmente, las demandadas incumplieron con la obligación de ofrecer a la accionante información completa sobre sus derechos, sometiéndola a dilaciones injustificadas y a trámites burocráticos, dificultaron el acceso al servicio pese a configurarse las causales para hacer viable la IVE, vulnerando con esto los derechos fundamentales de la paciente.

22. Federación Nacional para el Aborto – NAF⁴⁸⁶

La Federación presenta a la Corte tres cuestiones: i) el aborto como derecho fundamental humano; ii) los métodos para la práctica del aborto; y iii) los resultados negativos de los marcos legales que limitan los servicios de aborto legal y seguro.

1. El aborto como derecho fundamental humano. En su concepto, el aborto *“es un derecho humano fundamental y una parte esencial de los cuidados de salud”.* En aras de lograr una sociedad justa y equitativa de las mujeres ellas *“debe tener los medios para controlar su cuerpo, incluida su fertilidad, lo cual requiere el acceso a métodos anticonceptivos asequibles y eficaces, así como el acceso al aborto seguro y legal”*, de esta forma, *“las decisiones sobre el embarazo, la crianza de los hijos y la futura capacidad reproductiva deben ser libres y voluntarias, sin coacción”.* En términos de igualdad, sugiere que cuando existe un amplio acceso a servicios de aborto seguro y legal, *“las mujeres y los hombres tienen igual control sobre sus cuerpos”* logrando así

⁴⁸⁶ Ver folios 40 al 51 del cuaderno nuevo.

justicia y equidad para todos. Imponer barreras al derecho al aborto *“sobrecarga a las mujeres financiera, física y psicológicamente, lo cual afecta inevitablemente a las mujeres más marginadas en primer lugar. limitar el acceso a la atención en aborto es algo particularmente discriminatorio hacia las mujeres pobres, inmigrantes, rurales, víctimas de la violencia y mujeres jóvenes y adolescentes de una manera en la que no son afectados los derechos los hombres de un modo similar”*. Aseguró que el aborto seguro *“puede realizarse en cualquier edad gestacional, y es más seguro para la mujer embarazada que un parto a cualquier edad gestacional”*.

2. Métodos para la práctica del aborto durante el embarazo. Afirmó que *“el aborto es un procedimiento médico extremadamente seguro”*. Así, en los países donde el aborto es legal, *“las mujeres se han beneficiado considerablemente de la introducción de métodos modernos y de alta calidad para la atención del aborto. Allí, las complicaciones derivadas de abortos legales se han vuelto extremadamente raras”*. Sin embargo, en países con leyes restrictivas se evidencia mayor número de abortos inseguros. La legalización del aborto permite la capacitación del personal médico en técnicas y manejo de complicaciones relacionadas con el aborto. Tal como demuestran las Guías de Prácticas Clínicas para la Atención del Aborto de la NAF, existen diferentes procedimientos de aborto que son comunes y eficaces: suministro de mifepristona y misoprostol durante el embarazo, aspiración endouterina (antes de las semanas 14-16), dilatación y evacuación (después de las semanas 14-16).

3. Los marcos legales restrictivos que limitan el acceso a los servicios de aborto legal y seguro tienen resultados negativos. Planteó que *“las restricciones al acceso tienen efectos negativos para la salud, las cuales afectan de manera desproporcionada a las mujeres con bajos recursos, en zonas rurales, jóvenes y en general, a las mujeres marginadas”*. Como restricciones perjudiciales mencionó: edad gestacional y viabilidad del feto. Respecto de esta última resaltó que *“las anomalías fetales se presentan de muchas maneras: algunas son uniformemente letales, pero muchas tienen una amplia gama de resultados, incluyendo discapacidad de por vida. Cada síndrome o anomalía es diferente y, lo que es más importante, cada familia y su capacidad para cuidar a los niños con estos síndromes o anomalías es diferente. La amplia variación en cada situación es otra razón por la cual las decisiones médicas relacionadas con la atención del aborto deben ser tomadas por la mujer embarazada en consulta con su prestador de servicios de salud sexual y reproductiva”*.

23. Universidad Sergio Arboleda⁴⁸⁷

Comienza su intervención presentando el contexto del debate sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo, refuta como con la sentencia C-355 de

⁴⁸⁷ Ver folios 53 al 79 del cuaderno nuevo.

2006 la Corte cambió su jurisprudencia “no solo respecto de la importancia del derecho a la vida del no nacido, sino incluso a su existencia”, apelando a una concepción civilista de personas, “lo que confunde abiertamente el sentido de la personalidad jurídica, con la naturaleza intrínseca de los derechos fundamentales”. Argumentó que, acorde con las ciencias biológicas, “el embrión es un individuo de la especie humana desde la concepción y la aportación de la filosofía consiste en afirmar que el embrión es persona humana desde la concepción”. A partir de dicha premisa afirmó que “la exigencia de asegurar al embrión también una tutela jurídica de todos los derechos humanos, que en el plano internacional reconocen a todos los seres humanos, se presenta como evidente e inderogable”, dicha protección demanda que “sólo en casos que lo hagan estrictamente necesario para proteger los derechos de las madres, permita el aborto”.

Posteriormente, describe la regulación de la IVE en Colombia, para concluir que “es necesario que, en Colombia, se fijen los límites temporales para realizar el procedimiento. Lo anterior, debido a que no existe justificación científica ni filosófica para considerar que el nasciturus con edad gestacional superior a 24 semanas, es decir, con viabilidad autónoma, pueda ser considerado como un objeto, y no un sujeto de derechos. Se hace por lo tanto indispensable establecer una protección a la vida del feto viable autónomamente tal y como se ha procurado en el ámbito internacional”⁴⁸⁸.

Específicamente se pronunció sobre la hipótesis de abortar a una persona por su condición de discapacidad, encuentra necesario que la Corte establezca “que la discapacidad no puede ser una situación modificatoria de la Ley, como por ejemplo para la justificación del aborto y posterior atentado contra la vida humana, ni muchos menos, se puede catalogar como uno de los móviles de discriminación y desconocimiento de la dignidad inalienable de todo ser humano”.

Concluyó que “frente a la ponderación que tiene que realizarse conforme al derecho a la IVE como un derecho no absoluto, debe tenerse en cuenta que los restantes derechos, se ubican en una jerarquía subalterna, lo que significa que no puede sacrificarse el valor supremo de la vida para proteger, en base de su negación, derechos secundarios. Se hace evidente, que la vida comienza en el momento de la concepción, y por tanto el ser que está por nacer debe ser protegido en igualdad de condiciones que el nacido. Defender lo contrario sería abiertamente discriminatorio”.

24. Coalición Internacional de Salud de la Mujer – IWHC⁴⁸⁹

⁴⁸⁸ Presentó el estudio de derecho comparado extraído de la sentencia C-341 de 2017.

⁴⁸⁹ Ver folios 116 al 127 del cuaderno nuevo.

La organización presentó dos tesis, a saber: i) Las restricciones al aborto han demostrado ser ineficaces para reducir su acontecimiento y, al mismo tiempo, son muy dañinas para la salud de las mujeres; y ii) Las restricciones perjudiciales para el acceso a los servicios de atención médica no se limitan a las leyes y políticas públicas, sino que también incluyen la negación de atención por parte de los proveedores de servicios de salud.

Sobre la primera cuestión expuso cifras que, en su concepto, demuestran la ineficacia de las regulaciones que restringen el aborto. A su juicio, las medidas que sí permiten una reducción en el número de abortos son la inversión en salud pública y educación. Por ejemplo, permitir el acceso a los anticonceptivos, ofrecer información y educación sobre el uso de los mismos y aumentar la disponibilidad de estos para las mujeres, sí reduce los embarazos no deseados y, en consecuencia, reduce el número de abortos.

Ahora bien, entendiendo que los métodos anticonceptivos pueden fallar y que es posible que se presenten situaciones diferentes a un embarazo no deseado que terminaría en un aborto, el interviniente resalta que despenalizar el aborto es la medida adecuada para reducir la práctica del aborto. Al respecto recalcó que la penalización del aborto conlleva abortos inseguros los cuales *“no están distribuidos uniformemente entre las diferentes regiones del mundo. Por el contrario, el 97% de los abortos inseguros (es decir, 24,3 millones de procedimientos precarios y peligrosos) se realizan en países en desarrollo, donde el acceso a procedimientos legales y seguros se limita a unos pocos motivos legales, como es el caso de Colombia, o se prohíbe por completo. Según la Organización Mundial de la Salud, en aquellos países donde el aborto legal está restringido, el aborto seguro se convierte en un privilegio de los ricos, y las barreras y riesgos recaen principalmente sobre las mujeres rurales, pobres, adolescentes, solteras o con menos acceso a la educación, lo que resulta en muertes y complicaciones evitables”*.

Respecto de la segunda cuestión, afirmó que con ocasión de la objeción de conciencia *“el uso de creencias personales para negar el acceso a procedimientos médicos necesarios y deseados, que están respaldados con evidencia científica, como es el caso del aborto, es un fenómeno creciente con implicaciones mortales para las mujeres y las niñas, especialmente aquellas que son más vulnerables”*. Con base en algunas investigaciones aseveró que *“las mujeres que se enfrentan a la negación de procedimientos de aborto (...) enfrentan un mayor riesgo de daño físico y psicológico, desventajas socioeconómicas e incluso acortamiento de la esperanza de vida”*. En este sentido, sugiere que *“permitir que los profesionales de la salud se nieguen a proporcionar ciertos servicios sobre la base de la religión o la conciencia afecta a una amplia gama de pacientes y evita el acceso a un espectro de procedimientos legales de salud sexual y reproductiva”*.

25. Defensoría del Pueblo⁴⁹⁰

Presentó concepto en defensa de la protección de los derechos fundamentales de la accionante, sugirió a la Corte pronunciarse sobre *“los obstáculos que padecen las mujeres y las niñas en Colombia para ejercer su derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo y por tanto, para adoptar medidas eficaces que propendan por su efectivo ejercicio”*. Dividió su exposición en tres partes: (i) elaboró una síntesis de los antecedentes del proceso; (ii) expuso las consideraciones de la Defensoría respecto del caso objeto de estudio y, (iii) formuló las correspondientes conclusiones y solicitudes.

Se ocupó de exponer el contenido y alcance del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo y los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para el ejercicio del mismo, específicamente en lo relacionado con las causales: malformación del feto que hace inviable su vida y el riesgo de continuar con la gestación para la salud física o mental de las mujeres, a partir de las consideraciones plasmadas en la sentencia C-355 de 2006 y T-388 de 2009. De dicho análisis destacó que *“el único requisito para la causal relacionada con la afectación a la salud de [las mujeres gestantes] y la referida a la malformación del feto que haga su vida inviable - en la que se circunscribe el caso analizado en este proceso-, es contar con el certificado del profesional de la salud tratante para proceder inmediatamente, conforme al deseo de la mujer o niña involucrada, a realizar la interrupción voluntaria del embarazo”*.

Para la Defensoría no es pertinente establecer que la *“viabilidad en el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es la edad gestacional del feto, acompañada de una valoración médica que indica que la misma es suficiente para que el mismo sobreviva fuera del vientre”*, en línea con la jurisprudencia constitucional es suficiente con demostrar *“la existencia de un riesgo manifiesto de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de la mujer gestante”* para hacer procedente el procedimiento. En tal sentido, elabora una crítica jurídica a lo dispuesto por la Corte en la sentencia T-352 de 2014.

Posteriormente, menciona algunos regímenes jurídicos de otros países, Estados Unidos, Francia, Italia, Hungría, Uruguay, España y Argentina para concluir que *“conjugar el plazo con las causales, [ofrece] mayores garantías a las mujeres gestantes (...) y no imponiendo términos perentorios para tal efecto como equivocadamente es sugerido por la sentencia T-532 de 2014, pues ello resulta restrictivo, inconveniente, regresivo en relación con el derecho a la salud de las mujeres y niñas y representaría un obstáculo*

⁴⁹⁰ Ver folios 146 al 164 del cuaderno nuevo.

adicional a los ya enfrentados por las mujeres en el país para ejercer este derecho fundamental”.

Como obstáculos para el ejercicio del derecho a la IVE señaló los siguientes: i) falta de oferta institucional para garantizar estos servicios; ii) objeción de conciencia por parte de profesionales y funcionales del sistema de salud; iii) falta de difusión de la sentencia C-355 de 2006 y desconocimiento del derecho fundamental a la IVE por parte de las autoridades, funcionarios y la sociedad en general; iv) la falta de comprensión sobre el alcance de la causal de afectación a la salud mental como válida para el acceso a la IVE; v) desconocimiento de los protocolos para llevar a cabo el procedimiento en determinadas edades gestacionales y vi) los pronunciamientos de los jueces de instancia y de las Altas Cortes contrarios al precedente establecido en la sentencia C-355 de 2006.

Aseveró que imponer un límite de tiempo para la IVE constituye una vulneración del principio de progresividad frente a la protección del derecho a la salud de las mujeres y niñas. Por lo tanto, solicitó a la Corte considerar que *“limitar el procedimiento a la interrupción voluntaria del embarazo a una determinada etapa gestacional en el marco de las condiciones que padecen quienes pretenden ejercer este derecho fundamental en Colombia (...) puede constituirse en el peor de los obstáculos a los que se les sometería, pues es posible que haciendo uso de éste, se lleve al aumento del número de semanas de gestación de manera injustificada, y luego se niegue el servicio con fundamento en esta situación”.*

Respecto de la adopción de medidas provisionales durante el trámite de tutela, defendió una actitud activa de los jueces, en procura de evitar la prolongación de afectación de los derechos fundamentales de la madre gestante. Finalmente, sobre el caso concreto, consideró que:

“En lo que respecta al caso concreto bajo examen, esta Delegada comparte el criterio del Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, por cuanto dicho despacho dio aplicación cabal a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, al tener por acreditado: i) la configuración de la causal de inviabilidad del feto para la vida, con fundamento en el diagnóstico y el tratamiento establecido por el médico tratante; ii) la voluntad clara, expresa e informada de la madre respecto de la práctica de dicho procedimiento; y iii) la negativa injustificada de las instituciones sanitarias a las que acudió la accionante para el efecto, la cual ocasionaba una grave amenaza a sus derechos fundamentales.

Asimismo, como se dijo previamente, la adopción y confirmación de la medida cautelar en virtud de la cual se ordenó la práctica del procedimiento correspondiente para la interrupción del embarazo de la

accionante, toda vez que de haberse aguardado hasta la culminación del proceso para ordenarla, el avance de la edad gestacional del mismo hubiera supuesto mayores riesgos para los derechos fundamentales de la demandante, incluso con posibilidad de exponerla a la realización del parto de un feto que presentaba condiciones que le hadan inviable para la vida extrauterina.

No obstante, no ocurre lo mismo con lo decidido en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia fechada el 22 de enero de 2018, toda vez que la argumentación expuesta por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá desconoce no sólo el precedente jurisprudencial de la Corte, en el que se ha reiterado que la protección del derecho a la salud requiere de que los servicios sanitarios deben ser integrales, sino adicionalmente lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015”.

26. Comisión Colombiana de Juristas⁴⁹¹

La Comisión dividió su intervención en cuatro cuestiones: i) la situación actual del reconocimiento del derecho a la IVE, desde la necesidad de superar la desigualdad y discriminación estructural frente a las mujeres en Colombia; ii) la consagración de un derecho fundamental al IVE y la obligación del Estado a garantizarlo; iii) algunas de las barreras frente al acceso a la IVE, y los daños psicosociales que genera la ausencia de atención oportuna en salud en estos casos; y iv) proponen órdenes que podrían garantizar efectivamente el derecho fundamental a la IVE.

En primer lugar, hizo un recuento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho de las mujeres a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten su salud sexual y reproductiva; enfoque de género que se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En desarrollo de lo expuesto, señaló que existe una jurisprudencia consolidada frente a la IVE por afectación a la salud mental como un derecho fundamental, y sobre los requisitos para que se pueda realizar una IVE por esta causal, a saber: 1. Entrega de información suficiente, amplia y adecuada. 2. Evaluación por una persona profesional en psiquiatría o psicología dentro de los cinco días siguientes a la solicitud de la IVE. 3. Certificado médico de una persona profesional en psiquiatría o psicología dentro de los cinco días. 4. Si se va a impugnar dicho certificado, debe darse también dentro de esos cinco días.

En segundo lugar, afirmó que *“de conformidad con la jurisprudencia constitucional que determina a la IVE como derecho fundamental y que establece la imposibilidad de crear nuevos requisitos en los tres casos*

⁴⁹¹ Ver folios 172 al 183 del cuaderno nuevo.

reconocidos por la sentencia C-355 de 2006, así como con las obligaciones asumidas por el Estado a nivel internacional frente a la garantía al acceso a la IVE y con la progresiva garantía de los derechos sexuales y reproductivos, al igual que con la progresiva eliminación de la discriminación en contra de la mujer, el Estado Colombiano está obligado a (i) no reducir los derechos ya reconocidos por la H. Corte al acceso a la IVE y (ii) progresivamente garantizar que todas las barreras que limitan el acceso a la IVE desaparezcan”.

En tercer lugar, identificó las barreras para el acceso a la IVE: i) alto nivel de dispersión de las reglas relacionadas con el acceso a la IVE; ii) imposición de otros requisitos más allá de los estipulados en la jurisprudencia constitucional; iii) falta de disponibilidad de prestadores del servicio de salud y protocolos para atender a la mujer y para la realización de la IVE por parte de las EPS; iv) violación del derecho a la autodeterminación de la mujer frente a la toma de decisión de llevar adelante la IVE; v) falta de acceso a la información en materia reproductiva, en particular frente a la IVE; y vi) exceso en la aplicación de la objeción de conciencia por parte de los agentes de la salud.

En cuarto lugar, sugirió una serie de órdenes propensas a superar las barreras presentadas:

“Que en el plazo de tres meses el Ministerio de Salud, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, el ICBF, el Ministerio de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura y demás entidades competentes, le presenten a la H. Corte los protocolos de acceso a la información, de pedagogía masiva a la sociedad y de capacitación a funcionarios públicos y de la salud, según corresponda, sobre los estándares constitucionales frente a la IVE.

Que en el plazo de seis meses dichas entidades presenten las metas y los indicadores de impacto que aplicarán para la evaluación de las medidas de su competencia que busquen la garantía efectiva de la IVE.

Que cada año, dichas entidades informen a la Corte: (i) las actividades que han realizado y realizarán frente a la pedagogía a la sociedad y capacitación a funcionarios públicos y de salud sobre el acceso a la IVE y los estándares constitucionales, y (ii) la evaluación de dichas acciones con base metas e indicadores de impacto.

Que en el plazo de tres meses, el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud, informen a la H. Corte sobre (i) el cumplimiento de las EPS frente al deber de garantizar a sus afiliados un número adecuado de proveedores habilitados o disponibles para las IVE; (ii) las fallas evidenciadas en la atención de las solicitantes del aborto, por parte de las EPS, por el incumplimiento de los lineamientos jurisprudenciales para la realización del procedimiento, y (iii) las

acciones que realizarán para que se cumpla con las obligaciones jurisprudenciales por parte de todas las prestadoras de salud y para disminuir las fallas en esta materia. Asimismo, se solicite que anualmente se remita la información que permita evaluar los tres aspectos mencionados.

Que en el plazo de seis meses el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud presenten las metas y los indicadores de impacto que aplicarán para la evaluación de las medidas de su competencia que busquen la garantía efectiva de la IVE.

Que en el plazo de un año el Congreso de la República legisle sobre el acceso a la IVE conforme a los estándares constitucionales determinados por esta Corporación, teniendo especial atención a no establecer más requisitos que los expresamente autorizados por esta H. Corte”.

27. Universidad Metropolitana de Manchester⁴⁹²

Los estudios realizados por la universidad identificaron una serie de obstáculos sociales y estructurales con relación al cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006, a saber: a) entendimiento parcial y limitado del alcance de la sentencia (médicos, IPS, EPS, usuarios); b) falta de conocimiento de los diferentes tipos de IVE y modos de acceso (clínica, hospital); c) percepciones estigmatizadas sobre sexualidad; d) percepciones y priorización cultural de la maternidad; e) estigma relacionado con la salud y el bienestar mental; f) falta de información sobre el acceso al procedimiento; g) uso de la objeción de conciencia institucional; h) los protocolos de atención y reglamentos institucionales establecen dilaciones innecesarias en el acceso a IVE (autorización de especialistas, obligación de pasar por controles prenatales, etc); i) falta de conciencia sobre los riesgos asociados a la negación del acceso a la salud y a la IVE; j) ruptura del secreto profesional y posibilidad de judicialización en varios casos; k) persiste el estigma y/o invisibilidad de la salud mental en Colombia (tanto en general como en la particularidad de la causal para IVE); y l) poco conocimiento en términos de cifras de IVE y abortos incompletos.

Por otra parte, han logrado establecer como barreras estructurales las siguientes: a) necesidad de viajar para acceder a los servicios por razones de cobertura, oferta y falta de confidencialidad; b) costos asociados al acceso a la salud sexual y reproductiva; c) carencia de entidades independientes encargadas de evaluar o vigilar las políticas de derechos y salud sexual y reproductiva; d) acceso limitado a servicios de salud en las periferias y en sectores sociales vulnerables; e) poca importancia curricular de temas de salud y derechos sexuales y reproductivos en las facultades de medicina y derecho; f) entendimiento de la IVE como un procedimiento optativo y no como una

⁴⁹² Ver folios 218 al 220 del cuaderno nuevo.

necesidad médica; g) carencia de profesionales capacitados –no objetores en IVE- en todas las IPS; h) carencias económicas de las personas en situación de vulnerabilidad que no pueden asumir costos directos o asociados con la IVE; y i) acceso restringido a la presentación de la IVE en las periferias.

28. Corporación Miles de Chile⁴⁹³

En su concepto, las causales establecidas en la sentencia C-355 de 2006 constituyen “*el mínimo ético para los derechos reproductivos de las mujeres y de ninguna manera puede verse restringidos*”. En este sentido “*Restringir las causales permitidas en Colombia (...) un mínimo ético, significaría una involución en la legislación nacional vigente*”.

Expuso de manera sucinta el desarrollo normativo sobre este asunto en Chile, el cual, en la actualidad permite el aborto en 3 causales, esto avalado por el Tribunal Constitucional Chileno quien consideró que “*las mujeres no debemos ser entendidas como un medio para el fin de otro, aún más, cuando para ese otro no existe viabilidad de una vida digna*”. Con relación a la protección del que está por nacer, la corporación considera que el “*Estado debe brindar el apoyo y cuidado, pero no a costa de la autonomía y libertad sobre los cuerpos de las mujeres, que además, cuando se trata la causal en cuestión como ‘inviabilidad fetal’, en que la mujer desea ese embarazo. En esta hipótesis en particular nos encontramos con diferentes cargas, principalmente la de interrumpir el embarazo deseado, además de las intervenciones por parte de diferentes médicos y médicas, para además agregar una carga por parte del estado a propósito del tiempo en cuento debe realizarse esta prestación médica, resulta irrisorio*”.

En este sentido, asegura que “*limitar y obligar a las mujeres y niñas a llevar un embarazo no deseado, que sea producto de una violación o inclusive, cuando existan malformaciones fetales que sean incompatibles con la vida extrauterina, daña la salud física y mental de las mujeres y constituye una vulneración a sus derechos fundamentales*”.

29. Centro de Derechos Reproductivos⁴⁹⁴

Presentó un escrito con el fin de aportar elementos que profundizan sobre los siguientes tres puntos: “*1. El mapa “Leyes de aborto en el Mundo” del Centro de Derechos Reproductivos se refiere a los límites gestacionales en aquellos países en donde el aborto es legal y permitido sin necesidad de aplicar ningún tipo de causal; 2. En aquellos países donde el aborto es permitido de manera libre bajo la decisión de la mujer, una vez se cumple el límite gestacional establecido por la ley, las mujeres pueden seguir accediendo a este servicio de salud bajo las causales de gravedad mundialmente reconocidas sin ningún*

⁴⁹³ Ver folios 221 al 228 del cuaderno nuevo.

⁴⁹⁴ Ver folios 283 al 284 del cuaderno nuevo.

tipo de restricción o límite gestacional- esto es cuando la vida y salud de la mujer se encuentran en riesgo, cuando el embarazo ha sido el resultado de violación o incesto, cuando el feto sufra de malformaciones incompatibles con la vida fuera del útero-; 3. En la mayoría de países en donde el aborto es permitido de manera restringida, es decir, bajo ciertas causales, no se han establecido límites gestacionales de ningún tipo”.

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA SU 096 DE 2018**

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Vulneración de la entidad accionada, por cuanto la carencia actual de objeto se declaró como consecuencia de una medida cautelar que, dado su alcance, se convirtió en definitiva (Salvamento de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE--Considerar ajustada a la Constitución la orden de practicar el aborto como medida cautelar, excede alcance legal de la figura cautelar prevista en el artículo 7 del Decreto 2591/91 (Salvamento de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Medida cautelar para ordenar realizar aborto era desproporcionada e inconstitucional (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-6.612.909

Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas

En atención a las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional el 17 de octubre de 2018 en este asunto, presento Salvamento de Voto fundado en los siguientes argumentos:

En cuanto a la decisión de confirmar la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 34 Penal de Bogotá, que declaró la carencia actual de objeto

Esta determinación vulnera el debido proceso de la entidad accionada, desconoce el deber de la Corte Constitucional de resolver los litigios sobre derechos fundamentales en sede de revisión de tutelas y contraría precedentes sobre carencia actual de objeto. Esto es así por varias razones:

- (i) La carencia actual de objeto se declaró como consecuencia del efecto producido por una medida cautelar, que, dado su alcance, se convirtió en una medida definitiva. Comoquiera que las medidas cautelares no son recurribles, la entidad accionada no tuvo oportunidad de discutirla. Por ende, la decisión de la mayoría vulneró el debido proceso de la entidad accionada.
- (ii) Considerar ajustada a la Constitución la orden de practicar el aborto como medida cautelar, excede el alcance legal de la figura cautelar

prevista en el artículo 7° del Decreto 2651 de 1991, toda vez que el contenido de las medidas cautelares no puede implicar una decisión anticipada y definitiva del proceso de tutela, al punto de extinguir *ab initio* el objeto del proceso. Ello no solo resulta violatorio del debido proceso de las entidades accionadas, sino que, en circunstancias excepcionales como las del caso *sub judice*, implica también el desconocimiento de garantías constitucionales del padre, quien también es titular del derecho a la libertad reproductiva, así como del *nasciturus*, que para ese momento era un feto viable.

- (iii) En este caso la medida cautelar no solo fue desproporcionada, sino que era claramente inconstitucional en atención a la evidente imposibilidad de defensa de los implicados y a la ausencia total de los medios de prueba necesarios para encontrar acreditada una amenaza inminente de derechos y para establecer el procedimiento médicamente más idóneo. En este caso se advierte que el procedimiento ordenado por el juez de tutela en la medida cautelar era de imposible realización teniendo en cuenta la edad gestacional del feto, al punto que la entidad accionada debió practicar otro distinto, para no incurrir en desacato. Por el respeto de los artículos 11 y 29 de la Constitución Política, la Corte Constitucional no puede aceptar que en los procesos de tutela de esta naturaleza, el aborto se practique en cumplimiento de una medida cautelar.
- (iv) El juez de instancia, en estricto rigor, nunca resolvió el litigio constitucional. Por ello, le correspondía a la Corte Constitucional hacerlo. Esta es una de sus competencias en sede de Revisión de tutelas.
- (v) En esa medida, la decisión de la mayoría también contradice abundante jurisprudencia constitucional, según la cual no existe carencia actual de objeto cuando esta es producto de una orden del juez de tutela instancia, como ocurre en el caso *sub examine*. En esa medida la Corte dejó de pronunciarse sobre el problema jurídico que era esencial para dirimir el litigio constitucional en este caso, a saber, ¿qué protección constitucional amerita la vida, la igualdad y el debido proceso del feto que tiene madurez suficiente para subsistir con independencia de la madre, pero cuya vida, sin configuración de ninguna causal de aborto, es eliminada por orden judicial, por la posibilidad de que al nacer sufra de una discapacidad?

En cuanto a los resolutivos segundo y tercero de la sentencia

Tanto el exhorto al Congreso para que regule por vía legislativa el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, como la orden impartida al Ministerio de Salud y Protección Social para que emita una resolución única que garantice tal procedimiento, se fundamentan en la consideración conforme a la cual existen barreras de acceso para la práctica del aborto.

Lo cierto es que al margen de lo discutible que resulta la configuración del pretendido derecho, en el caso concreto la determinación de las diversas instituciones de salud en el sentido de negarse a practicar el aborto solicitado por la accionante estuvo plenamente justificada por cuanto no se configuraba ninguna de las causales establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, en especial, las referidas a: (i) que la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud física o mental de la mujer, certificada por un médico y (ii) grave malformación del feto, que haga inviable su vida, certificada por un médico.

En efecto, en el expediente fue plenamente acreditado que en el caso *sub iudice* no se emitió certificado médico en el que se acreditara que la malformación diagnosticada al feto fuese incompatible con la vida. Tampoco se acreditó, mediante certificación médica, que la continuación del embarazo en estas condiciones supusiera un riesgo para la vida o salud física o mental de la madre.

Por el contrario, a partir de las respuestas de entidades públicas, instituciones privadas expertas e intervenciones ciudadanas, se estableció que lo siguiente: (i) La ecografía es un estudio morfológico, no funcional; (ii) Los diagnósticos sobre el feto son presuntivos y requieren confirmación posnatal; (iii) Las predicciones sobre el estado funcional del sistema nervioso no son posibles en el feto; (iv) La *Haloprosenfalía lobar* diagnosticada al feto es la menos severa, porque el cerebro es casi normal, mientras que con respecto a la *displasia septo óptica* se dijo que no es posible su diagnóstico en etapa prenatal; y (v) Las discapacidades futuras que se pueden derivar de este diagnóstico son variables, depende de las características de la malformación en cada paciente y solo pueden ser corroboradas con el nacimiento. Estas son evidencias de la viabilidad del feto.

De manera que no existiendo causal aplicable al caso preciso de la accionante, es desacertado concluir que se impusieron barreras de acceso, cuando precisamente la inviabilidad del feto es requisito de la jurisprudencia constitucional y, por lo tanto, se trata de una exigencia insoslayable. En este sentido, la decisión de la mayoría vulnera la cosa juzgada constitucional de la Sentencia C-355 de 2006. La mayoría estima como barreras injustificadas para acceder al aborto el cumplimiento de las exigencias para la configuración de las causales de despenalización del aborto previstas en dicha decisión judicial.

Fecha ut supra,

Carlos Bernal Pulido
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO DE LAMAGISTRADA
CRISTINA PARDO SCHLESINGER
A LA SENTENCIA SU.096/18**

Referencia: Expediente T-6.612.909
Acción de tutela instaurada contra
COMPENSAR EPS.

Magistrada Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la mayoría, me permito manifestar que no comparto la decisión adoptada por la Sala Plena, por cuanto la misma resulta abiertamente contraria a los precedentes fijados por la jurisprudencia de esta Corte y porque además, es producto de una indebida valoración probatoria. Al respecto, en la **primera parte** de este escrito, aclaro mi posición sobre la protección de la vida humana desde el momento de la concepción. En la **segunda parte** de este escrito, expongo las razones por las cuales me aparto de la Sentencia SU-096 de 2018, por cuanto considero que, con dicha decisión, la Corte Constitucional: (i) desaprovechó una importante oportunidad para llenar el vacío de protección a la vida de los *nasciturus* autónomamente viables que dejó la Sentencia C-355 de 2006; (ii) desconoce la jurisprudencia de esta Corte sobre los derechos de las personas con discapacidad y, en cambio, decidió avalar la práctica de abortos por discriminación; (iii) desconoce la jurisprudencia constitucional que exige para la configuración de las causales de IVE que los certificados médicos se fundamenten en protocolos de diagnóstico integrales y adecuados; (iv) desconoce abiertamente los requisitos y límites de las medidas provisionales en materia de tutela, generando además un riesgo que amenaza la vida de los *nasciturus*.

A continuación, se detallan las razones de mi aclaración y salvamento respecto de la sentencia señalada.

I. ACLARACIÓN DE VOTO EN LA SENTENCIA SU 096 DE 2018

Al respecto, aunque para tomar la decisión de la cual me aparto en esta ocasión me atuve a la jurisprudencia obligatoria fijada y reiterada por esta Corporación en materia de aborto, considero importante manifestar mi total desacuerdo con las consideraciones vertidas en la Sentencia C-355 de 2006, en la cual la Corte Constitucional varió su jurisprudencia para sostener que la vida humana en formación es un “*valor constitucionalmente relevante*” diferente del derecho subjetivo fundamental a la vida. A partir de dicha Sentencia, el hilo argumentativo con el que se sustenta la IVE aborda la

vida del ser humano en gestación en la categoría de valor o bien abstracto y desconoce no sólo el hecho biológico de la vida humana naciente, sino que se trata de un derecho fundamental.

Para la suscrita, un valor es un concepto universal y abstracto que solo existe en la mente humana, pero no en la realidad biológica. Al definir la vida humana como un valor, la Corte desconoce el hecho biológico de la vida misma del ser humano no nacido, vida esta que científicamente es humana (por identificarse con el genoma humano, el par de 23 cromosomas) e independiente (por llevar consigo un ADN distinto del de su madre).

De otro lado, los argumentos que utiliza la Sentencia C-355 de 2006 para sostener tal posición son en extremo ambiguos. Consisten, como se dijo, en reducir la vida humana, o por lo menos la vida humana del bebé en gestación, a la categoría de valor o bien abstracto, despojándola de su verdadera naturaleza: la de constituir para el ser humano viviente su mismo ser. Así pues, si la vida ya no es para el viviente su mismo ser, el titular de la misma, en este caso el *nasciturus*, queda reducido al mundo de las cosas, y por lo tanto, su protección constitucional se ve reducida frente a la de los demás sujetos titulares de cualquier otro derecho, considerados, éstos sí, como seres humanos vivientes.

Adicionalmente, la diferenciación entre las nociones de persona humana y vida humana tiene como principal objetivo dar una pretendida fundamentación teórica a la desprotección jurídica de la vida del no nacido, y a la supuesta prevalencia de los derechos en cabeza de terceros. En efecto, la vida en gestación entendida sólo como un “bien” o “cosa” y no como un verdadero derecho puede entonces ser objeto de disposición por parte de otros: justamente por aquellos cuyos derechos entran en conflicto con tal vida humana.

Lo más grave de esta diferenciación entre la vida como bien y la vida como derecho es que puede ser extendida no sólo a los casos de la vida humana naciente, sino a otros supuestos de hecho, como por ejemplo el de la vida al término del ciclo vital o la vida de las personas en condición de discapacidad, lo cual permite que los intereses de los más fuertes se impongan sobre los más débiles.

Así pues, considero constitucionalmente inaceptable la distinción planteada en la Sentencia C-355 de 2006, según la cual la vida del ser humano no nacido es tan sólo un “valor” o un “bien jurídico”, al paso que la vida de las personas nacidas sí constituye un derecho subjetivo fundamental.

A juicio de la suscrita, debe hacerse énfasis en el hecho de que el individuo humano es viviente, y que la vida es de suyo un proceso, un irse manifestando en el tiempo, un continuo desarrollo. Siendo la vida humana *un único proceso*, y no una sucesión de vidas de distinta entidad, hay que concluir que

la humanidad que se predica de la vida en general debe predicarse también de todas las etapas y *estados del proceso vital*. En este sentido, la apariencia, el grado de desarrollo, el grado de sensibilidad y demás características de una etapa específica de la vida humana, son tan humanos como las características que el individuo humano adquiere en las etapas antecedentes y subsiguientes del proceso vital.

Tal como se expuso en el Salvamento de Voto a la citada Sentencia C-355 de 2006 “...*la vida en sus fases iniciales no es tan sólo un bien jurídico, o simplemente un interés objeto de protección jurídica, como lo consideró la decisión mayoritaria que adoptó la Corte. La vida sólo existe y se manifiesta en cabeza de un ser vivo, y cuando se trata de la vida humana, este ser vivo es un sujeto al que llamamos ser humano o persona. En cuanto la vida para el viviente es su mismo ser, la vida del ser humano, desde que ella aparece con la concepción o fertilización, hasta la muerte biológica, constituye, más que un bien jurídico, un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, por cuanto, conforme al artículo 14, toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, esto es, al reconocimiento de su aptitud para ser titular de derechos, entre ellos el primero y principal: la vida*”.

La vida humana, entendida como la vida de un individuo de la especie humana, inicia en el momento en el que se conforma el cigoto. El cigoto es la célula fundamental, con la carga genética individual y única, que a través de su propia multiplicación tiene la capacidad de conformar todas las estructuras, órganos y sistemas de un cuerpo humano. El cigoto contiene a su vez las características genéticas que lo identifican como miembro de la especie humana (genoma humano), y como un individuo único (su ADN es diferente del de cualquier otro individuo).

La gestación en el vientre de la mujer genera el medio adecuado para que el cigoto pueda desarrollarse y expresar su contenido genético. Algunas posiciones parecen confundir la independencia ontológica del *nasciturus*, con la dependencia ambiental que el mismo puede presentar en ciertas circunstancias respecto de la madre gestante, de otra mujer, o de algún ambiente artificial creado por el hombre. En efecto, dado que ampliamente se ha comprobado empíricamente la posibilidad de que la vida humana inicie por fuera del vientre materno (fertilización *in vitro*) y que se desarrolle parcialmente en ambientes artificiales, como por ejemplo una incubadora, o en cuerpos femeninos distintos del de su madre genética, es inevitable concluir que si bien puede darse una cierta dependencia del embrión respecto de la madre gestante, no se trata más que de una *dependencia ambiental* que en nada difiere de la que tienen los ya nacidos respecto de la atmósfera o del alimento.

Las explicaciones que pretenden fijar el inicio de la vida humana a partir de otros criterios como el grado de desarrollo neuronal, la estructura corporal, el

funcionamiento cerebral, o en un hecho puntual como el nacimiento, son arbitrarias y carecen de una fundamentación biológica o filosófica, básicamente porque ningún hecho o grado de desarrollo determina la naturaleza del individuo como miembro de la especie humana. Es únicamente la estructura del genoma en el núcleo de las células desde la formación del cigoto lo que determina si se trata de un humano y si se trata de un individuo (diferente a cualquier otro).

Por todo lo anterior, considero necesario aclarar mi voto en esta oportunidad para indicar que no comparto la Sentencia C-355 de 2006. No obstante, aceptando que se trata de jurisprudencia vinculante, estimo que en esta ocasión la Corte desaprovechó la ocasión de precisar su postura para proteger la vida del *nasciturus* capaz de vida independiente, e incluso desconoció las reglas fijadas por la jurisprudencia de esta Corporación respecto de los requisitos para la procedencia de las causales del aborto, tal como como se pasa a explicar.

II. RAZONES POR LAS CUALES ME APARTO DE LA SENTENCIA SU-096 DE 2018

1. LA MAYORÍA DE LA SALA PLENA OMITIÓ ADECUAR LA IVE A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL *NASCITURUS* AUTÓNOMAMENTE VIABLE

La decisión mayoritaria de la Corte Constitucional en la Sentencia SU-096 de 2018 desaprovechó una importante oportunidad para establecer precisiones que permitieran llenar el grave vacío de protección jurídica que en Colombia afecta a los *nasciturus* con viabilidad autónoma, puntualmente a los fetos con más de 24 semanas de gestación, lo que convierte a Colombia en uno de los únicos países del mundo en donde se autoriza legalmente el feticidio, a cualquier edad gestacional, por cualquiera de las tres causales de IVE.

La Corte debió tener en cuenta que los avances médicos y científicos de los últimos años permiten realizar precisiones sobre las reglas jurisprudenciales sobre IVE, que resultan útiles para superar los vacíos en la materia.

1.1. La Sentencia C-355 de 2006 y la justificación de la despenalización del aborto en tres causales específicas.

En Colombia, “*desde los primeros Códigos Penales Colombianos, el aborto siempre ha sido considerado un delito, entendido –legalmente- como la interrupción violenta y voluntaria del proceso de gestación. La penalidad del aborto siempre ha sido inferior que la del homicidio y en general se han establecido dos niveles de penalización de este delito, primero, cuando se causa con la anuencia de la mujer, que se sanciona de una manera más leve,*

y, segundo, cuando se causa contra el consentimiento de la mujer embarazada, que se sanciona de manera más drástica”⁴⁹⁵.

Así, en los Códigos Penales de 1837 y 1890 –que simplemente reprodujo a su antecesor- se establecían penas de 1 a 3 años de presidio para quien mediante violencia (empleando bebidas, alimentos, golpes o cualquier otro medio) procurara que una mujer embarazada abortara sin su consentimiento (art. 638 CP 1890), incrementando esta pena de 5 a 10 años cuando efectivamente se presentara el aborto (art. 639 CP 1890). En estos mismos estatutos, se disponía que la pena para la mujer en el aborto consentido era de 1 a 3 años de reclusión cuando el aborto se causare, y 6 meses a 1 año, cuando el mismo no resultaba, pena que se reducía para el aborto *honoris causa* de 3 a 6 meses de prisión cuando no se verificara el aborto, y de 5 a 10 meses si se consumaba (art. 642 CP 1890).⁴⁹⁶

Igualmente, desde nuestros primeros Códigos Penales, se ha establecido, unas veces de manera explícita y otras no, la causal de justificación del delito de aborto cuando se cause para salvar la vida de la madre gestante (denominado *aborto terapéutico*), estableciendo, que esta causal opera igualmente para el médico que produce el aborto terapéutico⁴⁹⁷.

El Código Penal de 1936, vigente hasta 1980, criminalizó el delito de aborto consentido (Art. 386 CP 1936) cuando la mujer causaba su aborto o permitía que otro lo cause, con pena de 1 a 4 años de prisión y el aborto no consentido (art. 387 CP 1936) con pena de 1 a 6 años.⁴⁹⁸ Desde este Código desaparece la regulación específica sobre el denominado aborto terapéutico- el que se causa para salvar la vida de la mujer- en el entendido que se trata de un evento de estado de necesidad, que excluye la ilicitud del comportamiento.

El Código Penal de 1980 mantuvo la clasificación entre aborto consentido (Art. 343 CP 1980) con pena de 1 a 3 años de prisión, y aborto no consentido (Art. 344 CP 1980) con pena de prisión de 3 a 10 años e introdujo un atenuante punitivo para el aborto causado cuando el embarazo sea producto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida (Art. 345 CP).

Por último, el Código Penal de 2000 mantiene la clasificación entre aborto consentido (Art. 122 CP 2000) con pena de prisión de 16 a 54 meses de prisión y no consentido (Art. 123 CP 2000) con pena de prisión de 64 a 180

⁴⁹⁵ BERNATE, F. Universidad del Rosario, *A propósito de una nueva reforma del aborto*. Febrero de 2016.

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

⁴⁹⁷ Así, por ejemplo, el CP 1890 establecía que no se incurría en pena alguna cuando se causare el aborto como “medio absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer ni cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial” (CP 1890 art. 640).

⁴⁹⁸ El Código Penal de 1936 establece una disminución punitiva para el denominado *aborto honoris causa* (Art. 390 CP 1936), fundamentada en el derecho penal español.

meses de prisión. Mantiene, al igual que su antecesor, una disminución de pena (art. 124 CP 2000) en el evento en que el embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, e incluye la posibilidad de no imponer la pena señalada en esos casos siempre y cuando la mujer obre en *extraordinarias condiciones de motivación* (art. 124. Par. CP 2000).⁴⁹⁹

El primer pronunciamiento de la Corte respecto de la tipificación del aborto en la Ley 599 de 2000 se hizo en la Sentencia C-647 de 2001, en la que la Corte Constitucional señaló que la atenuación punitiva, cuando el embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas era conforme a la Constitución.

La Sentencia C-355 de 2006 estableció la despenalización del aborto bajo tres causales taxativas. Pero con la autorización del aborto en dichas causales, que se fundan en las atenuaciones punitivas y eximentes de responsabilidad previstos en la ley penal colombiana frente al delito de aborto, la Corte Constitucional no quiso significar que desconoce la protección que el Estado debe al que está por nacer. Por el contrario, en aquella sentencia la Corte reiteró el compromiso del Estado en proteger la vida del *nasciturus*, y manifestó que por lo tanto no pende de una decisión unilateral de la madre gestante.

Al respecto dijo la Corte en la parte conclusiva de la decisión sobre la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal:

“El punto de partida del análisis de exequibilidad lo constituye la afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección. En efecto, la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, como se expuso con anterioridad, diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los

⁴⁹⁹ Universidad del Rosario, *A propósito de una nueva reforma del aborto*. Febrero de 2016. Según explica Bernate, “En este último supuesto, se reitera que la mujer que causa su aborto en estas condiciones ha cometido un delito, pero el funcionario judicial podrá prescindir de la pena, es decir, nuestro código actual no entiende que en este evento haya una causal que excluye la responsabilidad.” En: <http://www.urosario.edu.co/Revista-Nova-Et-Vetera/Vol-2-Ed-12/Omnia/A-proposito-de-una-nueva-reforma-al-delito-de-abor/>

cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido.

Por esa misma razón, no puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales. (...) En el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del *nasciturus* es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador.”⁵⁰⁰

Desde entonces y en repetida jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que una de las formas en que el legislador protege la vida del que está por nacer es a través de la penalización del aborto, pero, que dicha penalización está excluida en los casos en que (i) el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la madre gestante, (ii) el feto es inviable y (iii) el embarazo es producto de una violación, por cuanto penalizar la interrupción del embarazo en estos casos podría suponer, siempre que así lo demuestren las circunstancias concretas, anular los derechos fundamentales a la vida,⁵⁰¹ la integridad y dignidad de la mujer.

1.2. La adecuación de las causales de la IVE a los embarazos que superan la edad gestacional en que el feto alcanza el desarrollo suficiente para lograr su viabilidad autónoma

Ahora bien, como sistema por despenalización en determinados supuestos, que se sostiene únicamente en decisiones de la Corte Constitucional y no ha sido desarrollado por el Congreso de la República, la despenalización del aborto en Colombia cuenta con vacíos, principalmente por la inexistencia de plazos en los que las causales de despenalización resulten acordes con la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida, en particular teniendo en cuenta el carácter gradual e incremental de la protección de la vida por el Estado, que la suscrita no comparte porque estima que la vida humana merece protección plena desde la concepción, pero que ha sido admitido por la Corte Constitucional y por la Corte IDH, según la jurisprudencia nacional e internacional vigente.

⁵⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006 (MP

⁵⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte justifica su decisión en una distinción que hace respecto del derecho a la vida y el valor vida: “el ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene el mismo fundamento ontológico. Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del *nasciturus*. De ahí que la ley pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. Puede, incluso, diseñarse una política pública de punición penal para esos efectos.”.

En efecto, las causales de despenalización del aborto se sostienen en la protección de derechos fundamentales de la madre gestante bajo un test de proporcionalidad que protege de forma reforzada los derechos de la mujer a la vida, la integridad y la dignidad, sobre la protección de la vida del *nasciturus*, pero sin desconocer esta última.

Sin embargo, la postura acogida por esta Corporación⁵⁰² y sostenida igualmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁰³ indica que la vida del ser humano existe desde el momento de la concepción y el ser humano se va desarrollando durante la gestación, lo que implica que su protección resulta gradual e incremental hasta el momento en que la viabilidad autónoma del ser humano permita el mayor nivel de protección de su vida.

En particular es importante partir de que, en la lógica de la jurisprudencia vigente, que la suscrita no comparte, el objetivo de la IVE no es acabar con la vida del que está por nacer, sino proteger los derechos de la madre gestante, pues solo en ese sentido la medida resulta éticamente aceptable y jurídicamente admisible. Ahora bien, lo que puede generar un peligro para los derechos de la mujer, en la gran mayoría de los casos, es la condición de embarazo, y no la vida del que está por nacer. En el estado actual de la medicina, quizá en las primeras semanas de gestación ambas cuestiones están ligadas, de tal forma que la interrupción del embarazo va unida ligada necesariamente a la terminación de la vida del que está por nacer, pero conforme la edad gestacional aumenta, el desarrollo del *nasciturus* va separando ambas cuestiones, al punto que el consenso científico actual es que al menos a partir de la semana 24, se considera que el feto tiene viabilidad autónoma, es decir que puede sobrevivir por fuera del vientre de la gestante.

En ese punto, esto es a partir de la semana 24 cuando el que está por nacer puede, con apoyo de la tecnología médica actualmente disponible, sobrevivir autónomamente, es posible, en algunos casos, interrumpir el embarazo a través de un parto inducido, sin necesidad de generar el sacrificio de la vida del que está por nacer.

En ese sentido, una medida de IVE que según la jurisprudencia pudiera resultar proporcional y razonable en las primeras semanas de embarazo, puede no resultarlo a partir de la semana 24, cuando el desarrollo que le permite tener viabilidad autónoma implica un grado mayor de protección a la vida del *nasciturus*, el tiempo restante de duración del embarazo es mucho menor, y los riesgos para la madre gestante de un feticidio intrauterino puedan resultar notablemente más altos que los de un parto inducido.

Las causales de despenalización del aborto establecidas por la sentencia C-355 de 2006, al fundamentarse en la ponderación de la protección gradual e

⁵⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁵⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Sentencia del caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica.

incremental de la vida del *nasciturus* según su desarrollo, frente a los derechos a la vida, la integridad y la dignidad de la mujer, no constituyen reglas absolutas e irreflexivas que desconozcan las realidades biológicas del desarrollo humano, ni mucho menos, que desatiendan la obligación de proteger la vida cuando haya lugar a ello. La Corte Constitucional debió ser consciente de la necesidad de revisar los límites que la edad gestacional y particularmente la viabilidad autónoma del feto plantean ante los fundamentos de las causales de autorización de la IVE en Colombia.

1.3. *Análisis de derecho comparado sobre la limitación de la IVE por la edad gestacional*

El concepto de “viabilidad del feto”

Una revisión de la bibliografía médica especializada evidencia que el concepto de “*viabilidad del feto*” ha sido evolutivo y controversial. Para finales del siglo XIX, los tratados de obstetricia sostenían que “*cuando el feto no tiene vicio de conformación orgánica importante; cuando su viabilidad no ha estado comprometida durante el parto, y cuando nace a término es viable, es decir, apto para vivir la vida extra-uterina*”.⁵⁰⁴

Hacia comienzos del siglo XX, se consideraba que la viabilidad no la alcanzaba el feto hasta las 26 o 28 semanas posteriores a la fecundación. De igual manera se afirmaba que “*la longitud de feto, para ser considerado viable, no puede ser inferior a los treinta y cuatro centímetros y su peso no puede bajar de los 1200 grs. Este límite que señalamos puede, de modo excepcional, descender algo, pero en términos generales podemos decir que un feto que nazca por debajo de las cifras apuntadas no tiene condiciones para vivir la vida exterior y, por lo tanto, no es viable*”⁵⁰⁵.

Para finales del siglo pasado, la variable del peso del feto perdió importancia en relación con el número de semanas de gestación. Lo anterior, por cuanto “*las expectativas en cuanto a la supervivencia neonatal están influidas por la edad gestacional y la madurez y no simplemente por el peso. Por ejemplo, se ha informado la supervivencia de un lactante de 380 grs. pero la edad gestacional confirmada fue de 25.3 semanas*”.⁵⁰⁶ De allí que la frontera de la supervivencia ha sido desplazada, en forma progresiva, hacia un momento más temprano de la gestación.

Los estudios contemporáneos apuntan a señalar que, al ser la medicina esencialmente probabilística, se ha entendido que “*es viable un feto desde que su probabilidad de vida alcanza determinada magnitud*”⁵⁰⁷. Conforme a la

⁵⁰⁴ Ribemont y Lepage, *Précis d’obstétrique*, París, 1896.

⁵⁰⁵ Recasens Girol, *Tratado de obstetricia*, Madrid, 1920.

⁵⁰⁶ Williams, *Obstetricia*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

⁵⁰⁷ Raúl Nico, *Un tema perinatólogico: sobre el concepto de viabilidad fetal*, Mar del Plata, Argentina, 2000.

literatura científica existente, se considera que un feto es absolutamente inviable a las 22 semanas o antes (500 grs) y siempre es viable pasadas las 26 semanas (750 grs).⁵⁰⁸

La Organización Mundial de la Salud, en su Resolución 461, define el aborto como “*la interrupción de la gestación antes de la viabilidad fetal, que se define como la expulsión o extracción de un embrión o feto de 500 gramos o menos. Este peso corresponde a una gestación de 20 a 22 semanas*”⁵⁰⁹. La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, por su parte, especifica la semana 22 como el límite en cuanto a la viabilidad fetal.

FECOLSOG sostiene que la viabilidad autónoma del feto es un concepto relativo ya que depende de la tecnología disponible para asistir de forma artificial la vida neonatal para llevarla a un punto donde pueda ser verdaderamente autónoma. No obstante, agrega que ninguna publicación científica considera la sobrevivencia antes de las 22 semanas. Como ejemplo de ello, destaca lo señalado por el Colegio de Obstetricia y Ginecología del Reino Unido donde existe consenso sobre la ausencia de esperanza de vida extrauterina a las 22 semanas, y a las 22 semanas 6 días se considera el límite de la viabilidad extrauterina humana “*en condiciones de máximo soporte tecnológico.*”

Las discusiones que se han tenido en el derecho comparado han partido, en buena medida, del concepto de “*viabilidad del feto*”. De allí que, en un número importante de países, se establecen mayores exigencias para la práctica del aborto en dicho período. Cuando no existe duda alguna sobre la viabilidad del feto, se permite la IVE sólo en casos muy excepcionales (peligro de vida para la gestante o malformaciones del feto que lo hagan inviable para tener vida extrauterina).

Los conceptos científicos rendidos ante la Corte Constitucional coinciden en afirmar que el concepto de viabilidad fetal justifica la imposición de límites temporales a la práctica de la IVE. Así, en los países donde el aborto se encuentra liberalizado, lo está en las fases iniciales de gestación, es decir, cuando el feto aún no es viable. Por el contrario, conforme transcurre el término de gestación, las diversas legislaciones imponen mayores condiciones o causales para la realización del aborto. Lo anterior, precisamente, debido a la viabilidad del feto.

Para el caso específico de Colombia, ambos conceptos señalan que el legislador debería imponer un límite temporal a la tercera causal señalada en la Sentencia C- 355 de 2006, esto es “*Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto*

⁵⁰⁸ *Ibidem.*

⁵⁰⁹ Lía Ornat Clemente, *El aborto provocado en la Comunidad Autónoma de Aragón: estudio epidemiológico de la población española e inmigrante*. Tesis doctoral. Universidad de Zaragoza, 2012.

sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto". Coinciden en señalar que, aunque no es lo más aconsejable practicar un aborto en el último trimestre de embarazo, debido a los elevados riesgos que ello implica para la mujer, las otras causales previstas en la Sentencia C-355 de 2006 no deben ser objeto de fijación de límites temporales.

Los aportes del derecho comparado

Las anteriores consideraciones se sustentan en los aportes que brinda el derecho comparado. Tras revisar la legislación de países de distintas latitudes, se confirma la existencia de una interacción entre las causales aprobadas para la práctica del aborto y los límites temporales establecidos según la etapa de desarrollo del feto, priorizándose una división basada en los trimestres de gestación.

Como muestra de ello, se referencian las correspondientes legislaciones vigentes en quince (15) Estados: España, Francia, Alemania, Austria, Japón, Chile, Estados Unidos, India, Sudáfrica, México (Distrito Federal), Indonesia, Canadá, Australia (incluidos los ocho Estados que la integran) y Turquía.

	Legislación	Causales con límite temporal entre las semanas 14 – 22 ^{510**}	Causales sin límite temporal
Alemania	Código Penal Alemán ⁵¹¹	Es posible abortar entre la semana 22 y 24: -Si se presenta un peligro para la vida de la mujer, o un grave riesgo para su salud, y no existe otro medio para evitarlo ⁵¹² .	Todas las causales tienen un límite temporal.

⁵¹⁰ (**) El límite temporal varía en algunos países entre la semana número veinte y la veinticuatro.

⁵¹¹ Federal Ministry of Justice and Consumer Protection. (2016). German Criminal Code. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1816

⁵¹² The Law Library of Congress. Global Legal Research Center. (2015). Abortion Legislation in Europe. P. 14. Disponible en: <https://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/abortion-legislation.pdf>

Austria	Ley Federal No. 60, 1974 ⁵¹³	<p>Durante el segundo semestre de embarazo se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Que exista riesgo para la salud de la mujer, y no haya otro medio distinto al aborto para evitarlo. -Que exista un peligro inmediato para la vida de la madre gestante, y no pueda evitarse por un medio distinto. -Que hallan serias malformaciones fetales. -Que la mujer sea menor de catorce años. 	Todas las causales están limitadas temporalmente.
España	Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Modificada por la Ley Orgánica 11/2015. ⁵¹⁴	<p>Entre las semanas 14 y 22, es posible la interrupción del embarazo en las siguientes causales:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Que exista un grave riesgo para la salud o vida de la madre gestante. -Que el feto 	Con posterioridad a las 22 semanas, se permite si el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida, o cuando se le diagnostique una enfermedad extremadamente grave e incurable.

⁵¹³ International Planned Parenthood Federation (2012) Abortion. Legislation in Europe. Disponible en: http://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final_Abortion%20legislation_September2012.pdf P. 11

⁵¹⁴ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514&b=22&tn=1&p=20150922#a13>

		presente serias anomalías.	
Francia	Ley 588 de 2001. Código de Salud Pública. Segunda parte, Libro II, Título I, Capítulos 1-2. ⁵¹⁵	No existen causales que se limiten a las 22 semanas de gestación.	Es posible llevar a cabo el aborto con posterioridad a las 12 semanas: -Si existe un serio riesgo para la salud de la madre gestante, certificado por un comité multidisciplinario de cuatro profesionales de la salud. -Si el feto tiene una alta probabilidad de sufrir una enfermedad particularmente severa, reconocida como incurable, certificada por un centro multidisciplinario de diagnóstico prenatal.
Gran Bretaña	Ley de Aborto de 1967 ⁵¹⁶	Hasta la semana 24, es posible la interrupción del embarazo: -Si existe riesgo para la salud o vida de la madre gestante.	No existe un límite temporal: -Cuando existe un riesgo sustancial de anomalías que hicieren inviable al feto. -Si se previene una grave y permanente afectación a la vida o salud de la madre gestante, certificada

⁵¹⁵Legifrance. Code de la Santé Publique. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006687544&dateTexte=&categorieLien=cid>

⁵¹⁶UK Legislation. Abortion Act 1967. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents>

			por dos médicos.
En Australia no existe regulación federal sobre el aborto, por lo que cada Estado tiene su propia regulación en la materia.	Victoria: Ley de Reforma al Aborto. 2008 ⁵¹⁷	No existen causales que limiten su aplicación con anterioridad al plazo señalado.	Después de la semana 24, debe ser aprobado por dos doctores que certifiquen la pertinencia del procedimiento en ese estado de gestación.
	Australian Capital Territory: Ley de abolición del delito de aborto. 2002 ⁵¹⁸	Después de las 12 semanas de gestación se requiere la aprobación de un panel de médicos para llevar a cabo el procedimiento.	En el último trimestre de embarazo, se requiere la aprobación mencionada.
	Queensland: Código Penal de Queensland. Secciones 224, 225 and 226. ⁵¹⁹	No existen causales con un límite temporal específico entre las semanas 12 y 22.	No se permite el aborto después de la semana 22 de gestación.
	New South Wales:	No existen causales	No es posible la

⁵¹⁷ Victoria Current Acts. (2008). Abortion Law Reform Act 2008. Disponible en: http://www5.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/alra2008209/s5.html

⁵¹⁸ Australian Capital Territory. (2002). Crimes (Abolition of Offence of Abortion) Act 2002. Disponible en: <http://www.legislation.act.gov.au/a/2002-24/20020909-2735/pdf/2002-24.pdf>

⁵¹⁹ Queensland. Criminal Code Act. 1899. Disponible en: <https://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/C/CriminCode.pdf>

	<p>NSW Ley Criminal. Secciones 82,83 y 84⁵²⁰</p>	<p>con un límite temporal específico entre las semanas 12 y 22.</p>	<p>práctica del aborto con posterioridad a la semana 20.</p>
<p>Northern Territory:</p>	<p>Ley de servicios médicos. Sección 11⁵²¹</p>	<p>Entre las semanas 14 y 23, es posible en caso de una intervención necesaria para prevenir un serio daño a la salud de la embarazada</p>	<p>Después de la semana 23, el aborto se encuentra permitido solo para salvar la vida de madre gestante.</p>
<p>South Australia:</p>	<p>Consolidado de la Ley Criminal. Secciones 81 y 82⁵²²</p>	<p>No existen causales con un límite temporal específico entre las semanas 12 y 28.</p>	<p>A partir de la semana 28, solo se permite si se requiere para salvar la vida de la mujer.</p>
<p>Tasmania:</p>		<p>No existen causales con un límite temporal específico</p>	<p>No hay límite temporal, si dos</p>

⁵²⁰ New South Wales Consolidated Acts. Crimes Act 1900. Disponible en: http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/ca190082/

⁵²¹ Northern Territory Consolidated Acts. Medical Services Act. Disponible en: http://www.austlii.edu.au/au/legis/nt/consol_act/msa153/

⁵²² Government of South Australia. South Australia Legislation. Criminal Law Consolidation Act. Disponible en: <https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/CRIMINAL%20LAW%20CONSOLIDATION%20ACT%201935.aspx>

	<p>Ley de Salud Reproductiva. 2013⁵²³</p> <p>Western Australia:</p> <p>Ley de Salud. Secciones 334 y 335⁵²⁴</p>	<p>entre las semanas 12 y 22.</p> <p>Hasta la semana número 20 es posible abortar en las causales señaladas.</p>	<p>médicos aprueban el procedimiento, en caso de peligro para la vida de la madre gestante, o la existencia de anomalías en el feto.</p> <p>Se permite el aborto en caso de malformaciones fetales.</p>
India	<p>Ley de terminación médica del embarazo de 1971, Acto No. 34 de 1971, reformada por la Ley 64 de 2002⁵²⁵.</p>	<p>Entre las semanas 12 y 20, está contemplada la interrupción del embarazo, en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Si se acredita riesgo para la vida de la gestante. -Si la mujer tiene riesgo de sufrir un grave daño a su salud. -Si existe el peligro sustancial para el 	<p>Se permite el aborto con posterioridad a la semana 20, únicamente si se requiere de manera inmediata para salvar la vida de la mujer.</p>

⁵²³ Tasmania Numbered Acts. Reproductive Health Act 2013. Disponible en: http://www.austlii.edu.au/au/legis/tas/num_act/rhhta201372o2013481/

⁵²⁴ Western Australia. Health Act 1911. Disponible en: <https://www.health.wa.gov.au/publications/documents/HealthAct1911.pdf>

⁵²⁵ Department of Public Health & Family Welfare. India. The Medical Termination of Pregnancy Act, 1971. <http://www.health.mp.gov.in/acts/mtp%20Act.pdf>

		feto, de sufrir una anormalidad que devenga en una discapacidad grave.	
Indonesia	Regulación Presidencial No. 61 de 2014 de Salud Reproductiva ⁵²⁶	No existen causales que se encuentren limitadas a la semana 22.	Se permite el aborto sin límite temporal si se requiere para salvar la vida de la gestante.
Japón	Ley de protección maternal. 1996, que modifica la Ley Eugénica Nacional de 1940. ⁵²⁷	Es posible abortar con anterioridad a la viabilidad del feto (22 semanas) en las siguientes causales: -Si la salud de la mujer podría verse seriamente afectada. -Si el embarazo fue producto de una conducta delictiva.	Todas las causales tienen un límite temporal.
Turquía	Ley de Control Poblacional No. 2827 de 1983 ⁵²⁸	No existen causales que se encuentren limitadas a la semana 22.	Con posterioridad a la semana 10, es posible en las siguientes causales: -Si el embarazo representa peligro para la vida de la madre gestante. -Si dos especialistas en obstetricia y

⁵²⁶ National Commission on Violence against Women (2014). Press release responding to Government Regulation No. 61/2014 on Reproductive Health. Disponible en: <http://en.komnasperempuan.go.id/2014/09/press-release-responding-to-government-regulation-no-61-2014-on-reproductive-health/>

⁵²⁷ Harvard University. School of Public Health. (s, f) Japan. The Maternal Protection Law. Disponible en: <https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/JAPAN.abo.htm>

⁵²⁸ Harvard University The Population Planning Law. Law No. 2827 de 1983. Disponible en: <https://cyber.harvard.edu/population/abortion/Turkey.abo.htm>

			ginecología certifican que el feto presenta malformaciones.
Sudáfrica	Ley de Decisión de Terminación del Embarazo. ⁵²⁹	Entre las semanas 12 y 20 de gestación, es posible realizar el aborto: -Si hay riesgo para la salud de la mujer. -Si existe el riesgo substancial para el feto de sufrir una anomalía severa. -Si el embarazo es causa de una violación o incesto. -Si se afectan las circunstancias sociales o económicas de la mujer.	-Si dos médicos certifican que hay peligro para la vida de la mujer -Si dos médicos certifican que la continuación del embarazo resultaría en una severa malformación del feto.
Canadá	Corte Suprema de Canadá. 1988. ⁵³⁰ Canadian Medical Association. CMA Policy. Induced Abortion. ⁵³¹	De acuerdo a la Asociación Médica Canadiense, el aborto está limitado a la viabilidad del feto (20 semanas) ⁵³² .	Si se presentan circunstancias excepcionales, como el peligro de muerte de la mujer, se permite la realización del aborto.

⁵²⁹ South African Government. (1996). Choice on Termination of Pregnancy Act. Disponible en: <http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/Act92of1996.pdf>

⁵³⁰ *R v Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. Supreme Court of Canada. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/288/index.do>

⁵³¹ Association Médicale Canadienne – Canadian Medical Association. (1998). Induced Abortion CMA Policy. Disponible en: <http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD88-06.pdf>

⁵³² *Ibidem*. “*Induced abortion, as interpreted by the CMA, is the active termination of a pregnancy before fetal viability. In this context viability is the ability of the fetus to survive independently of the maternal environment. According to current medical knowledge viability is dependent on fetal*

<p>Chile</p>	<p>Código Penal Chileno⁵³³</p> <p>Código Sanitario Chileno⁵³⁴</p> <p>Proyecto de ley No. 1230-362.⁵³⁵</p>	<p>No existen causales que se encuentren limitadas a la semana 22.</p>	<p>No tiene límite temporal para las siguientes causales:</p> <p>-Si la mujer se encuentra en peligro vital.</p> <p>-Si el feto padece una alteración estructural incompatible con la vida extrauterina.</p>
<p>Estados Unidos de América</p>	<p>Caso <i>Roe v. Wade</i>⁵³⁶</p> <p>Caso <i>Planned Parenthood v. Casey</i>.⁵³⁷</p>	<p>Las causales que rigen entre las semanas 12 y 22 varían en cada Estado, teniendo como parámetro general, la protección de la vida o salud de la mujer, y la facultad de interrumpir el embarazo en casos de malformaciones del feto.</p> <p>El Instituto Guttmacher ha certificado que más de 43 Estados tienen límites temporales</p>	<p>La Corte Suprema ha establecido que, pasado el periodo de viabilidad, la protección estatal de la vida debe primar, con lo cual, se permite el aborto solo para salvaguardar la vida de la mujer.⁵³⁹</p>

weight, degree of development and length of gestation; extrauterine viability may be possible if the fetus weighs over 500 g or is past 20 weeks' gestation, or both (Gestation begins at conception)."

⁵³³ Código Penal Chileno. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>

⁵³⁴ Código Sanitario de Chile. Disponible en: <http://www.ispch.cl/documento/18460>

⁵³⁵ Secretaria General de la Presidencia. República de Chile. (31 de enero de 2015). Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Disponible en: <http://3causales.gob.cl>

⁵³⁶ Caso *Roe v. Wade*, 22 de enero, 1973, Corte Suprema, U.S. Reports, vol. 410, 1973, p. 113.

⁵³⁷ Caso *Planned Parenthood v. Casey*, 29 de junio, 1992, Corte Suprema, U.S. Report, vol. 505, p. 845-846.

		claros en su legislación. ⁵³⁸	
México (Distrito Federal)	Código Penal para el Distrito Federal Ley de Salud del Distrito Federal. Reglamento de la Ley de Salud del Distrito Federal. ⁵⁴⁰	Se permite la interrupción del embarazo entre la semana 12 y 20: -Cuando el embarazo es resultado de una conducta punible. -Cuando la salud de la mujer corra peligro de afectación grave. -Cuando el feto presenta alteraciones que pongan en riesgo su sobrevivencia.	Todas las causales tienen un límite temporal

A partir de la revisión realizada por esta Corporación sobre la regulación del aborto en el derecho comparado es posible extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, se destaca que más que una diferenciación clara y precisa entre un sistema de indicadores y uno de plazos, existe una interacción continua entre ambas variables. De esa manera, la regulación de la IVE varía en cada país entre alguna las siguientes alternativas: (i) la fijación de un período de acceso libre al aborto para las primeras semanas de gestación y la adopción de un sistema de causales para el resto del embarazo, presentándose una limitación mayor en el tercer trimestre; (ii) el establecimiento de grupos de causales diferenciales, según el trimestre de gestación; (iii) la adopción de causales de despenalización para la práctica del aborto únicamente para los dos primeros trimestres, y la imposibilidad absoluta de llevar a cabo el

⁵³⁹ Saldarriaga, E. (2005). Intervención ciudadana en coadyuvancia de la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Mónica del Pilar Roa contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 (Exp. D-5764).

⁵³⁸ Guttmacher Institute. (2017). State policies on later abortions. Disponible en: <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/state-policies-later-abortions>

⁵⁴⁰ Cámara de Diputados. Estados Unidos Mexicanos. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. (2014). Regulación del aborto en México. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-32-14.pdf>

procedimiento en el tercero; (iv) El establecimiento de indicadores sólo para las primeras semanas de embarazo, y una etapa posterior de completa prohibición; y, por último, (v) la existencia de dos grupos de causales aplicables a cada uno de los dos primeros trimestres de gestación, y la posibilidad de abortar en el tercero únicamente para proteger la vida de la madre gestante.

En segundo lugar, se evidenció la ausencia de países que liberalicen por completo la práctica del aborto, sin considerar causales o plazos en sus ordenamientos. Se constata la existencia de una progresiva protección del *nasciturus*, según su etapa de desarrollo, y la fijación de supuestos más estrictos para el último trimestre de embarazo, teniendo como presupuesto la viabilidad del feto.

Aunado a lo anterior, se destaca la particularidad del caso colombiano, al basar su regulación únicamente en un sistema de indicadores y no fijar límites temporales para la práctica del aborto. En Colombia no existe una ley que regule a profundidad la materia y contemple los distintos aspectos de salud pública que involucra el embarazo y su eventual interrupción, tales como los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, la protección de la vida en el vientre materno, las condiciones de acceso a la IVE, la fijación de beneficios para la maternidad, la atención psicológica para la mujer, entre otros.

En tercer lugar, respecto al último semestre de gestación (con su inicio en la semana 22 o 24), el derecho comparado incluye las siguientes fórmulas de regulación: (i) una prohibición total del aborto en esta etapa, (ii) la restricción de llevar a cabo el procedimiento sólo para proteger la vida de la madre gestante; (iii) la aprobación de la IVE, únicamente, si está en grave peligro la vida o salud de la mujer, o si el feto presenta malformaciones que hagan inviable su vida.

En todo caso, las opciones que se han resumido, se aplican en consideración al principio de protección gradual e incremental reconocido por la jurisprudencia internacional. Por eso, para realizar el análisis del caso concreto en la presente oportunidad bajo el principio de gradualidad conforme al desarrollo del feto, la Corte debió tener en cuenta dos aspectos. El primero es que existe un consenso médico - científico en que, a partir de la semana 24 de gestación se entiende que el feto ha logrado su viabilidad autónoma.⁵⁴¹ El segundo

⁵⁴¹ Al respecto, la semana 24 es la edad de gestación a partir de la cual, en Colombia es obligatorio realizar el feticidio como parte del protocolo de IVE. La Sociedad de Cirugía de Bogotá explicó que: “Aborto se define como la terminación espontánea o provocada de una gestación antes de la vigésima semana (20), cuando el feto no es capaz de sobrevivir fuera del vientre materno, aproximadamente el feto pesa 500 gramos para esta edad gestacional (OMS). Posterior a esta edad gestacional se considera feto viable, con la posibilidad de sobrevivir”. Fecolsog indica que: “el Colegio de Obstetricia y Ginecología del Reino Unido sostiene que hay consenso internacional sobre la ausencia de esperanza de vida extrauterina a las 22 semanas y de las 22 semanas 6 días se considera el límite de la viabilidad extrauterina humana en condiciones de máximo soporte tecnológico”. En años recientes, el Nuffield Council for Bioethics revisó los aspectos éticos, sociales, económicos y legales que enmarcan el manejo apropiado para estos recién nacidos. En términos generales, este documento sugiere que antes de las 23 semanas de gestación no es apropiado intervenir; además se deberá discutir con los padres la provisión de una intervención activa versus una paliativa de acuerdo a las

aspecto, relacionado con el primero, es que, como consecuencia de la viabilidad autónoma alcanzada, los protocolos nacionales e internacionales sobre aborto seguro exigen, que previa a la interrupción del embarazo se realice el *feticidio* (muerte provocada del feto), porque de no hacerlo el feto nacería vivo y la muerte provocada luego del nacimiento se considera homicidio y no aborto.⁵⁴²

En consecuencia, resulta indispensable que la aplicación de las causales de IVE tengan en cuenta esta diferenciación entre IVE y feticidio, en particular a partir de la semana 24 de gestación, a la luz de la protección gradual e incremental de la vida del feto de acuerdo con su grado de desarrollo, para lograr medidas ética y jurídicamente adecuadas no solo a la Constitución Política y sus principios axiales, sino a los cimientos de la medicina y a los avances tecnológicos disponibles.

Con fundamento en lo anterior, es claro que el derecho colombiano, desde su Constitución Política y en una larga tradición jurídica que refleja la voluntad de la población colombiana, protege la vida del que está por nacer y que dicha protección se da desde el momento mismo de la concepción, en concordancia con el Bloque de Constitucionalidad (CDPD y CADH).

Está protección a la vida en gestación por parte del derecho colombiano, no solo se traduce en la penalización del aborto como regla general,⁵⁴³ sino en otras medidas de protección de la vida en gestación, que surgen de lo consagrado la Carta Política⁵⁴⁴ y se incorpora legalmente a través del Código de Infancia y Adolescencia que reconoce y brinda al niño en gestación medidas de protección en materia de prevención del contagio de enfermedades, garantía de alimentación, atención médica suficiente,

circunstancias del caso. En tanto que, a partir de las 24 semanas de gestación, se ha de proceder con la intervención activa y cuidados intensivos, a no ser que las condiciones del recién nacido sean de muy mal pronóstico”.

⁵⁴² Al respecto señala el Ministerio de Salud, según el protocolo para la prevención del aborto inseguro en Colombia: “cuando se utilizan medicamentos para la terminación del embarazo en edades gestacionales que superen las 23 semanas, debe aplicarse antes de iniciar el procedimiento una inyección intracardiaca o en el cordón umbilical de cloruro de potasio o intraamniótica/intrafetal de digoxina, para evitar la viabilidad al momento de la expulsión, ya que con un producto vivo como resultado final, no se considera una IVE”.

⁵⁴³ Con la excepción de las causales en que está permitida según la Sentencia C-355 de 2006

⁵⁴⁴ La Constitución Política de Colombia reconoce el derecho a la vida en dos disposiciones: la primera de orden general, en el artículo 11 que indica: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”; la segunda, resalta específicamente a los niños como sujetos de derecho, y en ella se expresa que: “Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

restablecimiento de derechos de las mujeres gestantes y acompañamiento a las mujeres gestantes en casos de embarazos no deseados.⁵⁴⁵ Además, otras medidas de protección a la gestación se traducen en la protección de la madre gestante, al reconocer que el Estado tiene un deber de especial asistencia y protección frente a ella (Art. 43 Superior), lo que se refleja en su protección en el ámbito laboral (SU-070 de 2013) la priorización que brinda el Código Nacional de Policía y el reconocimiento legal de la obligación especial del Estado frente a la mujer embarazada del artículo 7 de la ley sobre igualdad de oportunidades.⁵⁴⁶

De otro lado, desde una perspectiva protectora de los derechos humanos, y en correspondencia con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos

⁵⁴⁵ Entre otros, Ley 1096 de 1998 “**ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN.** Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: 14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.” “**ARTÍCULO 41. OBLIGACIONES DEL ESTADO.** El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá: (...) 10. Apoyar a las familias para que estas puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual, por lo menos hasta que cumplan los 18 años de edad. 11. Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar.(...) 5. Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes.” **ARTÍCULO 46. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes: (...) 3. Diseñar, desarrollar y promocionar programas que garanticen a las mujeres embarazadas la consejería para la realización de la prueba voluntaria del VIH/SIDA y en caso de ser positiva tanto la consejería como el tratamiento antirretroviral y el cuidado y atención para evitar durante el embarazo, parto y posparto la transmisión vertical madre-hijo.” “**ARTÍCULO 60. VINCULACIÓN A PROGRAMAS DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA PARA EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS VULNERADOS.** Cuando un niño, una niña o un adolescente sea víctima de cualquier acto que vulnere sus derechos de protección, de su integridad personal, o sea víctima de un delito, o cuando se trate de una adolescente o mujer mayor de 18 años embarazada, deberán vincularse a un programa de atención especializada que asegure el restablecimiento de sus derechos. (...) **PARÁGRAFO 2o.** El Gobierno Nacional y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expedirán la reglamentación correspondiente al funcionamiento y operación de las casas de madres gestantes y los programas de asistencia y cuidado a mujeres con embarazos no deseados de que trata el presente artículo, durante los 12 meses siguientes a la expedición de la presente ley.” **ARTÍCULO 116. DERECHOS EN CASO DE MATERNIDAD.** Sin perjuicio de los derechos consagrados en el Capítulo V del Título VIII del Código Sustantivo del Trabajo, la jornada de la adolescente mayor de quince (15) y menor de dieciocho (18) años, no podrá exceder de cuatro horas diarias a partir del séptimo mes de gestación y durante la lactancia, sin disminución de su salario y prestaciones sociales.

⁵⁴⁶ Ley 823 de 2003 “Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres” Artículo 7°. Conforme a lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de seguridad social. Dentro de los doce meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional establecerá un programa de subsidio alimentario para la mujer embarazada que estuviere desempleada o desamparada.

Humanos (que respecto del derecho a la vida hace referencia a “*todo individuo*” y no a la persona, y establece que la personalidad jurídica es un derecho de “*todo ser humano*”)⁵⁴⁷ y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (cuyo artículo 10 señala “*Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos*”) es claro que la protección de la vida no está ligada al reconocimiento de la personalidad jurídica, sino a la pertenencia del individuo como miembro de la especie humana. Así mismo, desde la perspectiva de los tribunales constitucionales de diversos países, la Corte constató la recurrente aplicación de un test de ponderación entre los derechos fundamentales de la mujer y la protección de la vida del *nasciturus*, cuyo resultado depende del tiempo de gestación.

La revisión de la regulación del aborto en quince (15) países de distintas latitudes permite comprobar la existencia de una progresiva protección del *nasciturus*, según su etapa de desarrollo, y la fijación de supuestos más estrictos para el último trimestre de embarazo, teniendo como presupuesto la viabilidad del feto. Hacia ese escenario debe encaminarse el ordenamiento jurídico colombiano, para generar una protección acorde con el grado de desarrollo del que está por nacer en tanto ser humano con viabilidad autónoma.

La Sentencia C-355 de 2006, al basar su regulación únicamente en un sistema de causales, y no fijar límites temporales para la práctica del aborto, está incurriendo en vacío de protección respecto de las vidas humanas autónomas y viables a partir de la semana 24 de gestación, por lo que es necesario avanzar en su correcta y proporcional protección.

En el estado actual de la ciencia, existe consenso en que, si bien la autonomía depende de la tecnología disponible entre la semana 22 y 24, a partir de la semana 24 de gestación el feto tiene el desarrollo suficiente para lograr su viabilidad autónoma. Los estudios científicos contemporáneos apuntan a señalar que, al ser la medicina esencialmente probabilística, se ha entendido que “*es viable un feto desde que su probabilidad de vida alcanza determinada magnitud*”⁵⁴⁸. Por tanto, conforme a la literatura científica, se considera que un feto es absolutamente inviable antes de las 20 semanas (500 grs) y es viable pasadas las 24 semanas (750 grs).⁵⁴⁹

Así se concluye del hecho de que, según la Organización Mundial de la Salud, el procedimiento para practicar aborto a partir de la semana 22 de edad gestacional, consiste en la realización de un feticidio (la muerte provocada del

⁵⁴⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

⁵⁴⁸ Raúl Nico, *Un tema perinatólogico: sobre el concepto de viabilidad fetal*, Mar del Plata, Argentina, 2000.

⁵⁴⁹ Así lo sostuvieron las entidades médico-científicas intervinientes, además de la literatura médica disponible.

feto) y un posterior parto (o cesárea) inducido, puesto que si se no se realiza el feticidio, el niño nacería vivo, tendría autonomía suficiente para vivir, y los médicos deberían adelantar las tareas necesarias para proteger sus derechos.⁵⁵⁰

El feticidio a través de una inyección de cloruro de sodio o solución salina en el corazón latiente del feto demuestra, justamente, que a partir de cierta edad gestacional hay un ser humano autónomo, que bien podría sobrevivir fuera del vientre materno, y por el hecho de encontrarse aún en el vientre, puede ser privado de su vida, ya que no se le reconoce ningún derecho.

La gestación luego de la semana 24 es importante para facilitar el desarrollo del feto, pero no es indispensable para su supervivencia y por lo tanto, la dependencia ambiental entre el feto y la madre gestante no podría entenderse de tal forma que distorsione la realidad biológica y desconozca la existencia de un ser individual, con viabilidad autónoma, perteneciente a la especie humana, y como tal, un ser humano cuya vida debe ser protegida.

Pretender que entre el feto con 24 semanas de gestación y un niño nacido (con igual o mayor número de semanas de gestación) existe por este último hecho una diferencia tal que justifica que solo al segundo se le reconozca como persona humana, mientras que al primero se le trate como un objeto excluido del derecho a vivir, es una ficción contraria a la realidad biológica que desconoce abiertamente los elementos definitorios de la naturaleza humana y pretende convertir el nacimiento en el acto mágico en el cual aparece un ser humano.

En ese sentido, dado el estado actual de la medicina y de la tecnología, la Corte Constitucional debió reconocer que a partir de la semana 24 de gestación en que la viabilidad autónoma de un ser humano permite al *nasciturus* no depender de la madre gestante,⁵⁵¹ la vida e integridad de ese ser humano autónomo es ampliamente protegida constitucionalmente. Los hechos del caso marcaban el momento ideal para remarcar que, la protección de la vida e integridad del que está por nacer, especialmente luego de alcanzar su viabilidad autónoma, debe hacerse en respeto de la dignidad humana y sin ningún tipo de discriminación, en especial respecto de las diversidades funcionales que puedan ocasionar a futuro algún tipo de discapacidad.

Lamentablemente, y en desmedro de los derechos de los más vulnerables, en la Sentencia SU-096 de 2018 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió desaprovechar la oportunidad para adecuar las causales de la IVE a una protección adecuada de la vida del que está por nacer cuando sobrepase las 24 semanas de gestación.

⁵⁵⁰ Según la intervención del Ministerio de Salud referida en este acápite de manera precedente.

⁵⁵¹ Aunque en las últimas semanas la gestación permite al feto desarrollarse en su etapa final, lo que repercute en sus mayores probabilidades de supervivencia, y en mejores condiciones de salud futura, el feto puede sobrevivir fuera del vientre materno.

2. CON LA SENTENCIA SU-096 DE 2018 LA CORTE CONSTITUCIONAL DECIDIÓ AVALAR LA PRÁCTICA DE ABORTOS POR DISCRIMINACIÓN Y DESCONOCER EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El sistema jurídico del Estado colombiano está construido sobre la base del reconocimiento pleno de la dignidad en iguales condiciones de todos los seres humanos. Por esa razón, en Colombia se reconoce la diversidad de la sociedad como un elemento connatural a la especie y un valor que enriquece a la humanidad. Desde esa perspectiva, toda forma de discriminación y exclusión es repudiada por la Constitución Política de Colombia y bajo su égida no resulta admisible que en este país el derecho patrocine prácticas dirigidas a eliminar la vida de seres humanos en razón de su diversidad funcional, o de cualquier otro criterio que, fundado en paradigmas y estereotipos, procure construir un modelo de sociedad homogénea y excluyente. Sin embargo, pese a la evidencia obrante en el expediente, la decisión mayoritaria de la Sala Plena decidió voluntariamente omitir un pronunciamiento de rechazo frente al caso de un feticidio motivado por el prejuicio sobre el sufrimiento que implicaría la maternidad y la vida de un ser humano con posibles discapacidades, según la información sesgada y discriminatoria que recibió la mujer gestante.

Al respecto, la jurisprudencia pacífica y ampliamente reiterada había sido clara hasta ahora en la exigencia de la certificación médica sobre la inviabilidad del feto como requisito indispensable para que se configure la causal. Desafortunadamente, la Sentencia SU-096 de 2018 borra de un solo brochazo esta exigencia y abre la puerta para que en Colombia, la discriminación fundada en la discapacidad, sea una causal para abortar e incluso para realizar feticidios.

2.1. La causal de autorización de la IVE por malformación que haga inviable la vida del feto. Aproximación jurisprudencial.

Con la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional reconoció la existencia de un principio general en el ordenamiento jurídico colombiano según el cual el aborto es un delito en cualquier etapa del embarazo y, por tanto, debe ser desaprobado. No obstante, en la decisión que como se dijo no comparto, también reconoció que este principio no tiene una aplicación absoluta ni puede anular los derechos de las mujeres embarazadas, sino que, por el contrario, existen circunstancias en las que la protección de la vida del no nacido debe ceder ante los derechos de las mujeres para evitar cargas desproporcionadas. Estas excepciones al tipo penal, desarrolladas en tres causales específicas⁵⁵², constituyen los límites que deben respetar las

⁵⁵² Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería; Clara Inés Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; AV

autoridades para que la prohibición del aborto no se convierta en una exigencia que vulnere de manera intolerable los derechos de la mujer embarazada.

Específicamente frente la causal que permite el aborto “*cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida*”, la Corte hizo referencia a un escenario completamente distinto a la simple identificación de alguna malformación en el feto que, aunque pueda resultar incurable, no sea incompatible con la vida.⁵⁵³ Es decir, la Sentencia planteo una causal muy diferente a lo que en algunos países se estima como aborto eugenésico.⁵⁵⁴ En aquella decisión, la Corporación fue enfática al señalar que si bien existen diferentes clases de malformaciones, la despenalización del aborto solo procede ante un escenario donde el feto “*probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación*”⁵⁵⁵. Lo anterior significa que para la configuración de la causal se necesita como mínimo contar con una certificación médica, acorde a los estándares éticos de la profesión, que contenga los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia: (i) la verificación de la existencia de la malformación y (ii) la calificación de esta como incompatible con la vida del feto. Se reitera: **no basta con que se certifique la malformación.**

En la sentencia T-171 del 2007⁵⁵⁶, la Corte Constitucional reiteró el deber de las entidades judiciales y de salud de proteger el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) de una mujer cuando se determina médicamente la existencia de una grave malformación del feto que hace

Manuel José Cepeda Espinosa). En la sentencia la Corte despenalizó parcialmente la IVE en Colombia y declaró exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), en el entendido que “no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

⁵⁵³ Mónica Fernández Muñoz “*El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. Reflexión desde el derecho colombiano*” (2017) <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v30n2/art14.pdf> citado en: Jaramillo, C., “Derecho Privado”, Ibáñez – Universidad Javeriana, Tomo IV, Responsabilidad Civil, Volumen 2, Bogotá, 2014, p. 865.

⁵⁵⁴ Bermeo, E., Aborto eugenésico, diagnóstico prenatal y bioética personalista, Editorial Universidad del Valle, Cali, 2012. González Salvat, R. y González Labrador, I., “Eugenesia y diagnóstico prenatal”, en Revista Cubana Obstet Ginecol, vol. 28, n. 2 (mayo-agosto 2002), tomado de: Mónica Fernández Muñoz “*El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. Reflexión desde el derecho colombiano*” (2017) <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v30n2/art14.pdf>

⁵⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería; Clara Inés Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; AV Manuel José Cepeda Espinosa).

⁵⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-171 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño). La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional conoció del caso de una mujer que solicitó la realización de un aborto ante el hallazgo en el feto de cinco meses de gestación de una malformación denominada anencefalia. Esta malformación es un defecto en la formación del tubo neural del bebé durante el desarrollo. Un bebé que nació con anencefalia puede nacer muerto o sobrevivir solo algunas horas o días después del nacimiento.

inviabile su vida extrauterina. En su decisión, la Corte buscó proteger los derechos de la madre sin transgredir o sobrepasar las causales específicas en que la jurisprudencia constitucional permitió el aborto. En efecto, la sentencia reafirmó lo establecido previamente por la jurisprudencia sobre la causal de malformación: la interrupción voluntaria del embarazo está autorizada cuando se verifica médicamente –como se hizo en ese caso particular, incluso mediante varios diagnósticos– la existencia de una malformación grave en el feto **que hace inviable su vida**.

En la Sentencia T-388 de 2009, siguiendo lo expuesto en la sentencia C-355 de 2006, la Corte indicó que, si bien la malformación del feto que haga inviable su vida extrauterina constituye una de las causales que permiten la realización de la IVE, era **indispensable** contar previamente con un certificado médico para realizar el procedimiento. Bajo tal hipótesis, la Corte manifestó:

“[E]l 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 médico, se encuentra en tales condiciones (...).”⁵⁵⁷

Recientemente, en la sentencia T-301 de 2016,⁵⁵⁸ la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia en el sentido de que la causal establecida en la sentencia C-355 de 2006 no se habilita simplemente por las malformaciones que puedan ser diagnosticadas en un feto, sino que es indispensable que dichas malformaciones sean de tal magnitud que hagan inviable su vida. Más allá de ello, la Corte reiteró que cuando exista una grave malformación del feto, debe mediar certificación médica respecto de la inviabilidad de su vida “*conforme a los estándares éticos de su profesión*”, para que se adecue a la causal permitida por la sentencia C-355 de 2006.⁵⁵⁹ En ese sentido, esta Corporación reiteró:

⁵⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). En este punto cobra sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

⁵⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo). La Sala Tercera de Revisión estudió el caso de una mujer que solicitó la interrupción del embarazo con base en la causal de malformación. Sin embargo, la EPS accionada opuso barreras para la realización de dicha intervención, particularmente respecto del acceso a un diagnóstico oportuno, toda vez que la mujer se encontraba en estado de gestación avanzado, por lo que los riesgos de la interrupción aumentaban con el transcurso del tiempo. Así, la Corte reiteró su precedente sobre los términos de resolución de las peticiones relacionadas con el aborto legal y, al condenar en abstracto a las EPS accionadas, recordó que se trata de un derecho fundamental que merece la protección del Estado.

⁵⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería; Clara Inés Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; AV Manuel José Cepeda Espinosa). La Corte destacó que esta es una causal calificada, pues implica no

“Frente a la inviabilidad del feto, conviene destacar que con base en lo expuesto en la jurisprudencia esta causal tiene dos requisitos para su configuración: (i) la verificación de la existencia de una malformación; y (ii) la inviabilidad de la vida de la criatura por causa de esta. (...) **requiriéndose como requisito *sine qua non* para la configuración de la causal el concepto médico que indique la inviabilidad del feto, pues sólo con esta verificación se puede decir que el deber de protección de la vida del *nasciturus* pierde peso, al ser evidente médicamente que es improbable su supervivencia**”⁵⁶⁰

Los médicos en estos casos, como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, deben sopesar las circunstancias médicas del *nasciturus* y determinar razonablemente, según los estándares éticos que rigen su profesión, que éste no sobrevivirá por causa de las afecciones que padece.

En atención a los parámetros establecidos por la jurisprudencia sobre malformación, era de esperarse que la sentencia de la cual me aparto exigiera a los operadores o prestadores del servicio de salud una certificación médica otorgada conforme a los estándares éticos de su profesión, en la cual se expresara que la malformación del feto era de tal gravedad que hacía inviable la vida futura de la criatura por sí misma. Esto por cuanto, como lo ha dicho la propia Corte, sin el certificado emitido bajo estas condiciones no resulta posible “*ni para las EPS, ni para los jueces de instancia, dar por cumplido el requisito de la certificación médica, para activar el derecho fundamental a IVE bajo la causal de grave malformación del feto que haga inviable su vida*”⁵⁶¹.

2.2. En el caso concreto no existió certificación de inviabilidad del feto, y la malformación detectada NO ERA INCOMPATIBLE CON LA VIDA.

En la Sentencia SU-096 de 2018 la Corte desconoció sus precedentes pacíficos y reiterados en la materia, y concluyó que, pese a la evidencia científica, la inexistencia de un certificado médico sobre la incompatibilidad de la malformación con la viabilidad del feto que sirviera de sustento a la decisión judicial⁵⁶² y, pese a que obraba en el expediente una certificación que

solo la identificación de una malformación en el que está por nacer, sino que dicha malformación debe conducir a que la criatura no tenga la posibilidad de vivir

⁵⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo). Negritas fuera del original.

⁵⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo).

⁵⁶² Esto pues si bien obra en el expediente un documento en que se afirma tal cosa, el mismo es de fecha 6 de enero de 2018, es decir un día después de que la decisión provisional de realizar la IVE fuera

expresamente manifestaba que la malformación detectada no era incompatible con la vida de la niña por nacer, se cumplieron los requisitos para ordenar, en el caso concreto, la realización de una IVE como medida provisional.

Al respecto afirma la sentencia que “*Sala Plena encuentra cumplida la causal: cuando exista grave malformación que haga inviable su vida, certificada por un médico*”.

Sin embargo, ello no corresponde a las pruebas obrantes en el expediente. En efecto, según los documentos y pruebas que se anexaron a la acción de tutela y constan en el expediente, es evidente que la solicitud de IVE se fundamentó únicamente en prejuicios discriminatorios y que no existió certificado sobre la inviabilidad del feto, con anterioridad a la decisión del juez de tutela de ordenar la IVE por medida provisional.

En efecto, tanto de las afirmaciones de la accionante como del conjunto de sus condiciones personales -33 años, casada y profesional,⁵⁶³- se evidencia que el embarazo, finalmente interrumpido, fue el resultado de una decisión consciente y responsable.

Consta en los documentos anexos a la tutela que durante el embarazo asistió a los controles, e incluso que estuvo atenta a los signos de riesgo y se sometió a los tratamientos médicos que se hicieron necesarios frente a las amenazas de aborto en las semanas 9 y 10,⁵⁶⁴ lo que le exigió llevar reposo absoluto, fruto de cuyos cuidados pudo continuar el embarazo hasta la semana 21 en que el examen ecográfico detectó la posible diversidad funcional.

Luego de transcurridas 21 semanas de gestación, se realizó el examen ecográfico de control y el informe del Comité Técnico Científico del laboratorio de Diagnóstico Ecográfico OBGYN, para segunda opinión de casos difíciles, de fecha 4 de diciembre de 2017, con la firma de 5 médicos, concluye:

“HALLAZGOS: Ventriculomegalia límite bilateral, ausencia del cavum del septum pellucidum, fusión completa de las astas anteriores de los ventrículos laterales, el cuerpo calloso se observa íntegro, fosa posterior normal cortes parasagitales sin alteraciones, espina normal, desarrollo de circunvoluciones normal.

POSIBLES DIAGNÓSTICOS: Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar.

ordenada por la Juez. El documento corresponde a la evaluación de ingreso que se realizó a la paciente para la realización de la IVE.

⁵⁶³ Expediente T-6612909., cuaderno 2, folio 28.

⁵⁶⁴ Expediente T-6612909, cuaderno 2, folios 50 a 53.

PLAN DE MANEJO: Estudio citogenético, Se explica el mal pronóstico en el **neuro desarrollo futuro.**”⁵⁶⁵

En este documento, anexo a la acción de tutela y por lo tanto disponible para la Juez que conoció de la misma, claramente se concluye “*mal pronóstico en el neuro desarrollo futuro*”, sin que haya ninguna anotación sobre la inviabilidad del feto, y por el contrario, al prever un desarrollo futuro asume el diagnóstico que la malformación detectada no resulta incompatible con la vida del feto. De hecho, en el mismo resultado del examen ecográfico emitido por OBGYN, respecto de las demás condiciones del feto se concluye: “*Valoraciones anatómicas y biofísica satisfactoria*”.

El 20 de diciembre de 2018, Compensar EPS autorizó la realización de IVE para la accionante. En el expediente consta una solicitud médica del 15 de diciembre, pero en dicha solicitud no existe ninguna certificación o al menos una mención sobre la inviabilidad del feto, por el contrario, en todos los documentos se hace mención de la causal como “*malformación*”. Se reitera que hasta ese momento y a partir de la evaluación que dio lugar a la decisión de la accionante, ningún médico advirtió, y menos aún certificó la incompatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto.

El posible diagnóstico fue luego confirmado por el Informe de Ecografía Obstétrica del Hospital San José, que en un detallado examen concluye con el resultado de normalidad en la anatomía y funcionamiento de cara, cuello, tórax, pulmones, corazón, diafragma interno (estómago, hígado, vasos interhepáticos, intestino, riñones, vejiga, pared abdominal), columna vertebral, extremidades y falanges.⁵⁶⁶ Del examen realizado, la junta médica del Hospital San José concluye en su análisis que:

““(…) EN REUNION 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 DE 2006 PARA ESTE PROCEDIMIENTO. (...)”⁵⁶⁷

Todos estos documentos obran en el expediente como anexos de la acción de tutela. En cambio, no constaba en el expediente ningún documento en donde se afirme, diagnostique y menos en donde se certifique, que el diagnóstico del

⁵⁶⁵ Expediente T-6.612.909, folio 19. Negrillas fuera del texto original.

⁵⁶⁶ Expediente T-6.612.909, folio 29.

⁵⁶⁷ Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 30.

feto resultaba incompatible con su vida. Esa información estuvo disponible para que la Juez la valorara a fin de tomar su decisión, en particular sobre las medidas provisionales a tomar.

Por otra parte, consta también en el expediente el concepto emitido por una médica general de Profamilia el 29 de diciembre de 2017, en la que, sin que se hubiere realizado ningún examen adicional al feto, se sostiene: “PACIENTE CON CUADRO DEPRESIVO Y ANSIEDAD DESENCADENADO POR EL EMBARAZO, ADEMÁS FETO PRESENTA HOLOPROSENCEFALIA VS DISPLASIA SEPTO-ÓPTICA. CERTIFICO CAUSAL DE SALUD Y MALFORMACIÓN CONGÉNITA.” En este “*certificado*” no consta absolutamente nada de lo que hasta entonces exigía la jurisprudencia, esto es, la manifestación de que lo que denomina “*malformación congénita*” resulte incompatible con la vida del feto.

Ahora bien, es evidente que el certificado del Hospital San José, en el que claramente se manifiesta que “LOS HALLAZGOS PRESENTES EN EL FETO NO SON INCOMPATIBLES CON LA VIDA” y la afirmación posterior de Profamilia que certifica causal de “MALFORMACIÓN CONGÉNITA” debieron generar en el juez de tutela una duda suficiente sobre si se cumplían con las exigencias constitucionales en materia de IVE y por ende se requería una verificación antes de cualquier decisión.

Bajo esas consideraciones, en una primera etapa del trámite, esta Corte consideró necesario verificar si, en efecto, el resultado del examen que fue comunicado a la madre gestante resultaba compatible con la vida del feto. Para tal fin, ofició una serie de preguntas a entidades científicas de cuyas respuestas coinciden en que el diagnóstico de Holoprosencefalia lobar Vs. displasia septo óptica “*es compatible con la vida, con un grado variable de discapacidad*”.⁵⁶⁸ Ninguna de las entidades que enviaron su respuesta sostuvo que la malformación detectada resultara incompatible con la vida del feto.

Más allá de ello, las respuestas enviadas sostienen que el examen de ecografía realizado en el caso concreto, evalúa únicamente la morfología del feto y no el funcionamiento neuronal, por eso, el diagnóstico no tiene siquiera la sensibilidad suficiente para distinguir entre dos anomalías cuyos efectos son bastante distintos -la Holoprosencefalia lobar (la más leve forma de holoprosencefalia) y de displasia septo óptica- y mucho menos puede predecir, el pronóstico de los efectos futuros de dicho diagnóstico, que puede variar entre un margen muy amplio de posibilidades.⁵⁶⁹ En todo caso, lo que

⁵⁶⁸ Respuesta de la Sociedad de Cirugía de Bogotá, que concuerda con la respuesta de Fecolsog. En su concepto la Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Medicina Responde que, “*ni la displasia óptica ni la holoprosencefalia lobar son incompatibles con la vida del feto*”. Por su parte, la Universidad Javeriana, respondió que “*“la supervivencia de los neonatos con DSO que son diagnosticados tempranamente, manejados en forma apropiada y que sobrepasan el primer año es alta”*”.

⁵⁶⁹ Al respecto, en su respuesta la Sociedad de Cirugía de Bogotá explica que: “Pronóstico de holoprosencefalia lobar, los datos disponibles son limitados. Se ha publicado que los individuos

sí se conoce, es que las posibles enfermedades que coinciden con el resultado del examen, no significan la inviabilidad del que está por nacer.

Esto significa que no existía duda sobre la circunstancia de que la malformación detectada no afectaba la viabilidad del feto y mucho menos si se tenía en cuenta la avanzada edad gestacional y los buenos resultados de los demás exámenes realizados que no indicaron ningún otro hallazgo respecto de diversidad funcional o malformación del feto, sino que, por el contrario, concluían el normal desarrollo y funcionamiento de los órganos y estructuras del cuerpo de la *nasciturus*.

2.3. En el caso concreto la IVE se motivó en la información sesgada y discriminatoria que entregaron a la mujer embarazada sobre futuras discapacidades de la bebé por nacer.

El embarazo inicialmente deseado se convirtió en una fuente de angustia para *la madre gestante* como resultado de la forma en que se le comunicó el resultado del diagnóstico resultante de la ecografía realizada el 30 de noviembre de 2017. Si bien dicho diagnóstico nunca se refirió a la inviabilidad del feto o a un riesgo para la vida de la madre, en cambio, se le informó de tal forma que reaccionó negativamente ante la posibilidad de continuar su embarazo y dar vida a una hija con posibles discapacidades. Así lo consignó en su escrito de tutela con las siguientes palabras:

“tengo 26 semanas de embarazo y en uno de los controles que me hicieron fui diagnosticada de Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar, esta es una alteración que se origina en la división del prosencéfalo (lóbulo embrionario) causando problemas en el desarrollo cerebral y de la cara de mi bebe, **adicionalmente los médicos me informaron que la bebe puede nacer con trastorno psicomotor (...) neurológico, endocrino, óptico olfatorio y psicomotriz, puede nacer ciega o lo peor podría nacer muerta o le dan poco tiempo de vida,** por tal razón el médico tratante me ordenó el procedimiento llamado

afectados pueden llevar una vida normal, pero son frecuentes el retraso mental y secuelas neurológicas. Pronóstico de displasia septo-óptica es controvertido, la alteración visual es generalmente presente, pero la ceguera es rara, si cursa con hipoplasia del nervio óptico se asocia con una incidencia aumentada de parálisis cerebral, retraso mental y convulsiones.” Por su parte la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología – Fecolsog en su respuesta inicia por explicar los posibles efectos de los tipos más severos de holoprosencefalia (alobar y semilobar) y explica que en cuanto a la holoprosencefalia lobar “*los datos disponibles son limitados sin embargo se ha publicado que los individuos no pueden llevar una vida normal ya que son muy frecuentes el retraso mental y las secuelas neurológicas*”. Sostiene además que “*la discapacidad motora severa observada en la holoprosencefalia semilobar y alobar es menos frecuentemente vista en el tipo lobar*”. Concluye finalmente que el pronóstico depende del grado de malformación en cada paciente. En cuanto al pronóstico de displasia septo-óptica sostiene que es controvertido; “*la alteración visual está generalmente presente, pero la ceguera es rara.*”

ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO.”

Esta clase de información imprecisa, con alto grado de subjetividad y sin ningún sustento científico, se entregó irresponsablemente a la madre gestante promocionando un acto de discriminación.

Ahora bien, al consultar a instituciones expertas en la materia, se pudo comprobar que, de los hallazgos del examen de ecografía realizado a la paciente, no era posible extraer ninguna de las conclusiones a las que hace referencia la accionante. Esto porque como claramente lo expone en su demanda y aparece consignado a lo largo del expediente, el examen es estrictamente morfológico y no puede distinguir siquiera entre dos diagnósticos con efectos totalmente diferentes: *Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar*, mucho menos determinar los efectos que puede tener en la vida futura del niño. Según concluye la facultad de Medicina de la Universidad Nacional en su concepto “*EL DIAGNÓSTICO CONFIRMADO PRENATAL ES MUY DIFÍCIL, la ecografía solo lo puede sospechar*”.

En el caso concreto, las entidades encargadas de prestar el servicio de salud, esto es, quienes evaluaron y realizaron el diagnóstico con fundamento en el examen ecográfico, omitieron realizar un pronunciamiento sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto. Esa información era de vital importancia en el caso concreto y hubiese sido determinante para evitar todos los problemas que surgieron a continuación. En cambio de ello, y de haber brindado la información objetiva y el acompañamiento que requería *la madre gestante* sobre la viabilidad de su futura hija, la información que ella dice haber recibido le produjo angustia y rechazo.

En la evaluación que realiza la IPS donde se realizó finalmente la IVE con posterioridad a la medida provisional emitida por la Juez de tutela, se consigna el siguiente análisis:

“MUJER DE 33 AÑOS QUIEN CURSA UNA GESTACIÓN DE 26 SEMANAS, SOLICITA DE MANERA LIBRE Y ESPONTÁNEA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO, DECISIÓN QUE TOMÓ LUEGO DE SER INFORMADA DE LOS HALLAZGOS Y EL PRONÓSTICO FETAL EN LA ECOGRAFÍA DEL DÍA 30/11/2017 REALIZADA POR EL DRA. DIANA MARCELA CEPEDA, QUE SE ANEXA A LA HISTORIA. ELLA MANIFIESTA QUE NO ESTÁ DISPUESTA A ASUMIR LO QUE RESTA DEL EMBARAZO Y EL ROL MATERNO POR EL MAL PRONÓSTICO. (...)”⁵⁷⁰

⁵⁷⁰ Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 123.

En la misma acta se consignan las razones que presenta la paciente como fundamento de su decisión, así:

(...) NO DESEA CONTINUAR ESTE EMBARAZO NI ASUMIR EL ROL MATERNO EN ESTE MOMENTO YA QUE NO TIENE LAS CONDICIONES PERSONALES, EMOCIONALES NI ECONÓMICAS PARA HACERLO. CUANDO SE ENTERÓ DE LA PATOLOGÍA FETAL PRESENTÓ DEPRESIÓN, LLANTO FÁCIL, ANODINIA, INSOMNIO Y SE PREGUNTÓ EN PAREJA POR QUE ESTABA SUCEDIENDO ESTA SITUACIÓN. REFIERE QUE POR ESTAS CONDICIONES Y [PORQUE] LA CALIDAD DE VIDA DEL FETO ES MALA POR EL MAL PRONÓSTICO FETAL INFORMADO POR LA ECOGRAFÍA Y EN JUNTA MÉDICA COMO CONCLUSIÓN MAL PRONÓSTICO EN EL NEURODESARROLLO A FUTURO.

Llama fuertemente la atención que, pese a toda esta información disponible, la decisión mayoritaria de la Sala Plena en este caso sea la de evadir el análisis del contexto de discriminación en que se presentó la solicitud de IVE y en cambio, pese a las pruebas, afirme que el procedimiento se dio por la inviabilidad del feto y afirme además que se cumplieron los requisitos para que se configure la causal. Es necesario recordar que las obligaciones constitucionales en virtud del artículo 13 superior y en virtud de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, implica no solo evitar discriminar, sino también actuar frente a los actos de discriminación que se cometan contra las personas con discapacidad o que pongan en riesgo su vida. La decisión de la cual me aparto, es un grave retroceso en la materia.

En efecto, no basta con afirmar en la Sentencia que no se trata de la autorización de abortos eugenésicos, o que no se atenta contra la CDPD porque esta solo protege los derechos de las “personas” que ya han nacido, porque en realidad la decisión mayoritaria acogió la tesis por la cual un feticidio cuya única motivación era evitar los supuestos sufrimientos que significaría la maternidad de una niña con malformaciones, cuando justamente ello provenía de prejuicios discriminatorios y de información sesgada que se entregó a la madre. Decir que la CDPD protege la vida y la no discriminación únicamente de las personas nacidas, y por lo tanto discriminarlas y acabar con su vida antes que nazcan resulta compatible con la Convención es, abiertamente, una violación del artículo 26 de la Convención de Viena que consagra el principio *pacta sunt servanda* por el cual las partes están obligadas a cumplir los tratados de buena fe. El aborto basado en discriminación va contra el objeto y el fin de la CDPD y contra el principio pro homine, pero

particularmente atenta contra el artículo 10 de la Convención que puntualmente sostiene:

Artículo 10 Derecho a la vida. Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de **todos los seres humanos** y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

La garantía primaria del derecho a la vida de las personas con discapacidad empieza por evitar los abortos discriminatorios, razón por la cual el Comité CDPD ha recomendado a los Estados eliminar las cláusulas que autorizan el aborto por malformación. Por ello, en el caso colombiano, la causal sólo resulta compatible con la Carta si se exige el certificado médico de inviabilidad del feto. Lamentablemente y aunque afirme engañosamente lo contrario, la Sentencia SU-096 de 2018 prohibió la decisión que autorizó un aborto discriminatorio, y con ello abre una puerta para el aborto eugenésico en Colombia.

2.4. La Sentencia Su-096 de 2018 funda su decisión en consideraciones imprecisas y en una incorrecta valoración probatoria.

Para concluir que, en efecto existía certificación sobre la causal de malformación que implique inviabilidad del feto en el caso examinado, sostiene la Corte en el párrafo 132 de la sentencia:

32. De lo expuesto la Sala Plena encuentra que: (i) desde el 30 de noviembre el feto fue diagnosticado con una enfermedad denominada “*holoprosencefalia lobar*”; (ii) el médico tratante de la accionante, el 20 de diciembre de 2018 ordenó la práctica de la IVE por malformación del sistema nervioso central del feto, hizo solo referencia la (sic) “*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 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 vida” -ello sin tener conocimiento como quedó demostrado de la medida provisional, que si bien es cierto se emitió por 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-.

Esa conclusión está repleta de imprecisiones. En primer lugar, sobre el “*diagnóstico*”, en el folio 23, que contiene el documento fechado el 30 de noviembre, claramente está indicado que corresponde a la interpretación de la ecografía y en el mismo documento se cita a junta médica y se solicita complementar con estudio citogenético. El documento en que constan la conclusión definitiva del examen es el que obra en el folio 19 del expediente, con fecha 4 de diciembre de 2017, titulado “COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO PARA SEGUNDA OPINIÓN DE CASOS DIFÍCILES”, con la firma de cinco médicos del mismo laboratorio en que se realizó el examen y que concluye: “**POSIBLES DIAGNÓSTICOS:** *Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar*”.

Las palabras utilizadas resultan de enorme relevancia para entender el alcance del concepto y sus consecuencias. En primer lugar, como ya se explicó y consta ampliamente en las respuestas de las entidades científicas a las que les preguntó la Corte Constitucional en el trámite de la tutela, el examen ecográfico es simplemente morfológico y por lo tanto no puede dar un diagnóstico definitivo, sino únicamente presuntivo sobre enfermedades del sistema nervioso central. Por esta razón, no se emite un diagnóstico sino un POSIBLE DIAGNÓSTICO, que es la conclusión que la experiencia médica da frente a una malformación detectada.

Esto concuerda además con el hecho de que el posible diagnóstico no define una, sino dos posibles anomalías: *Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar*, porque cómo fue ampliamente explicado por las entidades consultadas, el examen no permite establecer entre estos dos posibles diagnósticos. En cualquier caso, tal como unánimemente respondieron las entidades científicas consultadas, este posible diagnóstico no es incompatible con la vida, sino que puede generar secuelas que impliquen posibles discapacidades futuras, las cuales, en todo caso, son imposibles de predecir con el examen prenatal.

En segundo lugar, no es cierto que, el 20 de diciembre de 2018, el médico tratante haya ordenado la IVE y mucho menos por la razón indicada en el párrafo transcrito de la sentencia. El único documento con esa fecha es el que consta en el folio 9 del expediente, que es la “AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS HOSPITALARIOS” emitida por la EPS y dirigida a la Fundación Santafé de Bogotá, para el procedimiento “695101 ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO”. Nada se indica en dicho documento acerca de la causal y mucho menos se trata de una certificación sobre la inviabilidad del feto. Lo que sí se evidencia, es que se autoriza un procedimiento que, claramente resultaba incompatible con la edad gestacional de la mujer en embarazo, y que de haberse realizado pudo haber puesto en grave riesgo su vida y su salud.

En efecto, resulta muy extraño que un médico ginecobstetra ordene el procedimiento de “ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO”, cuando dicho procedimiento, según toda la documentación disponible en la materia y en particular en el manual OMS y en la cartilla sobre aborto seguro en Colombia del Ministerio de Salud, sólo puede realizarse hasta la semana 12 de embarazo y en este caso superaba las 21 semanas de gestación.

Más grave aún resulta, que tres IPS se hayan negado a realizar el procedimiento por no ser compatible con la edad gestacional, y que la juez de tutela, de todas maneras, haya ordenado la realización de ese procedimiento específico en su decisión de medida provisional.

En tercer lugar, sostiene la Sentencia que la EPS remitió a la accionante a la IPS Hospital San José, lo cual es impreciso, porque la remitió a 3 IPS, la primera de las cuales, según consta en el expediente, fue la Fundación Santafé de Bogotá y también omite que en las 3 IPS le indicaron que el procedimiento ordenado no era compatible con la edad gestacional. Además, omite explicar que en la IPS San José se le brindó atención, se hicieron nuevamente los exámenes médicos y ecográficos, y de ellos resultó que se confirmaron los hallazgos “*sugestivos*” del primer examen, y se examinó el caso a tal punto que en análisis del concepto señala:

“(…) EN REUNION 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 ECOGRAFIA.”

Este concepto se corresponde perfectamente con la larga jurisprudencia de esta Corporación respecto de las obligaciones de debida diligencia y cuidado que el personal médico tiene frente a la protección efectiva del derecho a la salud. Es un concepto proferido con fundamento médico, con base en resultados de laboratorio y de la reunión de tres médicos de la institución, en el que claramente se pronuncian sobre la compatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto. Sin embargo, la afirmación que hace sobre este punto la decisión mayoritaria de la Sala Plena de la Corte en la Sentencia SU-096 es un reproche contra el concepto emitido. Al respecto sostiene la sentencia:

“13 7. 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.”

La decisión mayoritaria de la Sala decidió cambiar de un golpe la centenaria tradición de los principios éticos de la medicina que protegen ante todo la vida humana. La sentencia no solo parece obviar que al hablar de las posibles secuelas en el “*neonato*”, justamente el concepto médico se está refiriendo **al que nace con vida** y que por lo tanto esta conceptuando que **no es inviable**, sino que la Sala Plena pretende reprochar a tres doctores en medicina, especialistas en ginecología porque consideraron, tal como los estándares médicos lo determinan, que las posibles secuelas futuras de las malformaciones detectadas, no significan que su vida no exista y sea digna de ser vivida y protegida. La sentencia además le reprocha a la médica el haber sido diligente en la determinación de la viabilidad del feto, “*sin tener en consideración el dictamen del médico tratante que ordenó la IVE*”, ello pese a que en ninguna parte del expediente hay un certificado del médico tratante que ordenó la IVE en el que, tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte desde la Sentencia C-355 de 2006, se certifique que la malformación detectada es incompatible con la vida del feto.

No es claro si esa lamentable consideración de la sentencia se debe a la falta de información sobre el significado de la palabra neonato, o si en realidad, se pretende crear un precedente jurisprudencial por el cual se exige al personal médico que considere a quienes tienen secuelas severas orgánicas o funcionales como seres sin vida humana y sin derecho a ella. Sea como sea, una afirmación semejante solo significa un abrupto retroceso en la protección de la vida y la dignidad humana en Colombia, que resulta especialmente grave desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad.

Finalmente, en un extraño giro argumentativo y pese a la claridad de los hechos anunciados en el escrito de tutela, la Sentencia de la cual me aparto concluye que en el caso se cumplió con el requisito del certificado médico sobre la inviabilidad del feto. Eso no es cierto. La solicitud de servicio u orden médica emitida por el médico tratante de la EPS el 15 de diciembre de 2017, que obra en el folio 10 del expediente y cuya firma es ilegible, textualmente dice lo siguiente: “*Embarazo 20 sem. Malformación SNC fetal – Holoprosencefalia. SS. [Se solicita] Interrupción Voluntaria del Embarazo.*”

Nada indica la orden médica acerca de si la malformación es o no compatible con la vida del feto, o si se configura una de las causales de la Sentencia C-355 de 2006. La jurisprudencia constitucional, (no solo la sentencia T-301 de 2016 de la que dice apartarse esta nueva decisión) ha sido reiterativa en explicar que para que opere la causal se requiere concepto médico previo que certifique la inviabilidad del feto. Este requisito NO se satisfizo en el caso concreto, porque la orden médica nada certifica al respecto.

Además, respecto de la certificación emitida por una médica general de Profamilia el 29 de diciembre de 2017, es decir, luego de que la EPS ya había proferido la autorización para la realización del procedimiento de IVE (el 20 de diciembre de ese año), es claro que no se le realizó al feto ningún examen distinto a los ya existentes. El concepto dice: “PACIENTE CON CUADRO DEPRESIVO Y ANSIEDAD DESENCADENADO POR EL EMBARAZO, ADEMÁS FETO PRESENTA HOLOPROSENCEFALIA VS DISPLACIA SEPTO-ÓPTICA. CERTIFICO CAUSAL DE SALUD Y MALFORMACIÓN CONGÉNITA.”

Tampoco dicho documento cumple con el requisito exigido por la jurisprudencia. Justamente, no se trata de la causal malformación, sino de la malformación que haga inviable la vida del feto y eso no fue explicitado por ninguno de los certificados que se presentaron en la acción de tutela y que sirvieron de fundamento a la decisión de la Juez de tutela en materia de medidas provisionales.

En el expediente solo obra una certificación que eventualmente cumpliría con el requisito constitucional, pero que, en todo caso, se dio el día 6 de enero de 2018, en la evaluación de ingreso para la realización de la IVE que se realizó ese mismo día. Esta certificación es posterior a la fecha en que fue interpuesta la acción de tutela, se decidió su procedencia y la Juez dictó la orden, como medida provisional, de realizar el procedimiento. Es decir, esta certificación no existía en el momento en que la Juez ordenó que se realizara la IVE.

Pero en cualquier caso, en dicha certificación, justamente, se evidencia la contradicción entre el fundamento de la causal segunda de la IVE y lo que realmente sucedió en el caso concreto. **La certificación deja en evidencia, no solo que el feto era viable, sino que la motivación de la IVE estaba fundada en estereotipos frente a la posible discapacidad futura de la que estaba por nacer.** Al respecto se lee textualmente del escrito:

MUJER DE 33 AÑOS QUIEN CURSA UNA GESTACION DE 26 SEMANAS. SOLICITA DE MANERA LIBRE Y ESPONTANEA INTERRUPCION DEL EMBARAZO, DECISION QUE TOMO LUEGO DE SER INFORMADA DE LOS HALLAZGOS Y EL PRONOSTICO FETAL EN LA ECOGRAFIA DEL DIA 30/11/2017 REALIZADA POR LA DRA DIANA MARCELA CEPEDA, QUE SE ANEXA A LA HISTORIA. ELLA MANIFIESTA QUE NO ESTA DISPUESTA A ASUMIR LO QUE RESTA DEL EMBARAZO Y EL ROL MATERNO POR MAL PRONOSTICO. YO CERTIFICO QUE LA MALFORMACION FETAL DIAGNOSTICADA ES INCOMPATIBLE CON LA VIDA, LO ANTERIOR TIPIFICA CAUSAL LEGAL DE INTERRUPCION DEL

EMBARAZO Y LA CERTIFICACION MEDICA LLENA LOS REQUISITOS LEGALES VIGENTES. **SE BRINDA AMPLIA INFORMACION SOBRE EL PRONOSTICO E IMPLICACIONES FETALES Y POS NATALES**, SUS DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA. SENTENCIA C355/2006, ASESORIA DE ANTICONCEPCION (DESEA UTILIZAR JADELLE) Y **ALTERNATIVAS A LA INTERRUPCION COMO CONTINUAR EL EMBARAZO BAJO SEGUIMIENTO MULTIDISCIPLINARIO O ADOPCION DEL RECIEN NACIDO**. ELLA PERSISTE EN SU IDEA DE INTERRUMPIR SU EMBARAZO. (...)

En la Sentencia SU-096 de 2018 la Corte abiertamente decidió evadir su deber constitucional y legal de examinar y valorar las pruebas bajo la lupa del ordenamiento constitucional, y de la jurisprudencia vigente. A cambio de ello, la decisión se limita a afirmar, sin ningún raciocinio ni lectura de los textos, que se cumplieron los requisitos de la IVE y que se certificó la inviabilidad del feto. Más allá de eso, en el párrafo 138 la sentencia critica la labor probatoria adelantada inicialmente por la Corte y afirma que pedir del juez ius fundamental que analicé y evalué las órdenes médicas de IVE se constituye en una barrera a ese derecho.

La decisión aprobada por la mayoría de la Sala Plena no solo avala el aborto eugenésico, sin ninguna certificación, en retroceso de la jurisprudencia en la materia, sino que pretende convertir al juez constitucional en un ente inerte, que deba permanecer inmutable y abstenerse de verificar el cumplimiento de los requisitos que la propia Corte Constitucional ha determinado para la procedencia de la IVE. La Sentencia de la que me aparto claramente inclina la balanza a favor de una presunción de inviabilidad de los fetos frente a cualquier malformación que en ellos se detecte, excluyendo la obligación de certificar la incompatibilidad con la vida y abriendo con ello la puerta a los abortos eugenésicos y discriminatorios que tan repugnantes resultan a la tradición constitucional de este país y de todo el hemisferio.

La Sentencia SU-096 de 2018, en su párrafo 138, socava profundamente la integridad de la labor del juez ius fundamental y caricaturiza la imagen de la justicia vendada, para cambiar el sentido de la venda, ya no para evitar parcializaciones o prejuicios, sino para que el juez se tape los ojos ante la evidencia, y evada su compromiso de indagar la verdad, en fiel reflejo de lo que hace la Corte Constitucional en la decisión de la cual me aparto.

En efecto, la decisión mayoritaria de la Sala Plena prefirió pasar por alto que, de la lectura del escrito de tutela y de los documentos obrantes en el expediente, surge con total claridad que la única motivación para que la mujer y su esposo hayan deseado terminar con el embarazo fue la información

sesgada e incompleta que acompañó al diagnóstico, la falta de acompañamiento psicológico e institucional a la madre gestante y los prejuicios contra las personas con discapacidad por parte de las entidades que brindaron información subjetiva, estereotipada e incorrecta a los futuros padres. Todo ello generó el rechazo a la idea de asumir el rol de padres de una hija con diversidades funcionales y anatómicas que pudieran traducirse en discapacidades.

La Corte debió pronunciarse al respecto, rechazar enfáticamente el accionar discriminatorio de las entidades que brindaron información basada en estereotipos de discriminación y establecer con claridad las obligaciones de las entidades de Salud en materia de información objetiva y acompañamiento a las mujeres en gestación cuando de los exámenes médicos surjan diagnósticos de posibles malformaciones. Desafortunadamente, la decisión mayoritaria de la Sala Plena fue la de aceptar como válido el actuar abiertamente discriminatorio que se evidencia en el caso.

2.5. El modelo social de la discapacidad como parámetro de control constitucional contrariado por la sentencia SU-096 de 2018

Los modelos de abordaje de la discapacidad son básicamente las diferentes formas en que las sociedades asumen la discapacidad y con fundamento en los cuales se garantizan los derechos de las personas con discapacidad. Estos modelos “*coexisten y permean los marcos jurídicos y las prácticas legales, políticas y culturales sobre el tema*”.⁵⁷¹

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) de las Naciones Unidas se construye bajo el modelo social de la discapacidad.

El modelo social de discapacidad pone el acento en la interacción entre la persona con una diversidad funcional y las barreras y obstáculos sociales, que la “*discapacitan*”, ello se debe a que se deja de considerar a la discapacidad como una limitación individual para pasar a considerarla como un fenómeno complejo, integrado por causas individuales, pero también, y en gran medida, por causas y limitaciones sociales.

Este modelo es expresamente abordado en la CDPD, cuyo artículo 1.2 establece que: “*(...) Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás*”, Esas barreras que menciona el artículo pueden ser de diversa índole (arquitectónicas, comunicacionales, actitudinales, etc.).

⁵⁷¹ Paiis, escrito de *Amicus Curiae* enviado a la Corte Constitucional para el presente asunto.

De especial importancia resulta el artículo 8° de la Convención denominado “*Toma de conciencia*”, en el que los Estados partes se comprometen a realizar campañas de sensibilización y comunicación dirigidas a la superación de prejuicios, costumbres o estereotipos usualmente existentes en relación con las personas discapacitadas, al reconocimiento de sus méritos y habilidades, y a la viabilidad de su plena inclusión social. Esas acciones deberán adelantarse en diversos ámbitos, incluyendo el familiar, el educativo y el laboral.

Según lo ha explicado esta Corporación:

“Estas disposiciones se enmarcan en el contexto de un modelo de abordaje de la discapacidad a partir de las barreras sociales, en que la noción de persona en situación de discapacidad se basa, más allá de la diversidad funcional de las personas, en las barreras que genera la propia sociedad. De este modo, se realiza una distinción entre la diversidad funcional y lo que se entiende por discapacidad. El modelo social está íntimamente ligado al respeto por la dignidad y la vida independiente, pero acompañada de unos Principios Fundamentales que describen la discapacidad como una forma específica de opresión social. Estos principios hacen una distinción entre diversidad funcional u orgánica —la condición del cuerpo y de la mente— y ‘discapacidad’, respecto de las restricciones sociales que se experimentan”.⁵⁷²

La CDPD hace parte del Bloque de Constitucionalidad y del marco legal en Colombia⁵⁷³. El Estado colombiano depositó su instrumento de ratificación frente a la Convención el día 10 de mayo de 2011, luego de la promulgación de la Ley 1346 de 2009 y su correspondiente declaración de constitucionalidad en la Sentencia C-293 de 2010. En dicha Sentencia, la Corte Constitucional analizó con detenimiento la Convención y concluyó que parte importante de su propósito era el de actualizar la normativa para ajustarla al modelo social de la discapacidad.⁵⁷⁴

El reconocimiento de la Convención DPD como parte del Bloque de Constitucionalidad ha tenido efectos en cuanto al modelo de abordaje de la

⁵⁷² Corte Constitucional, sentencia C-042 de 2017 (MP Aquiles Arrieta Gómez).

⁵⁷³ Así por ejemplo la Ley 1618 de 2013 “*Por Medio de la cual se establecen las Disposiciones para Garantizar el Pleno Ejercicio de los Derechos de las Personas con Discapacidad*” describe a las personas con discapacidad con apego al modelo social, así: “*Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*”

⁵⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla): La Corte sostuvo que“(…) *la aprobación de la Convención implica entonces un importante esfuerzo de reformulación y actualización de las normas internacionales sobre la materia, frente a los grandes cambios sociales y culturales observados durante los años recientes, incluso respecto al concepto mismo de discapacidad, que el tratado reconoce como cambiante y evolutivo, (...)*”

discapacidad que la Corte ha adoptado. Así, en el año 2012, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad*” esta Corporación consideró que la palabra discapacidad engloba: “*aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”.⁵⁷⁵ Ello resulta conforme con el modelo social adoptado por la CDPD.

En efecto, la Corte Constitucional en su sentencia C-767 de 2014 mencionó la definición establecida por la CDPD y sostuvo: “*Al respecto, vale destacar que este instrumento representa la adopción normativa del modelo social de la discapacidad, estableciendo una nueva forma de entender este concepto, que busca tanto igualar las condiciones de las personas con discapacidad como fortalecer su participación plena, eliminando barreras*”.⁵⁷⁶ Postura que ha reiterado en su jurisprudencia.⁵⁷⁷

En la reciente Sentencia C-147 de 2017, la Corte Constitucional usó concretamente el modelo social de la discapacidad, como parte del parámetro de control en consonancia con los artículos 1 y 13 de la Carta Política. En dicha decisión la Corte reprocha la expresión demandada por considerar que la misma se concentra en la condición de discapacidad para definir a una persona, pero desconoce que su esencia radica en que se trata de un ser humano. Al respecto sostuvo la Corte:

“La expresión demandada es inconstitucional pues desconoció el deber de neutralidad del Legislador y no tiene la naturaleza de definición técnico jurídica. Por el contrario, **configuró un escenario de vulneración de la dignidad humana de las**

⁵⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-606 de 2012 (MP Adriana María Guillen Arango).

⁵⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-767 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En esta decisión la Corte Constitucional estudió y resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley 1106 de 2006 y 1 de la Ley 1421 de 2010.

⁵⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). La Corte sostuvo que con la ratificación de la “*Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*” se adopta en Colombia el modelo social de la discapacidad, condición que bajo este supuesto debe ser entendida de la siguiente forma: “(i) frente a la idea de que la discapacidad proviene de estados inmanentes e innatos a los individuos, el modelo social ubica la discapacidad en el entorno social, en tanto que considera que son las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales opresivas y excluyentes las que generan esta condición; (ii) frente a la idea de que a la discapacidad subyacen defectos, insuficiencias, anomalías, alteraciones o deficiencias de los individuos, para el modelo social se trata únicamente de diferencias que deben ser reconocidas y aceptadas, y que en ningún caso agotan la individualidad de las personas, las cuales tienen una vida más allá de los problemas derivados de sus diferencias; (iii) frente a la idea de que las personas con discapacidad deben ser tratadas desde una perspectiva médica, con el objeto de buscar su normalización, el modelo social propone una aceptación social de la diferencia, y en su lugar, una intervención, no en los individuos con discapacidad, sino directamente en las estructuras sociales de base, que son aquellas que impiden la realización y el pleno goce de los derechos de todas las personas.”

personas en condición de discapacidad, pues redujo su identificación a su condición de discapacidad y desconoció su esencia misma de ser humano.

De igual manera, se apartó de los artículos 1° y 13 de la Constitución porque no introdujo el modelo social de la discapacidad como referente de interpretación que trate a las personas con dignidad, en el sentido de que el Legislador utilizó una expresión que desconoció la diversidad funcional de las personas”.⁵⁷⁸

Así, para la Corte, uno de los aspectos más relevante del modelo social de la discapacidad consiste en reconocer que, sin importar las condiciones físicas u orgánicas que nos diferencian, todos los seres humanos somos igualmente dignos. La dignidad del ser humano y el respeto de sus derechos no pueden estar ligados a las capacidades físicas o intelectuales. Por el contrario, el Estado y la sociedad deben adaptarse para permitir que todo individuo de la especie humana, con las diversidades mentales, orgánicas y funcionales que tenga, puedan disfrutar plenamente de sus derechos.

Esa es la postura de la Corte Constitucional, y así lo ratificó en la Sentencia C-042 de 2017⁵⁷⁹ en la que sostuvo al respecto:

“4.3.12. Para la Constitución Política, **todos los seres humanos son iguales en derechos; son seres completos, integrales, y dignos.** La diversidad hace parte de la especie humana y enriquece a la sociedad colombiana.

4.3.13. Bajo ese entendido, la concepción actual de la discapacidad, que resulta además más cercana a la protección y el respeto de la dignidad humana, aborda la discapacidad como el efecto de las barreras sociales que impiden el pleno goce de los derechos en condiciones de igualdad y limitan la integración social como respuesta al funcionamiento orgánico o funcional diferente al de la mayoría de las personas. **La discriminación frente a las personas con diversidad funcional u orgánica resulta además artificial y peligrosa, porque parte de suposiciones erradas sobre la naturaleza humana, desconoce la infinita diversidad de la especie, las múltiples capacidades humanas y sus distintas formas de desarrollo y, en cambio da lugar a teorizar sobre parámetros funcionales u orgánicos que solo son útiles para excluir, como sucede con las teorías eugenésicas.** El funcionamiento de los órganos no tiene ninguna relación con el acceso a los derechos, si el Estado responde eficientemente a

⁵⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-147 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁵⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-042 de 2017 (MP Aquiles Arrieta Gómez).

los requerimientos de todos los grupos sociales, la diversidad funcional no debería impedir el desarrollo adecuado del proyecto de vida individual. El problema no radica en la funcionalidad de los órganos de cada ser humano, sino en las barreras que la sociedad y el Estado ponen a ciertas personas”.

La Corte no debería admitir como válida ninguna diferenciación de la dignidad de los seres humanos fundada en la diversidad funcional, mental u orgánica que tenga como fin extinguir o restringir los derechos presentes o futuros de los seres humanos.

Pero a pesar de la consagración del modelo social en el derecho internacional, en la jurisprudencia constitucional y en la normatividad colombiana, aún persisten en el imaginario social y político los modelos de la prescindencia y con mayor énfasis el modelo médico rehabilitador.

El primero entiende que la discapacidad es una circunstancia que obliga a separar al “*afectado*” de los demás miembros de la sociedad que se consideran “*normales*”, pues su condición particular y catastrófica – consecuencia incluso del castigo divino - lo convierte en una carga innecesaria e inútil que lo aleja de los estándares de la vida en sociedad. El segundo acoge una visión científica y médica de la discapacidad, que sin embargo no es objetiva, sino que parte de la concepción de que la persona con discapacidad es inferior en destrezas y aptitudes, por lo que busca su *normalización* dentro de un parámetro marcado por la idea de un individuo estándar, que procura *curar* a la persona con discapacidad de su carga para participar en la sociedad “*en igualdad de condiciones*”.

De lo anterior se desprende que, incluso las categorías y teorías científicas sobre la discapacidad están cargadas de valoraciones subjetivas y juicios morales, políticos e ideológicos que, en la práctica, han llevado a la exclusión sistemática del goce de derechos personalísimos, fundamentales y patrimoniales de las personas con discapacidad. En materia de derechos sexuales y reproductivos tiene múltiples manifestaciones nefastas, como la esterilización forzada de personas con discapacidad, que ya ha sido analizada y condenada por esta misma Corte.

En el caso de la IVE, la prevalencia del modelo médico rehabilitador se manifiesta en el abordaje que, en algunos casos, se da a los exámenes prenatales, pues demuestra la persistencia del modelo médico de la discapacidad en el sistema de salud y un sesgo marcado en contra de cualquier diversidad funcional que pueda implicar una futura discapacidad.

La información incompleta y sesgada frente al diagnóstico de una diversidad funcional, que califican al que está por nacer a partir de estereotipos sobre deficiencias en capacidades y “*problemas*” futuros, y que pronostica una discapacidad como una carga de sufrimiento, es una valoración contraria al

modelo social de la discapacidad y abiertamente atentatoria de los derechos de las personas con discapacidad.

2.5.1. El modelo social de discapacidad en Colombia y la percepción del nasciturus como una carga de sufrimiento por efecto de la discriminación social.

El aborto motivado por un diagnóstico de diversidad funcional u orgánica del *nasciturus*, sin que exista plena certeza de su inviabilidad, resulta abiertamente contrario al modelo social de discapacidad, a la Convención DPD y a la Constitución colombiana.

El aborto por discapacidad es una forma de discriminación, puesto que se produce como efecto de la interacción entre la diversidad funcional del *nasciturus* (denominada en la causal como “*malformación*”) y una barrera actitudinal que se traduce en la decisión de la madre gestante como resultado de los conceptos médicos e información basada en prejuicios respecto al menor valor de la vida de estas futuras personas o de su condición de carga para los padres y para la sociedad.

Aún si se parte de la idea de que la CDPD se aplica a personas nacidas y no al *nasciturus*, es innegable que un aborto que se motiva en estimar que un hijo con diversidad funcional es una carga y un sufrimiento, o una vida que no es digna de ser vivida, es la manifestación de prejuicios de discriminación y exclusión contra las personas con discapacidad.

Al permitir la realización de abortos por la causal de malformación sin exigir la certeza sobre la inviabilidad del feto, se genera claramente un trato diferenciado que les impide a las futuras personas con posible discapacidad gozar de la protección de su vida (aun antes de nacer) en igualdad de condiciones con el resto de personas (sin diversidad funcional). Ello tiene su razón en una decisión basada en prejuicios sociales y valoraciones discriminatorias que violarían el objeto mismo de la CDPD, que se resume en asegurar que las personas con discapacidad gocen plenamente y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos,⁵⁸⁰ lo que por supuesto requiere, como condición fundamental, que se les permita nacer.

Según lo explicó en su intervención uno de los actuales miembros del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: “*para el Comité la experiencia muestra que las evaluaciones sobre las condiciones de deterioro a menudo son falaces, fundadas en apreciaciones médicas en las cuales la*

⁵⁸⁰ Así lo manifiesta en su escrito de *amicus curiae* para el trámite del presente expediente, el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “*Alicia Moreau*” de la Universidad del Mar del Plata, firmado por Agustina Palacios y María Graciela Iglesias.

evaluación perpetúa las nociones de discapacidad estereotipada, anquilosada en la idea de que la discapacidad es incompatible con una buena vida."⁵⁸¹

En efecto, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) en el año 2011, indicó a España en sus recomendaciones 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".⁵⁸²

En similar sentido, en el año 2012, el Comité, también recomendó a Hungría⁵⁸³ la revisión de su normativa con respecto al aborto y en 2013 a Austria⁵⁸⁴. Lo anterior, por cuanto el Comité entiende que realizar distinciones por pronósticos de futuras discapacidades como fundamento para la realización de un aborto no es compatible con las disposiciones de la Convención de las Personas con Discapacidad.

En ese sentido, siguiendo estrictamente los mandatos de la Convención PCD, la discapacidad nunca puede ser un hecho relevante que permita o determine

⁵⁸¹ Así lo manifiesta en su escrito de *Amicus Curiae* el Instituto Nacional de Ciegos, firmada por el Dr. Carlos Parra Dussán, miembro actual del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁵⁸² Al respecto Ver: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. España. El Comité examinó el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en sus sesiones 56ª y 57ª (véase CRPD/C/6/SR.3 y SR.4), celebradas el 20 de septiembre de 2011, y aprobó las siguientes observaciones finales en su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011.

⁵⁸³ Al respecto Ver: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 22 de octubre de 2012, CRPD/C/HUN/CO/1.

⁵⁸⁴ Al respecto Ver: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 30 de septiembre de 2013, CRPD/C/AUT/CO/1

tratos desiguales contrarios a los derechos de las personas con discapacidad⁵⁸⁵. Esa es la razón por la cual la Convención, en su artículo 10, expresamente protege el derecho a la vida “*de todos los seres humanos*” y no lo limita al concepto de persona nacida.

A ese respecto, el CDPD ha manifestado frente a la causal de aborto relacionada con la malformación del feto, que la interrupción del embarazo con fundamento en discapacidades constituye una violación a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ese sentido, argumenta que “*a menudo no se puede decir si una discapacidad es fatal. La experiencia demuestra que las evaluaciones sobre las condiciones de discapacidad a menudo son falsas. Incluso si no es falso, la evaluación perpetúa las nociones estereotipadas sobre la discapacidad como incompatibles con una buena vida*”⁵⁸⁶.

Así, resulta evidente que el modelo social de discapacidad adoptado por Colombia en una Convención que se integra al Bloque de Constitucionalidad es abiertamente contrario a la infra valoración del ser humano por razones de diversidad funcional. Colombia es, ante todo, un Estado Social y Democrático de Derecho fundando en el respeto por la dignidad humana, que reconoce la diversidad como una característica inescindible de la especie humana y la concibe como una riqueza de la sociedad.

Es claro que la dignidad humana es el núcleo central de todos los derechos y, en consecuencia, resulta completamente inadmisibles todo argumento que parta de que existen individuos menos dignos que otros. En ese sentido, un aborto que se motiva en considerar que la vida de un ser humano con diversidad funcional y futura discapacidad no es digna y que representa una carga de sufrimiento para los padres o la sociedad, debería ser objeto de rechazo por la Corte Constitucional, aunque lamentablemente, la decisión de la cual me aparto, decidió por el contrario prohijar esta práctica.

A partir de la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corporación, el Estado colombiano no puede cohonestar con prácticas discriminatorias que excluyen a las personas con discapacidad de la condición más elemental para todos los derechos, que es nacer. El respeto por su vida no se desprende simplemente de las obligaciones frente a la normatividad vigente, sino que se

⁵⁸⁵ El 17 de octubre de 2017, el comité de la ONU que vigila el cumplimiento de la Convención de Personas con Discapacidad declaró que los Estados pueden permitir el acceso al aborto como un derecho humano, pero que no deben hacerlo en función de las discapacidades. Tal distinción estigmatiza a las personas con discapacidad y es una violación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, afirmó el comité. Ver: Susan Yoshihara. Otro Comité de las Naciones Unidas dice que el Aborto puede ser un derecho, pero no por razones de discapacidad. *C-FAM*. octubre 17 de 2017. Disponible en: https://c-fam.org/friday_fax/otro-comite-de-las-naciones-unidas-dice-que-el-aborto-puede-ser-un-derecho-pero-no-por-razones-de-discapacidad/

⁵⁸⁶ Naciones Unidas. Comité de los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones al borrador del Comentario General No. 3636 al artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Octubre de 2017. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/ccpr/pages/gc36-article6righttolife.aspx>

fundamenta en la fuente material de todo el orden legal, que no es otra cosa que el modelo de sociedad que esta nación pretende ser.

Por otro lado, y con fundamento en el respeto por la dignidad humana, resulta impensable que el nacimiento de una persona con una posible discapacidad pueda ser considerado como una tortura o un trato inhumano, cruel o degradante para la madre. La vida de un ser humano no puede, de ninguna forma, considerarse como un daño a los derechos de otro, y su nacimiento, tampoco. Eso no lo cambia el hecho de que el que está por nacer tenga o no una disfuncionalidad orgánica, porque la condición humana no depende del funcionamiento de los órganos, ni del grado de desarrollo de estos, sino de la pertenencia a la especie humana.

Considerar que el nacimiento de una persona con discapacidad es una violación de la integridad física o psicológica de la madre gestante, es partir de un paradigma de discriminación, que irrespeta la dignidad humana de todas las personas en condición de discapacidad, porque considera que su vida es un afrenta contra los demás, una carga para sus familiares y para ellos mismos. Esa posición no solo agrede la dignidad de las personas en condición de discapacidad, sino que atenta contra la Constitución y sus principios, y por contera, atenta contra la sociedad colombiana en su conjunto.

Si las personas con diversidad funcional deben enfrentar barreras en el ejercicio de sus derechos, es porque la sociedad y el Estado no han logrado adaptarse a la diversidad de la especie humana. El temor de la madre gestante en el embarazo no surge únicamente de la diversidad funcional del feto, sino de la información incompleta y rodeada de prejuicios negativos que recibe, que la llevan a percibir la vida de su futuro hijo como una carga insostenible.

Es la información sobre la supuesta discriminación que la sociedad va a ejercer sobre su futuro hijo, sobre las exclusiones de que será víctima y las subvaloraciones de las que ya es objeto, lo que genera el rechazo de los padres. **El sufrimiento de la madre gestante no lo produce la vida del que está por nacer y tampoco su diversidad funcional, lo produce la presión que genera la sociedad que la rodea, cuando induce en ella la idea de que lo que lleva en su vientre no merece vivir.** El aborto por discapacidad es la expresión más evidente de la discriminación.

Ahora bien, no es posible ocultar que, en el estado actual de la sociedad colombiana, las personas con diversidad funcional son objeto de barreras que en muchos casos les impiden o al menos restringen gozar plenamente de sus derechos. Pero por una parte, estas barreras no solo se crean frente a las personas con discapacidad, sino a frente a muchos grupos sociales que por razones étnicas, económicas, políticas, o de distintos órdenes se ven afectados por algún tipo de discriminación, sin que de ninguna forma se pueda creer que es necesario quitarles la vida o impedirles nacer. Por otra parte, las barreras existentes no solo no pueden servir de pretexto para limitar al extremo sus

derechos al no permitirles vivir, sino que justamente se plantean como retos que la sociedad y el Estado deben trabajar en superar.

El estereotipo de que las personas con discapacidad conllevan una carga de sufrimiento para sus padres no solamente es infundado y paradigmático, sino que se derrumba por la propia realidad.

En el trámite de este expediente, la Corte solicitó información a diferentes entidades relacionadas con procesos de adoptabilidad de niños y niñas, e hizo énfasis en aquellas instituciones que atienden niños y niñas con diversidad funcional, con el objeto de indagar sobre sus casos, y obtuvo respuestas conclusivas, sobre la existencia de programas específicamente adaptados para acompañar mujeres en conflicto con su embarazo,⁵⁸⁷ y para dar respuesta a las necesidades y requerimientos de los niños con diversidad funcional en condiciones de dignidad⁵⁸⁸, pero sobre todo, obtuvo importante información

⁵⁸⁷ En su respuesta al Auto del 19 de junio de 2018, la **Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño – CRAN** refiere que los programas de atención a mujeres y/o familias que se encuentran en conflicto con su embarazo están establecidos en el Código de Infancia y Adolescencia y en la Resolución No. 1515 de 206 del ICBF. El CRAN atiende mujeres mayores de 18 años para apoyo psicosocial con el fin de lograr que tomen la decisión de asumir una crianza de manera responsable. No obstante, si se evidencia en la madre problemáticas asociadas al consumo de sustancias psicoactivas, habitabilidad en calle, trastornos de salud mental, etc., se deberá determinar según la situación de vulneración de cada caso la ubicación más pertinente para el recién nacido.

La Casa de la Madre Y el Niño explicó que cuenta “con un programa de Madres Gestantes el cual acoge y atiende a la mujer con un embarazo no deseado o en conflicto, que está considerando la opción de entregar el bebé por nacer en adopción pero que si decide no hacerlo al momento de nacer, también está en todo su derecho de acogerlo. En los últimos cinco años en la función han sido atendidas un total de 170 mujeres en estado de embarazo, de las cuales han nacido 11 menores de características y necesidades especiales, los cuales lograron ser adoptados por familias abiertas a características y necesidades especiales.”

⁵⁸⁸ En respuesta al Auto del 19 de junio sobre adoptabilidad de niños con características y requerimientos especiales, se obtuvieron, en resumen las siguientes respuestas: **El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF** Responde que “el ICBF es la entidad estatal encargada de trabajar por la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia y, por lo tanto es responsable de restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes que hayan sido inobservados, amenazados o vulnerados a través del proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos – PARD establecido en la Ley 1098 de 2006.” A continuación procede a enlistar las modalidades de ubicación de los niños, niñas y adolescentes (NNA), así: hogar de paso, centro de emergencia, intervención de apoyo, externado, hogar gestor – “modalidad para el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y adolescentes con discapacidad. Víctimas del conflicto armado y mayores de 18 años con discapacidad mental absoluta, en situación de amenaza o vulneración de derechos”.

La Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño – CRAN Señala que no existe ningún requerimiento especial para la atención brindada. La atención se realiza en igualdad de condiciones para las madres y/o familias para que tomen la mejor decisión para el bienestar del menor.

La Casa de la Madre y el Niño, señala que desde el año 2012 ha implementado el programa “Una Familia para todos” el cual busca restablecerles el derecho a los niños, niñas y adolescentes de características y necesidades especiales a tener una familia. Este programa está enfocado en la valoración de menores de características y necesidades especiales a nivel nacional, logrando así la ubicación de familias idóneas, la mayoría de ellas ubicadas en el extranjero. A pesar de prevalecer la adopción nacional sobre los extranjeros por mandato constitucional, al no encontrar familias idóneas en Colombia dispuestas a adoptar niños, niñas y adolescentes de características y necesidades especiales, se ubican estos niños en la comunidad internacional donde son muy bien

sobre el número de familias en Colombia y en el mundo interesadas en adoptar un hijo sin que la diversidad funcional sea un motivo de exclusión.⁵⁸⁹

Todo esto deja en evidencia que la vida de un niño con diversidad funcional es tan digna como la de cualquier otro niño y no constituye por sí misma una carga de sufrimiento, excepto claro, que los estereotipos y la discriminación creen en sus padres una condición de rechazo y aversión contra su hijo. En ese caso no es la diversidad funcional lo que afecta su vida, sino el rechazo de que son víctimas. Y sin embargo, hay personas y familias que hacen todos los esfuerzos necesarios para adoptar a un niño o niña con diversidad funcional, hacerlo parte de sus vidas y darle todo el apoyo que necesite. Esto evidencia que la vida de un niño con discapacidad está muy lejos de ser una carga de sufrimiento, por el contrario, hay miles de familias que ven en un niño con diversidad funcional un ser humano digno, completo y plenamente capaz de llenar sus vidas de felicidad.⁵⁹⁰

El aborto basado en discriminación es un fenómeno reiterado que atenta contra los grupos de personas históricamente discriminados.

En las sociedades occidentales el aborto fundado en futuras discapacidades es numeroso, y similar fenómeno sucede en sociedades donde la discriminación contra la mujer es incisiva. Según informe de las Naciones Unidas y su Fondo para las Poblaciones *“Al día de hoy, se cree que alrededor de 126 millones de mujeres han “desaparecido” en todo el mundo, como resultado de la*

acogidos. Es importante mencionar que todos aquellos niños y niñas que nacen con alguna discapacidad, son fácilmente acogibles en países como Estados Unidos, donde hemos logrado adopciones de menores con VIH, Síndrome de Down, parálisis física y parálisis mental, entre otras necesidades médicas. Por otro lado, en el año 2016, La Casa de la Madre y el Niño implementó el programa de Vacaciones Milagrosas, la cual facilita la búsqueda de familias para los menores que están con altas permanencias en el sistema de protección del Estado. Durante el año 2018 viajarán 100 niños, niñas y adolescentes de los cuales se espera que el 98% de ellos sean adoptados. Actualmente el 30% de estos menores, cuentan con alguna discapacidad física o mental severa.”

⁵⁸⁹ Respecto del número de niños con requerimientos especiales adoptados, el **ICBF** señala que *“De conformidad con la información reportada en el Sistema de Información Misional SIM y las Actas del Comité de Adopciones en el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2013 al 31 de diciembre del 2017 han sido adoptados 3.127 niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales por familias nacionales o extranjeras en todo el país. De los cuales 544 correspondían a la Regional ICBF Bogotá.”* Sostiene además, que entre el 1 de enero del 2013 al 31 de diciembre del 2017, 1.131 NNA con características y necesidades especiales fueron adoptados por familias residentes en Colombia.

La Casa de la Madre y el Niño explica, que ha logrado liderar la adopción de menores con características especiales en el país. Según las estadísticas que presenta en su escrito, entre el año 2012 y el 2018 han sido adoptados 352 menores de edad con características y necesidades especiales.

La Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño – CRAN Destaca que de acuerdo con las estadísticas del ICBF, en Colombia en los últimos 5 años se han adoptado un total de 3.132 niños con características o necesidades especiales.

⁵⁹⁰ Los niños con diversidad funcional que por alguna razón son entregados por sus padres, pueden vivir una vida plena, son adoptados y existen programas estatales y de instituciones privadas que se encargan de sus requerimientos especiales para que se desarrollen en total armonía.

preferencia de los hijos y la selección de sexo sesgada por motivos de género, una forma de discriminación.”⁵⁹¹

Recientemente, en India -país asiático con la legislación más liberal en materia de abortos-, el gobierno de ese país viene de reconocer que existe un faltante de alrededor de 63 millones de mujeres.⁵⁹² Este número obedece a la práctica constante del aborto selectivo de niñas, como fruto de la arraigada y marcada discriminación contra la mujer.

Sin lugar a dudas, el aborto selectivo, basado en género o en discapacidad, es una forma aberrante de discriminación. Bajo la Constitución Política de 1991 es completamente injustificable que por efectos de la discriminación se prive de su vida a un ser humano.

2.5.2. El derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad y su protección reforzada en Colombia

Según lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política y reiterado en cada uno de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, implica no solo la obligación de excluir toda diferenciación restrictiva de la redacción de las normas, (igualdad en la ley) sino, también, el deber del Estado de *aplicar* de forma universal e igual, para todos los destinatarios cobijados por la norma, en presencia del respectivo supuesto de hecho, teniendo en cuenta, cuando haya lugar a ello, las diferencias de los grupos de sujetos, que puedan generar iniquidades frente a normas iguales.⁵⁹³ En ciertas circunstancias la igualdad ante la ley, implica justamente la obligación para el Estado de tratar y proteger de distinta forma a ciertos sujetos, en particular cuando las condiciones sociales exigen de medidas que contrarresten el desequilibrio.

En efecto, frente a situaciones históricas de discriminación y exclusión, el Estado no puede permanecer neutral, porque la neutralidad ante una sociedad discriminatoria es el patrocinio para que se perpetúen las prácticas de exclusión. Le corresponde por lo tanto al Estado adelantar las acciones de protección necesarias para garantizar los derechos de las personas afectadas.

⁵⁹¹ Fondo para las Poblaciones de la Organización de las Naciones Unidas. Consultado en: <https://www.unfpa.org/gender-biased-sex-selection>

⁵⁹² Así lo relata en Washington Post, en informe de enero 29 de 2018, bajo el título “*India has 63 million ‘missing’ women and 21 million unwanted girls, government*”. Consultado en: https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2018/01/29/india-has-63-million-missing-women-and-21-million-unwanted-girls-government-says/?noredirect=on&utm_term=.c78543ae5ead

⁵⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-097 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En este caso, señaló la Corte al respecto que “esta es la noción de igualdad más básica que impone al operador jurídico tomar en serio que aquello que ha de ser aplicado a una multiplicidad de personas es la misma regla general, sin prejuicios, intereses o caprichos. Cfr. Hart, Herbert, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 206.”

Al respecto, al analizar la situación de las personas con discapacidad, la Corte ha señalado que el inciso 3° del artículo 13 de la Constitución establece para el Estado una obligación concreta de proteger a estas personas y sancionar los abusos que se cometan contra ellas, lo que, además, se complementa con lo dispuesto en el artículo 47, que impone al Estado la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

Por lo tanto, el Estado colombiano no puede permanecer incólume ante la evidencia de prácticas discriminatorias, y tampoco puede establecer medidas neutrales que den pie a actos discriminatorios. Como lo ha señalado la Corte *“si el Estado omite diferenciar positivamente en los eventos de personas en situación de discapacidad permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se hallan se mantenga y les impide participar e integrarse socialmente, ejercer plenamente sus prerrogativas y asumir sus obligaciones; en otros términos, vulnera sus derechos fundamentales.”*⁵⁹⁴

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) fue incorporada en el ordenamiento nacional⁵⁹⁵ y hace parte del Bloque de Constitucionalidad, y constituye en consecuencia, tal como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha reconocido, un parámetro de interpretación de la Carta Política.

En dicha convención, el artículo 10 establece:

“Artículo 10. Derecho a la vida. Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

Este derecho a vivir en iguales condiciones con los demás, debe ser leído a la luz del artículo 4 de la Convención,⁵⁹⁶ por el cual se establece que el Estado

⁵⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-174 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis), reiterada en sentencias: T-378 de 1997, (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-401 de 2003, (MP Álvaro Tafur Galvis); T-826 de 2004, (MP Rodrigo Uprimny Yepes); T-097 de 2016, (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵⁹⁵ Con la Ley 1346 de 2009 y la Sentencia de Constitucionalidad C-293 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

⁵⁹⁶ Artículo 4 Obligaciones generales 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de

está obligado a adelantar las acciones necesarias para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, y en particular, lo establecido en el numeral 2. del artículo 5 que dispone:

“2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”.

Actualmente en Colombia el aborto voluntario legal está permitido únicamente bajo unas causales específicas, fuera de las cuales se considera un delito. Esto se encuadra en un sistema jurídico legal que concibe la protección de la vida del que está por nacer como una obligación del Estado, y por lo tanto, no desconoce que sobre el *nasciturus* radican derechos que le resultan inherentes como ser humano, independientemente de si puede gozar de personalidad jurídica en el sentido jurídico-civil de la palabra. La protección de la vida del que está por nacer, incluida la protección frente a las expresiones discriminatorias que tengan por objeto anular la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la vida, es, según el artículo 13 de la Carta Política, en consenso con lo sostenido por la CDPD, una obligación del Estado colombiano.

Ahora bien, el mandato constitucional consagrado en el artículo 13 superior, no solo implica para el Estado una obligación negativa de abstenerse de dictar normas con contenido discriminatorio (igualdad en la ley), sino que implica también abstenerse dictar normas que aunque tengan una redacción neutral, puedan resultar discriminatorias en su aplicación al no reconocer la diferencia o la necesaria protección que requieren los sujetos pertenecientes a ciertos grupos históricamente discriminados. Además, es deber del Estado sancionar las prácticas discriminatorias que atenten o anulen los derechos de las personas con discapacidad.

En ese sentido, la causal de la IVE por “*malformaciones que hagan inviable la vida del feto*”, debe ser entendida y aplicada de forma restrictiva, solo para aquellos casos en que exista certeza de que la vida del que está por nacer

discapacidad; f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices; g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible; -7- h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo; i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

resulta inviable, pues no es la “*malformación*” la razón de que se autorice el aborto, sino el hecho de que el que está por nacer no va a poder vivir y por lo tanto no resulta necesario obligar a la mujer a llevar a cabo el embarazo.

Dicho esto, el concepto de inviabilidad no puede, de ninguna forma ser leído a través de interpretaciones subjetivas, discriminatorias o estereotipadas. Toda vida humana es digna, no existen grados de dignidad, ni mucho menos escalones de valor entre los seres humanos. La viabilidad a que hace referencia la causal de la IVE es estrictamente física y no admite ninguna otra valoración, que pretenda excluir o marginar a unos u otros.

No puede admitirse que bajo la égida de la Constitución de 1991 en Colombia se autoricen las prácticas eugenésicas de regímenes totalitarios que concebían la idea de aniquilación frente a las vidas *indignas de ser vividas* y cuyas posturas han sido rechazadas unánimemente por la humanidad.⁵⁹⁷ La sociedad colombiana se rige por el respeto de la dignidad humana, de la diferencia y de la diversidad, como principio estructural del Estado Social de Derecho. La práctica de abortos motivados por malformaciones que puedan generar discapacidades futuras no es compatible con la Constitución ni con los valores que pregona.

Por lo tanto, la decisión de la cual me aparto, al haber aceptado como válido un aborto basado en discriminación, sin exigir una certificación médica que expresa y claramente manifieste la incompatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto, se aleja de la causal tal como fue establecida por la jurisprudencia la Corte Constitucional, y perpetua con ello las prácticas que alientan la discriminación contra las personas con discapacidad, al tomar como cierto que la malformación, en sí misma, es suficiente razón para que la vida del que está por nacer sea desprotegida por la Cara Política de 1991.

⁵⁹⁷ Al respecto, el observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia señala: “La ideología nazi se había visto imbuida por la idea de la eugenesia, debido al apoyo social en el contexto de una sociedad mayoritariamente utilitarista, con el que podría justificarse la eliminación de los estratos más débiles de la sociedad. Esta influencia estuvo marcada por filósofos y científicos, como Friedrich Nietzsche, Adolf Jost (“El derecho a la muerte”), Karl Binding y Alfred Hoche (“Libertad para la aniquilación de la vida indigna de la vida”), Eugen Fischer, Erwin Braur y Fritz Lenz (“La heredabilidad humana y la higiene racial”). Dichos filósofos, científicos, médicos y juristas promovieron durante finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la acuñación de un concepto nuevo: la “*Lebensunwertes Leben*” (“vida indigna de ser vivida”). Este lema fue el leitmotiv de las políticas eugenésicas que se desarrollarían durante la Alemania nazi. La eugenesia comenzó a establecerse en el III Reich alemán, a partir de 1935 con la aprobación de leyes como la “Ley para la prevención de la descendencia genéticamente enferma”, que conllevaba la esterilización forzosa de las personas con posibles enfermedades hereditarias, **y la legalización del aborto, bajo la premisa del diagnóstico de una enfermedad hereditaria;** (...). El NSDAP, con su control del Reichstag (Cámara representativa alemana), consiguió implantar estas medidas legislativas sentando la base para futuras acciones mayores, como sería la eutanasia misma. Una de las actuaciones con las que el NSDAP pretendía implantar la eugenesia fue el uso de la esterilización forzosa, que fue incorporada dentro de la “Ley para la prevención de la descendencia genéticamente enferma” (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*), junto a la creación de 200 tribunales eugenésicos integrados por oficiales nazis y de la salud pública para su vigilancia. Esta ley obligaba a todos los profesionales médicos a informar sobre cualquier paciente (bajo pena de importantes multas a los pacientes, si no aceptaban) que presentase las siguientes características: incapacidad mental, esquizofrenia, trastorno bipolar, epilepsia, ceguera, sordera, incapacidades físicas, enfermedad de Huntington y alcoholismo.

3. EN LA SENTENCIA SU – 096 DE 2018 LA CORTE CONSTITUCIONAL DESCONOCIÓ LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA A PARTIR DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006 RESPECTO DEL REQUISITO DE UN DIAGNÓSTICO MÉDICO INTEGRAL Y ADECUADO COMO FUNDAMENTO PARA LA AUTORIZACIÓN DE LA IVE POR RIESGO GRAVE A LA SALUD O A LA VIDA DE LA MADRE.

De antemano vale la pena indicar que en la demanda de tutela no hay ningún alegato concreto sobre la afectación o el peligro a la salud mental de la madre gestante. Los argumentos de la acción de tutela se construyen sobre riesgos a la salud (física) – sin que se acompañe ningún certificado de enfermedad-, o a la vida digna, pero no sobre salud mental.

Por otra parte, en el expediente no obra ningún certificado psiquiátrico o psicológico que mencione que el embarazo estaba poniendo en riesgo la vida o podría afectar gravemente la salud mental de la madre. La causal que reiteradamente se presenta en todos los documentos que hacen referencia a la realización de la IVE es “*malformación*”. Por el contrario, no solamente ésta causal no fue invocada en las solicitudes, sino que en las valoraciones médicas que aparecen en el expediente se da cuenta de una situación de salud física estable sin que se advierta ninguna complicación del embarazo que esté poniendo en riesgo su vida.

A ese respecto, al referirse a la causal por riesgo a la vida de la madre, que no había sido interpuesta por la accionante en su demanda ni ante la EPS, y sobre la cual no consta ninguna certificación válida en el expediente, la sentencia SU-096 de 2018 hace afirmaciones que resultan de una valoración inexacta de las pruebas. Así sucede cuando la sentencia afirma que en efecto se verifica el cumplimiento de las causales para la IVE:

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 malformación fetal con certificación médica que indicó que la misma era “incompatible con la vida”,²⁴⁵ y que generó afectación a la salud mental de la madre.²⁴⁶

Al respecto en las notas al pie correspondientes a la cita, la sentencia señala:

“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.”

Sin embargo, al analizar el expediente se evidencia que los documentos no sustentan la afirmación de la sentencia. En el folio 87, se encuentra un documento con fecha 6 de enero de 2018, es decir, un día después de que la tutela fue radicada y de que se ordenó la medida provisional por la Juez. En el documento se señala que el diagnóstico del feto es incompatible con la vida, pero al mismo tiempo, se advierte del pronóstico **posnatal** y de la posibilidad de dar al nacido en adopción. En ese documento, que no es la certificación médica otorgada por el médico tratante, no se menciona como causal de la IVE el riesgo a la salud psicológica o a la vida de la madre.

Sin embargo, en el expediente aparecen dos elementos (folios 28 y 33 adverso) que, según la Sentencia de la cual me separo, podrían cumplir con los requisitos de la causal por riesgo grave a la salud mental. Por una parte, el 29 de diciembre de 2017, el Psiquiatra Oscar Ardila de Compensar S.A. examinó a la paciente y certificó lo siguiente:

“El encuentro consciente, sensopercepción en 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.”

Evidentemente, no se trataba de una certificación sobre una grave afectación a la salud mental de la paciente, ni mucho menos de que la continuación del embarazo implique un peligro grave para la salud psicológica de la madre. Por el contrario, el resultado general es positivo y la anotación de “*afecto reactivo ansioso depresivo*” no se enmarca como situación de riesgo. Se trata de una valoración de la paciente en la cual, dentro de una serie de calificaciones positivas (consciente, alerta, orientada, memoria conservada, juicio de realidad adecuado) describe un síntoma (afecto reactivo ansioso depresivo) sin que el médico psiquiatra se adentrara a diagnosticar ningún tipo de trastorno, o a calificar la gravedad del mismo y mucho menos a certificar que el mismo constituía un peligro a la vida o a la salud que justificara la IVE.

El segundo documento (folios 33 anverso y 34) es la certificación de Profamilia con fecha del mismo 29 de diciembre, firmada por la médica general Dra. Clara M. Ramírez D., que establece:

Área afectiva: Angustiada, deprimida, Ansiosa, Sentimientos de desesperanza, Impotencia

Área Somática (Sic): Alteraciones en el sueño, inapetencia (Sic)

Área Relacional: Aislamiento

Área Cognitiva: Dispersa, Pensamientos negativos frecuentes, Dificultad para resolver problemas, Dificultad para la concentración y producción intelectual

Observaciones: EPISODIO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN

En el documento se certifica: *“PACIENTE CON CUADRO DEPRESIVO Y ANSIEDAD DESENCADENADO POR EL EMBARAZO, ADEMÁS FETO PRESENTA HOLOPROSENFALIA (...)”*

Además de la contradicción entre la certificación firmada por la médica general de Profamilia frente a la valoración que el mismo día certificó el médico psiquiatra de la EPS, es decir, el especialista en salud mental, la certificación en todo caso no determinaba que existiera un peligro para la vida o la salud mental de la gestante, no establecía la gravedad del *“cuadro depresivo y ansiedad”* ni sostenía que esa fuera la causa por la cual se debía acudir, como última ratio para proteger la vida y salud de la madre, al aborto.

En efecto, al revisar cuidadosamente el material obrante en el proceso, es claro que la Corte Constitucional debió concluir que ninguno de los dos conceptos podía ser considerado como un certificado sobre un peligro a la vida o a la salud mental de la madre. **Ni la anotación de *“afecto reactivo ansioso depresivo”*, ni la de *“cuadro depresivo y ansiedad”* son médica o jurídicamente suficientes para constituir una causal de IVE.** A ese respecto, en el trámite de revisión del expediente, la Corte preguntó a diferentes entidades especializadas en el tema sobre el alcance de esos términos. A la pregunta *“¿El diagnóstico: afecto reactivo ansioso depresivo debe considerarse como un riesgo grave para la vida de la madre o para su salud mental?”* Las respuestas fueron las siguientes:

- (i) El Colegio Colombiano de Psiquiatría explicó en su respuesta que *“[e]l Diagnóstico de afecto reactivo ansioso depresivo no corresponde a ninguno de los sistemas de clasificación vigentes, ya que los sistemas actuales describen conjuntos de síntomas, pero no factores etiológicos. Sin embargo, un diagnóstico de Trastorno de Ansiedad o de Trastorno Depresivo Mayor, es en sí un problema de salud mental.”*

Señala que *“el riesgo vital estaría asociado a que, derivado del diagnóstico de depresión, la madre gestante no solo presente ideación suicida, sino que estructure un comportamiento suicida producto del sufrimiento que está experimentando”*.

- (ii) La Asociación Colombiana de Psiquiatría sostuvo igualmente que el afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico y en consecuencia no determina por sí mismo una afectación a la vida o a la salud mental, sino que se requiere analizar la gravedad de los síntomas. Señala: *“El*

afecto reactivo depresivo ansioso no es un diagnóstico, es una descripción semiológica. Debe considerarse la gravedad de los síntomas y de acuerdo con ellos puede poner en riesgo grave la vida de la paciente. También puede poner en riesgo su salud mental.”

(iii) La Asociación Colombiana de Facultades de Psicología coincidieron con los conceptos anteriores al establecer que el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico sobre la salud mental de la paciente, y explica que solo se trata de uno de los aspectos a tener en cuenta para el diagnóstico, para el cual se requiere una evaluación psicológica sobre el grado de interferencia que dicho síntoma está generando en la vida de la paciente. Textualmente señala:

“Únicamente el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo **no es un indicador concluyente de bienestar o no de la paciente**, debido a que solamente está reportando una parte de los diferentes aspectos que se deben tener en cuenta para considerar si hay riesgo o no en la vida de la paciente y en su salud mental por lo tanto, se recomienda generar una evaluación psicológica, en la cual se identifique qué tanta interferencia, está generando la situación en la vida de la paciente, con qué estrategias de afrontamiento cuenta en el momento, si hay presencia de otros síntomas característicos para el diagnóstico de algún trastorno mental, que predomina más en la paciente si ansiedad o depresión, si hay presencia de ideas o plan de muerte y qué percepción tiene de la situación por la que está pasando”

(iv) Finalmente, la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis señaló que un trastorno de adaptación diagnosticado en la madre gestante, cuyos factores desencadenantes no sean corregidos y persistan, puede generar afecciones más graves como episodios disociativos, psicóticos o de estrés postraumático.

La Corte Constitucional tenía material científico y razones jurídicas suficientes para concluir que el certificado emitido sobre la salud mental de la madre gestante no puede limitarse a manifestar, como sucedió en el caso examinado, que se ha detectado un síntoma, como es el caso del *afecto reactivo ansioso depresivo*,⁵⁹⁸ para que ello pueda ser considerado por un juez

⁵⁹⁸ ¿El diagnóstico: *afecto reactivo ansioso depresivo* debe considerarse como un riesgo grave para la vida de la madre o para su salud mental?

Colpsi Explica en su respuesta que “[e]l *Diagnóstico de afecto reactivo ansioso depresivo* no corresponde a ninguno de los sistemas de clasificación vigentes, ya que los sistemas actuales describen conjuntos de síntomas pero no factores etiológicos. Sin embargo, un diagnóstico de *Trastorno de Ansiedad* o de *Trastorno Depresivo Mayor*, es en sí un problema de salud mental.” Señala que: “el riesgo vital estaría asociado a que, derivado del diagnóstico de depresión, la madre gestante no solo presente ideación suicida, sino que estructure un comportamiento suicida producto del sufrimiento que está experimentando”.

ACP coincide con el Colegio, en el sentido en que el afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico y en consecuencia no determina por sí mismo una afectación a la vida o a la salud

de tutela como fundamento suficiente para ordenar una IVE como medida provisional.

De los diferentes conceptos allegados sobre el significado de peligro a la vida y riesgo a la salud mental, surge con absoluta claridad que las anotaciones hechas por los médicos sobre síntomas de ansiedad y depresión en el caso analizado, no llenaban los requisitos para ser válidamente considerados como un certificado de causal de IVE, puesto que no fueron el resultado de una evaluación psicológica o psiquiátrica adecuada y consistente con los protocolos existentes en la materia; no diagnosticaban la existencia o el riesgo de un trastorno mental; no determinaban la gravedad de la afectación a la paciente, ni la interferencia que está teniendo en su vida, o los medios con que cuenta para afrontarlo; no evaluaban la presencia de ideación suicida y en ningún momento certificaron la necesidad de interrumpir el embarazo para superar el peligro.

El alegato de la sentencia para asumir como certificados válidos para la configuración de la IVE las anotaciones de “*afecto reactivo ansioso depresivo*” y “*cuadro depresivo y ansiedad*” se presenta en tono de sarcasmo indicando que no es necesario esperar a que la mujer atente contra su vida para poder autorizar la IVE. Ese sarcasmo redundante solo demuestra el absoluto desapego por la jurisprudencia y en particular por la rigurosidad médica y científica.

Por su puesto que no es necesario el suicidio, pero justamente lo que requiere la jurisprudencia es un diagnóstico integral, científico, realizado con protocolos médicos adecuados, y no la decisión sin fundamentos probatorios que realizó la sentencia. La diferencia entre un diagnóstico y la anotación de un síntoma es una cuestión que pertenece al mundo médico y respecto de la cual la Corte debería abstenerse de hacer reproches carentes de todo soporte científico. Desafortunadamente, en la Sentencia SU-096 de 2018 pudo más la subjetividad pro aborto que el respeto por las reglas jurisprudenciales y por los protocolos médicos. El problema de esa clase de decisiones imprudentes y subjetivas, es que tienen efectos adversos. En el caso concreto, la falta de exigencia de un examen integral bajo protocolos médicos y psiquiátricos

mental, sino que se requiere analizar la gravedad de los síntomas. Señala: “*El afecto reactivo depresivo ansioso no es un diagnóstico, es una descripción semiológica. Debe considerarse la gravedad de los síntomas y de acuerdo con ellos puede poner en riesgo grave la vida de la paciente. También puede poner en riesgo su salud mental.*”

Ascofapsi coincide con los conceptos anteriores al establecer que el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico sobre la salud mental de la paciente, y explica que solo se trata de uno de los aspectos a tener en cuenta para el diagnóstico, para el cual se requiere una evaluación psicológica sobre el grado de interferencia que dicho síntoma está generando en la vida de la paciente. Textualmente señala: “*Únicamente el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo no es un indicador concluyente de bienestar o no de la paciente, debido a que solamente está reportando una parte de los diferentes aspectos que se deben tener en cuenta para considerar si hay riesgo o no en la vida de la paciente y en su salud mental, por lo tanto, se recomienda generar una evaluación psicológica, (...)*”

completos tienen la evidente consecuencia de que las EPS podrían desatender su labor de atención integral a la salud mental de las madres gestantes.

3.1. La importancia de la certificación médica respecto de la gravedad de los riesgos a la vida o salud mental de la madre gestante

En cuanto a la causal de IVE por peligro a la vida y a la salud integral de la madre, la Corte Constitucional ha indicado que, según la sentencia C-355 de 2006, el único requisito que se puede exigir para acceder a su petición es un certificado médico. Específicamente en la hipótesis de afectación de la salud mental de la gestante, desde la sentencia T-388 de 2009, la Corte ha aclarado que el certificado debe ser expedido por un profesional de la psicología o psiquiatría, y subrayó que está terminantemente prohibido descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos pues la Ley 1090 de 2006 les reconoce el estatus de profesionales de la salud.

Además, la Corte ha señalado, en lo que respecta al derecho al diagnóstico, que cada prestador de servicios de salud debe contar con un protocolo para la atención pronta de las solicitudes que requieren una valoración del estado de salud integral de la madre gestante. Esto implica que, ante una solicitud de aborto por la causal de peligro para la salud o la vida de la madre gestante, los prestadores de servicio de salud tienen una obligación positiva para realizar la valoración tanto física como psicológica de la paciente, lo que implica investigar a través de los exámenes y protocolos clínicos adecuados, la eventual configuración del peligro alegado por la madre solicitante.

En la sentencia T-301 de 2016 la Corte reiteró que no basta con la manifestación de la madre gestante, sino que es indispensable una certificación médica sobre la existencia de un peligro para la salud mental de la madre a fin de que se configure la causal de IVE. Sostuvo la Sala Tercera de revisión que:

“131...Tal como ocurre con la causal de inviabilidad del feto, la causal de peligro para la vida o salud de la madre requiere de un concepto médico para la verificación de la circunstancia que activa el derecho fundamental a la IVE, pues solo mediante la misma *“se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado”*⁵⁹⁹. No basta entonces con la expresión de la voluntad de la mujer embarazada para la activación del derecho, sino que esa voluntad positiva para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, debe estar acompañada por un concepto médico para proceder a la realización del procedimiento.”

⁵⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo).

Ahora bien, resulta que el embarazo en todos los casos genera afectaciones a la salud de la madre gestante, especialmente a su salud mental. Esto significa claramente, que para la Corte Constitucional no toda afectación a la salud física o mental debería ser considerada como una causal de IVE, sino únicamente aquellas que generen “*peligro para la vida y la salud*” de la madre gestante, entendido no como una simple afectación, sino como un grave riesgo.

Sobre el punto es necesario indicar que el concepto de peligro para la salud mental de la madre gestante como causal de IVE no ha sido suficientemente precisado por la Corte Constitucional, y ello ha dado lugar a que se pueda confundir con síntomas leves y comunes de afectación a la salud mental que la gran mayoría de embarazos pueden conllevar. Claramente, la causal de la IVE establecida en la Sentencia C-355 de 2006 se refiere a un riesgo a la salud de la madre gestante, capaz de generar un grado de afectación tal que convierta en desproporcionada la exigencia de llevar a cabo el embarazo, como sucedería, por ejemplo, con el diagnóstico de trastornos mentales mayores.

Según las pruebas recaudadas en el proceso,⁶⁰⁰ existe evidencia de que los cambios hormonales, fisiológicos e inflamatorios producidos durante el embarazo pueden desestabilizar el estado de ánimo e incrementan el riesgo de padecer trastornos como la depresión en la madre. Por lo tanto, la situación misma del embarazo afecta la salud mental, y no solo de la madre, sino que también puede afectar la del padre. Pero los síntomas de depresión o ansiedad, que son comunes en el embarazo, no pueden ser considerados como un peligro para la vida o la salud mental que pueda dar lugar a la autorización de la IVE.

Al indagar sobre lo que científicamente constituiría, ya no una simple afectación, sino un peligro para la vida y una afectación grave a la salud mental, las diferentes entidades indagadas en el proceso se refirieron a la necesidad de realizar una evaluación integral para establecer la gravedad del trastorno y poder determinar, por ejemplo, el diagnóstico de un trastorno de depresión mayor, y particularmente coincidieron en relacionar la gravedad de la afectación y el peligro para la vida, con los hallazgos de planes o ideas de suicidio en la paciente.

Por su relevancia se citan apartes de las respuestas enviadas:

El Colegio Colombiano de Psicólogos - COLPSIC, explica que:

“La depresión, o trastorno depresivo mayor, es un cuadro clínico que suele asociarse con pérdida de peso, alteraciones de la conducta social e ideas de muerte y suicidio. En ese sentido

⁶⁰⁰ ¿En qué medida o porcentaje el embarazo puede afectar la salud mental de la madre gestante? y en ese sentido, ¿cómo se diferencia una afectación grave de la vida psíquica de la madre, de aquellas alteraciones que pueden resultar regulares durante el embarazo o post parto?

además de las entrevistas clínicas estructuradas de diagnóstico y los cuestionarios de tamizaje de depresión, los criterios de evaluación para establecer que un trastorno ansioso- depresivo pueda considerarse como un riesgo a la vida, o una afectación grave a la salud mental la madre gestante están relacionados con ideas, planes, gestos e intentos suicidas o comportamientos auto agresivos. Asimismo se ha de explorar si la madre gestante cuenta con medios para concretar suicidio, como posesión de armas, medicamentos o sustancias altamente tóxicas.”⁶⁰¹

La Asociación Colombiana de Psiquiatría - ACP coincide en que la evaluación de la gravedad se determina a través de protocolos de diagnóstico, y en particular la presencia de ideas de suicidio.

“Para determinar la gravedad de un trastorno ansioso depresivo se utilizan los criterios diagnósticos según la clasificación CIE-10 mencionada en la pregunta 1. También hay escalas de tamizaje que se utilizan en el periodo perinatal, para detectar depresión; la Edinburgh Postnatal Depression Scale (EPDS), es una medida de autoinforme de 10 ítems que enfatiza en las preguntas emocionales y cognitivas presentes en la depresión y evalúa específicamente la idea de suicidio.

(...)

En tal sentido y como ya se ha anotado previamente la gravedad de los síntomas depresivos y los ansiosos son los que definen el riesgo para la vida y para la salud mental.”⁶⁰²

La Asociación Colombiana de Facultades de Psicología –Ascofapsi, en su respuesta indica que el criterio para establecer la gravedad del riesgo a la vida y a la salud de la paciente depende de:

“Que exista una interferencia clínicamente significativa en la vida de la paciente. Esto quiere decir que las diferentes áreas de ajuste de la paciente (familiar, social, laboral, personal y afectiva/sexual) se vean afectadas por la situación. Adicionalmente, la presencia de ideas de suicidio, sintomatología psicótica y baja regulación emocional son signos de alarma de que puede estar en riesgo la vida de la madre.”⁶⁰³

⁶⁰¹ Respuesta firmada por el Dr. Bernardo Ignacio Useche, presidente del Colegio Colombiano de Psicólogos – COLPSIC, al Auto del 24 de abril de 2018 sobre aspectos relativos a la salud mental, recibida en Secretaría General de la Corte Constitucional el 16 de mayo de 2018.

⁶⁰² Respuesta firmada por el Dr. Juan Ángel Isaac Llanos, presidente de la Asociación Colombiana de Psiquiatría - ACP, al Auto del 24 de abril de 2018 sobre aspectos relativos a la salud mental, recibida en Secretaría General de la Corte Constitucional el 11 de mayo de 2018.

⁶⁰³ Respuesta firmada por la psicóloga Olga María Vargas Ramos al Auto del 24 de abril de 2018 sobre aspectos relativos a la salud mental, recibida en Secretaría General de la Corte Constitucional

Finalmente, la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis, afirma que:

“Además de la evaluación clínica, existe la escala de *The Fear Childbirth and Postpartum Anxiety Scale* (FCPP), que evalúa la gravedad de estrés en la madre y la escala de ansiedad de Hamilton. Además a estos métodos de evaluación, destaca que también están las escalas *Sad Person* que evalúan el riesgo de suicidio. Entre mayor puntúe las escalas, mayor es el riesgo de presentar cuadros psicopatológicos que en casos extremos pueden desembocar en suicidio o en lesiones al recién nacido.”⁶⁰⁴

Por su parte, las entidades que contribuyeron con sus conceptos, coinciden en sostener que la evaluación de un trastorno que pueda poner en riesgo la salud mental de la madre gestante requiere de una evaluación profunda, a través de protocolos preestablecidos. Según determina Colpsic, el criterio para determinar la gravedad de la depresión tiene que ver con “*la intensidad y persistencia de los síntomas así como el nivel de interferencia en el funcionamiento cotidiano, los cuales se determinan a través de una cuidadosa evaluación psicológica o psiquiátrica con el fin de evaluar el nivel de riesgo para la salud mental*”.

Por lo tanto, y según lo que ha venido desarrollando en su jurisprudencia, en particular lo sostenido en las sentencias revisadas T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-841 de 2011 y T-301 de 2016, la Corte debió pronunciarse en el sentido de establecer la necesidad de que la evaluación de las afectaciones que pueda producir el embarazo a la salud mental de la madre gestante se realicen bajo los protocolos y con la rigurosidad necesaria para generar un diagnóstico psicológico o psiquiátrico preciso sobre si existe o no una afectación de tal magnitud que pueda considerarse como un peligro a la vida de la madre gestante o un riesgo de una afectación grave de la salud mental. Es muy importante partir de que el diagnóstico de un riesgo de trastornos mayores y del riesgo a la vida por ideación suicida, requiere de unos protocolos que ya están establecidos, y que las entidades que prestan los servicios de salud deben implementar para que se pueda evaluar la situación de la paciente en las mejores condiciones y el menor tiempo posible.

Esto lleva a concluir que el certificado emitido sobre la salud mental de la madre gestante no puede limitarse a manifestar que se ha detectado un

el 23 de mayo de 2018. Con cita: BITTENCOURT, G. Y ALVARENGA, P. *Stressful Life Events and Women's Mental Health During Pregnancy and Postpartum Period*. 2017. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v27n66/0103-863X-paideia-27-66-00051.pdf>

⁶⁰⁴ Respuesta firmada por Jorge Ballesteros, miembro titular de la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis, al Auto del 24 de abril de 2018 sobre aspectos relativos a la salud mental, recibida en Secretaría General de la Corte Constitucional el 04 de julio de 2018.

síntoma,⁶⁰⁵ como es el caso del *afecto reactivo ansioso depresivo*. Es una obligación de las EPS y de las IPS prestar el servicio médico y psicológico requerido, lo que implica contar con los protocolos de diagnóstico adecuados e integrales, que evalúen la salud física y psicológica de la madre, para establecer con plena rigurosidad científica si en efecto, la continuación de un embarazo constituye un peligro para la vida o la salud física o mental de la paciente. Ello no solamente para que se autorice la realización de la IVE si así lo solicita la madre gestante, sino también para que con fundamento en el diagnóstico se efectúe la atención integral de la paciente.

Lamentablemente, con la Sentencia SU-096 de 2018, la Corte Constitucional desaprovechó una importante oportunidad para fijar la obligación de las EPS y de las IPS de prestar el servicio médico y psicológico requerido, lo que implica contar con los protocolos de diagnóstico adecuados e integrales, que evalúen la salud física y psicológica de la madre gestante, para establecer con plena rigurosidad científica si en efecto, la continuación de un embarazo constituye un peligro para la vida o la salud física o mental de la paciente. Ello no solamente para que se autorice la realización de la IVE si así lo solicita la madre gestante, sino también para que con fundamento en el diagnóstico se efectúe la atención integral de la paciente.

⁶⁰⁵ ¿El diagnóstico: *afecto reactivo ansioso depresivo* debe considerarse como un riesgo grave para la vida de la madre o para su salud mental?

Colpsic

Explica en su respuesta que “[e]l *Diagnóstico de afecto reactivo ansioso depresivo* no corresponde a ninguno de los sistemas de clasificación vigentes, ya que los sistemas actuales describen conjuntos de síntomas pero no factores etiológicos. Sin embargo, un diagnóstico de *Trastorno de Ansiedad o de Trastorno Depresivo Mayor*, es en sí un problema de salud mental.”

Señala que “*el riesgo vital estaría asociado a que, derivado del diagnóstico de depresión, la madre gestante no solo presente ideación suicida, sino que estructure un comportamiento suicida producto del sufrimiento que está experimentando*”.

ACP

La respuesta de la Asociación coincide con el Colegio, en el sentido en que el afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico y en consecuencia no determina por sí mismo una afectación a la vida o a la salud mental, sino que se requiere analizar la gravedad de los síntomas.

Señala: “*El afecto reactivo depresivo ansioso no es un diagnóstico, es una descripción semiológica. Debe considerarse la gravedad de los síntomas y de acuerdo con ellos puede poner en riesgo grave la vida de la paciente. También puede poner en riesgo su salud mental.*”

Ascofapsi

Coincide con los conceptos anteriores al establecer que el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico sobre la salud mental de la paciente, y explica que solo se trata de uno de los aspectos a tener en cuenta para el diagnóstico, para el cual se requiere una evaluación psicológica sobre el grado de interferencia que dicho síntoma está generando en la vida de la paciente. Textualmente señala:

“Únicamente el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo **no es un indicador concluyente de bienestar o no de la paciente**, debido a que solamente está reportando una parte de los diferentes aspectos que se deben tener en cuenta para considerar si hay riesgo o no en la vida de la paciente y en su salud mental por lo tanto, se recomienda generar una evaluación psicológica, en la cual se identifique que tanta interferencia, está generando la situación en la vida de la paciente, con qué estrategias de afrontamiento cuenta en el momento, si hay presencia de otros síntomas característicos para el diagnóstico de algún trastorno mental, que predomina más en la paciente si ansiedad o depresión, si hay presencia de ideas o plan de muerte y qué percepción tiene de la situación por la que está pasando”.

4. LA SENTENCIA SU-096 DE 2018 DESCONOCIÓ ABIERTAMENTE LOS REQUISITOS Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL PROCESO DE TUTELA

Según consta en el expediente,⁶⁰⁶ el día 5 de enero de 2018, a las 10:25 de la mañana, la demanda de acción de tutela fue recibida en el despacho del Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá.

Horas después, el Juzgado profirió un auto avocando conocimiento de la demanda y concediendo la medida provisional solicitada en los siguientes términos:

“Peticona la actora se ordene, como medida precautelativa, a la EPS accionada, “llevar a cabo de manera INMEDIATA el procedimiento ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DE EMBARAZO que fue ordenada desde el 20 de diciembre de 2017 y la cual a la fecha no me han practicado”

Al respecto ha de indicarse por el despacho que, 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 VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DE EMBARAZO tal y como lo prescribiera el galeno tratante.

Nada diferente a adoptar esta provisional y a la vez extrema medida bajo los parámetros que contempla el Art 7, cuando a su tenor literal prevé que: “El juez también podrá, de oficio o a petición de parte dictar cualquier medida de conservación de 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”

Retomando el tema de la demanda de amparo, se ordena: (...).”⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ Expediente T-6612909, cuaderno 2, folios 1, 64 y 65. En la demanda y en el acta de reparto hay una rúbrica de recibo fechada 5-1-18, 10:25.

⁶⁰⁷ Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 65.

Las comunicaciones sobre las órdenes proferidas en la decisión fueron emitidas, según consta en el sello impuesto por el Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio, ese mismo día a partir de las 4:52 pm.⁶⁰⁸

En la Sentencia de la cual me aparto, la Corte Constitucional decidió avalar esa medida, y con ello, desnaturalizó completamente el sentido de las medidas provisionales en materia de tutela, no solo porque permitió que se tomara la decisión definitiva del asunto sin haber escuchado los alegatos de las partes, y porque desapareció el objeto del litigio imposibilitando una decisión posterior, sino porque extinguió el deber de fundamentación y examen de las pruebas que debe preceder a toda decisión judicial y en particular esta clase de medidas.

Al respecto sostiene la Sentencia SU-096 de 2018:

“168. En síntesis, el juez constitucional puede tomar por excepción medidas cautelares no reversibles, 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 la medida provisional en mención, en aras de proteger los derechos de 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 IVE.”

Al margen de que el análisis que se anuncia al final del párrafo no se realiza en la sentencia, este inciso elimina de un solo tajo la debida diligencia en la valoración probatoria que se debe tener para dictar una medida provisional, pues evidentemente, la juez que ordenó como medida provisional la realización del procedimiento *aspiración al vacío de útero para terminación de embarazo* tomó una decisión definitiva, que extinguió el objeto del proceso (acabó con la vida de la *nasciturus*) sin siquiera haberse percatado de que la razón por la que las IPS se negaron a realizar el procedimiento era doble: en primer lugar porque el procedimiento autorizado era incompatible con la edad gestacional, y en segundo y más importante, porque no estaba configurada una causal válida de IVE según la sentencia C-355 de 2006.

En efecto, la juez en su auto no dice nada al respecto, no verifica si constan los certificados médicos, no soluciona la controversia sobre el procedimiento debido y no permite que las IPS (que eran quienes se negaban a realizar el procedimiento) presenten sus argumentos.

⁶⁰⁸ Expediente T-6612909, cuaderno 2, folios 73.

La decisión fue abiertamente violatoria de la Carta Política, pero la Corte decidió avalarla con argumentos absolutamente inadecuados.

En primer lugar, sostiene que la condición de irreversible de una medida provisional no es absoluta, y alude que de hecho la Corte Constitucional ya ha tomado medidas irreversibles como cuando “ordenó la práctica de los procedimientos necesarios para hacer efectivo un trasplante de órganos”. La gran diferencia entre la medida en que se autoriza el inicio de los trámites para la realización de un trasplante y aquella en que se ordena una IVE en 24 horas, es que en la segunda, desaparece el objeto del diferendo jurídico, porque al realizar la IVE la duda sobre si el *nasciturus* debe o no ser constitucionalmente protegido queda extinta. En cambio, con la orden de trasplante no se atenta de forma definitiva contra el objeto del litigio pues el pago por los costos de la intervención sigue en debate, pero se protege transitoriamente la vida del paciente. Es una diferencia elemental, que justamente se refleja en la posibilidad o no de tomar una decisión final.

La Sentencia SU-096 en el numeral 164 y subsiguientes, trata de sustentar que si no se tomaba la decisión con urgencia se podría presentar daños irreparables, y pone de ejemplos la sentencias T-171 de 2007, T-988 de 2007 y T-585 de 2010, pero los ejemplos resultan absolutamente extraños, en primer lugar porque se trata de inviabilidad del feto médicamente certificada y dos casos de abuso sexual contra menores con discapacidad, pero en segundo lugar y más importante, porque lejos de lo que pretende afirmar, en ninguno de esos casos, el retraso o la negativa en la realización de una IVE generó un daño irreversible en la vida de la madre, que hubiere justificado una decisión de IVE como medida preventiva sin valoración alguna del acervo probatorio disponible en el proceso.

Lo cierto es que la Sentencia SU-096 de 2018 no puede sustentar su defensa de esa medida provisional con un precedente en la materia, porque claramente no existe tal cosa. Una orden que tiene un efecto definitivo y extingue el objeto del litigio, no corresponde a la naturaleza jurídica y al objetivo de una medida provisional, y en tal medida jamás la Corte Constitucional ha ordenado provisionalmente algo semejante.

En el caso concreto, al ordenar la realización de la IVE la juez no solo extinguió el objeto del litigio, lo cual se verificó en la decisión final en la que declaró en consecuencia la ocurrencia de un “*hecho superado*”, sino que además su decisión generó un efecto definitivo e irreversible sobre uno de los derechos en juego, en el caso concreto, la vida de la que estaba por nacer.

En efecto, en su sentencia del 22 de enero de 2018 afirma la juez:

“Empero, resulta que con la información suministrada por parte de la apoderada especial de la accionada EPS COMPENSAR, se evidencia que el 6 de enero del año

cursante, tal y como se ordenó en la medida provisional decretada el 5 de enero del mismo año, de(sic) practicó la interrupción voluntaria del embarazo en la Unidad de Servicios La Victoria, siendo evidente que 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.”

La declaratoria del “*hecho superado*” como efecto del cumplimiento de la orden dictada en la medida provisional, da clara cuenta que la decisión resultó absolutamente contraria a lo que se persigue con la figura la medida provisional, que es, justamente, resguardar el objeto del litigio para permitir que la decisión final resulte eficaz.

La primera obligación de la juez en este caso era determinar con claridad el problema fáctico y jurídico y establecer con ello los derechos realmente amenazados. De hacerlo, se habría dado cuenta de que la causal invocada para la solicitud de la IVE fue la de malformación que haga inviable la vida del feto. Tan solo a partir de ese análisis, el marco de la decisión habría variado radicalmente, puesto que los derechos supuestamente amenazados no eran la vida y salud de la madre gestante, sino la integridad y la dignidad.

4.1. La decisión de conceder la medida provisional se produjo sin una valoración suficiente del expediente ni de las pruebas consignadas en él, por lo que termina justificándose en una causal de IVE que no coincide con los hechos del caso y dictando una orden que no podía ser cumplida en estricto sentido.

Un examen adecuado de las pruebas anexadas en la acción de tutela, e incluso la lectura detenida de la misma, habrían permitido concluir que en ningún momento se alegó y aún menos diagnosticó un padecimiento concreto y médicamente certificado, que implicara un riesgo a la vida de la madre gestante.

La juez omitió la valoración probatoria, pero más grave aún, omitió realizar un razonamiento sobre las implicaciones de la orden que estaba por emitir, que evidentemente extinguirían el objeto del litigio y anularían la vida del que estaba por nacer, pese a que el Estado le debía protección.

La decisión tomada como medida provisional en realidad, lejos de guardar y tutelar los derechos en juego, lo que hizo fue extinguirlos, haciendo inane la decisión final. Era una orden abiertamente contraria a la naturaleza cautelar y transitoria de las medidas provisionales, pero la Juez omitió hacer cualquier valoración al respecto, no analizó ni explicó en qué sentido pudo lo ordenado resguardar los derechos en juego y el objeto del litigio, y en cambio, dictó la orden sin mayor miramiento.

En efecto, según consta en el expediente, las IPS, y particularmente el Hospital San José, advirtieron que en el caso concreto no se configuraban las causales de la Sentencia C-355 de 2006 y, además, se negaron a realizar el procedimiento ordenado porque resultaba inadecuado para la edad gestacional de la paciente.

El análisis del expediente y en particular de los problemas fácticos y jurídicos del caso resultaban absolutamente necesario para abordar la solicitud de medida provisional, sin embargo, la juez omitió cualquier valoración al respecto, pasó por alto la advertencia de que estaba en duda la configuración de las causales de la IVE, y más allá de eso, desatendió la inadecuación de la orden de servicios con el procedimiento requerido.

Al revisar el expediente, la juez debía advertir que no había claridad sobre la configuración de la causal para practicar la IVE, que no estaba en riesgo la vida de la madre gestante, incluso podía evidenciar que no se trataba de un embarazo no deseado, sino que la voluntad de abortar surgía del diagnóstico de posible HPL vs DSO, y que no existió ninguna certificación de que tal diagnóstico implicara la inviabilidad del feto (ni mucho menos peligro a la vida de la gestante). Por el contrario, de los documentos que obran adjuntos a la tutela se desprende con claridad, que dicho diagnóstico no implica la inviabilidad del feto.

Todos estos elementos fueron abiertamente desatendidos por la Juez, que solo tomó unas horas en resolver el asunto de fondo, bajo la cortina de una medida provisional.

Esta lectura rápida del escrito de tutela se refleja en que la medida se fundamentó en la causal de la IVE por peligro a la vida o la salud de la madre gestante, la cual, si bien fue enunciada por la accionante en la acción de tutela, no correspondía a la causal invocada a lo largo del asunto, que además está claramente establecida en la orden de servicios médicos que obra en el proceso, la cual se refiere a “*malformación fetal*”.

En efecto, en el numeral 2 de la demanda, la accionante sostiene que en uno de los controles que le hicieron le diagnosticaron al feto Displasia septo-óptica VS Holoprosencefalia lobar, y explica que “*por tal razón el médico tratante me ordenó el procedimiento llamado ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO.*”

Es cierto que la redacción posterior de la demanda es confusa y que la accionante, en ciertos apartes del escrito, hace parecer que el diagnóstico del feto implica un riesgo para su vida,⁶⁰⁹ o incluso afirma que el procedimiento

⁶⁰⁹ Sostiene la accionante en el escrito de tutela “Siendo obvio y científicamente comprobado por los médicos tratantes la necesidad valoración y posterior tratamiento que requiero para restablecer mi salud, en razón de la gravedad y peligro inminente que le genera la Displasia septo-óptica Vs

es urgente y necesario para contrarrestar el daño respiratorio que padece y así mejorar su calidad de vida,⁶¹⁰ pero ninguna de estas afirmaciones tiene asidero probatorio. A lo largo del expediente no existe ninguna referencia a padecimiento médico alguno de la paciente, relacionado con el embarazo y en todo caso, no fue esa la causal que se invocó para la realización de la IVE.

Por el contrario, la autorización de servicios hospitalarios emitida por la EPS, que se adjunta justo a continuación del escrito de tutela, claramente señala la causal “*MALFORMACIÓN FETAL*”⁶¹¹. Enseguida, todos los documentos anexos se refieren a los exámenes de laboratorio y ecografías realizadas sobre el feto, sus resultados, los diagnósticos de posible Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar y las respuestas de las IPS, sin que en ninguno de estos documentos conste, al menos indiciariamente, que la accionante tenía un problema respiratorio, o que el posible diagnóstico del feto pudiera generar algún tipo de riesgo a la salud física o a la vida de la madre.

La decisión de conceder la medida provisional “*a efectos de salvaguardar su derecho fundamental a la vida, salud y vida en condiciones dignas de la paciente*” no tiene ningún fundamento en los elementos probatorios de la acción de tutela, y tampoco se sustenta en ningún tipo de razonamiento que justifique la medida.

Finalmente, esto queda plenamente demostrado cuando, el día siguiente de la orden dictada en la medida provisional, durante el diagnóstico realizado como parte del protocolo de realización de la IVE se consigna:

“ANÁLISIS:
PACIENTE DE 33 AÑOS DE EDAD, EN PROTOCOLO
PARA IVE CAUSAL 2 -HOLOPROSENCEFALIA
LOBAR.”⁶¹²

Holoprosencefalia lobar, y al ser afiliada en calidad de cotizante del régimen contributivo de salud a COMPENSAR EPS es a esta a quien corresponde propender por su OPORTUNA realización”. (Folio 2 del expediente). Más adelante reitera. “Los hechos narrados, permiten vislumbrar que si no se le (sic) practican los exámenes y los procedimientos recurridos de manera urgente, estará en riesgo mi vida, pues de no hacerlo de manera inmediata podré sufrir un daño irreversible que termine con mi existencia y así de esta manera se me estaría coartando el sagrado derecho a la vida”. (Folio 4 del expediente.)

⁶¹⁰ En el escrito de demanda (folio 5 del expediente), se lee: “No puede ninguna entidad promotora de salud negarse con su conducta negligente a realizar los exámenes, ni tampoco a darle continuidad al tratamiento de manera inmediata como lo ordenan los médicos especialistas y que requiero, la cual ostenta una importancia de la que nadie dudara, atendiendo a que es del dominio público, y con muchísima mayor razón lo será de las elites médicas especializadas, que el procedimiento que requiero, es no solamente urgente sino indispensable para contrarrestar el daño respiratorio que padezco con el fin de mejorar mi calidad de vida, mucho menos puede una EPS sumir en la incertidumbre a los clientes, informándoles que su petición fue incluida en una base de datos sin indicarle una fecha precisa en que será atendido su requerimiento, con el agravante de saber que no le autorizan el procedimiento por no tener las partidas para tal fin (...)”

⁶¹¹ Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 6.

⁶¹² Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 95.

Por lo tanto, es evidente que la juez de tutela no cumplió con su deber de valorar el expediente para razonar y decidir la posibilidad de tomar una medida provisional. El fundamento errado de la decisión, que se contrasta fácilmente con una lectura detallada de los hechos del caso, evidencia la falta de diligencia en cuanto al análisis.

Por otro lado, la orden dictada fue a tal grado inadecuada que no pudo ser cumplida en estricto sentido.

La orden concreta de la medida provisional fue: *“proceda a efectuar los trámites pertinentes para que se realice EL PROCEDIMIENTO ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DE EMBARAZO tal y como lo prescribiera el galeno tratante”*.

Si se hubiera realizado un análisis somero del expediente, la juez habría caído en cuenta que, la denegación a la realización de la intervención por parte de las IPS, además de sustentarse en que encontraron que no se configuraban causales para la IVE, se dio porque, habida cuenta del avanzado estado de gestación, el procedimiento a realizar era diferente, y las IPS no tenían los protocolos para adelantarlos.

En efecto, el procedimiento ordenado solo se debe realizar - según los protocolos vigentes- hasta la semana 12 de gestación y, en el caso bajo examen la edad gestacional superaba 26 semanas en el momento en que se emitió la medida, lo que implicó la necesidad de realizar un feticidio (muerte inducida del feto) y posterior extracción del cadáver fetal por parto inducido. Este es el procedimiento que se realiza en Colombia a partir de las 22 semanas de gestación, porque siendo autónomamente viable, no basta con separar al *nasciturus* del cuerpo de la madre gestante para que muera, sino que una IVE en tales circunstancias implica que antes del parto inducido sea necesario inocular en el cuerpo del feto una sustancia para producir su muerte intrauterina.

La orden, por lo tanto, tuvo que ser adaptada por la institución prestadora del servicio de salud para poder cumplirse.

4.2. La decisión carece de un razonamiento sobre la necesidad y la urgencia de la medida para la protección de los derechos supuestamente amenazados.

En realidad, la decisión de medida provisional carece de todo razonamiento al respecto, simplemente se limita a sostener que *“la citada paciente requiere con urgencia el referido procedimiento,”* sin explicar por qué el aplazar tal decisión para la solución de la tutela, esto es, por un máximo de 10 días, generaría un daño irreversible a la madre gestante. Esa explicación era evidentemente necesaria, no solo por la gravedad de la orden, sino porque lo

que se solicitaba como medida provisional coincidía con la solicitud principal de la acción.

Bajo las condiciones del caso concreto y en particular, teniendo en consideración que quien se vería afectado con la medida provisional ordenada era un ser humano en gestación, que evidentemente no tenía la posibilidad de presentar por sí mismo una oposición a esa medida, y que tampoco contaba en aquel proceso con alguien que pudiera representar sus intereses, la garantía mínima que debía respetar la juez del asunto era la de permitir que se presentaran los argumentos de la accionada, analizar detalladamente el asunto y las pruebas, y sobre todo abstenerse de ordenar una medida irreversible que extinguiera la vida del feto de forma provisional.

Evidentemente la orden dictada como medida provisional fue contraria a derecho, pero en todo caso, del expediente surge con absoluta claridad que no era necesaria porque no estaba en riesgo la vida de la madre gestante ni el embarazo estaba afectando su salud, y evidentemente no era urgente, porque de ninguna manera el término en que el la Juez decidiera la tutela, más aún si actuaba con mayor diligencia, podría implicar un daño irreversible para la madre gestante.

La juez del caso omitió su deber constitucional de proteger la vida del que está por nacer al dictar la orden, y al no explicar por qué era necesario que la IVE se realizaré en 24 horas, sin que fuera posible escuchar los argumentos de la accionada, valorar las pruebas y analizar con detalle el expediente.

4.3. En el caso se consumó un daño: la pérdida de la vida de la que estaba por nacer, como consecuencia de la medida provisional ordenada.

La decisión del 22 de enero de 2018, por la cual la juez decidió “CESAR LA ACTUACIÓN por hecho superado y como consecuencia NEGAR por carencia de objeto” no se ajusta a los aspectos fácticos ni jurídicos del asunto.

La decisión de declarar hecho superado, tal como lo asume la juez de tutela, se fundamentó en que “*el 6 de enero del año cursante, tal y como se ordenó en la medida provisional decretada el 5 de enero del mismo año, se practicó la interrupción voluntaria del embarazo en la Unidad de Servicios La Victoria, siendo evidente que en la actualidad ha desaparecido el objeto jurídico que motivó la génesis a la acción de amparo*”.⁶¹³

Sin embargo, la juez desconoció que el problema fáctico-jurídico que motivó la acción de tutela fue la renuencia de las IPS a practicar una IVE por considerar que no se configuraban las condiciones requeridas para ello y que el procedimiento ordenado no era el adecuado para la edad gestacional de la

⁶¹³ Expediente T6612909, cuaderno 2, folio 142.

madre gestante. Nada de esto fue, siquiera someramente, analizado por la Juez.

Por el contrario, de un somero análisis del expediente resulta evidente que la autorización de servicios emitida por la EPS no solo carecía de fundamento adecuado, sino que justamente se sustentaba en una razón antijurídica como es la discriminación. Además, es claro que el procedimiento ordenado resultaba abiertamente inadecuado para el tiempo de gestación transcurrido.

Al haber dictado la orden de realizar la IVE en un término de 24 horas, la Juez de tutela vulneró la protección de la vida de un ser humano con viabilidad autónoma, sin tener en cuenta ninguna de las pruebas obrantes en el proceso y sin corroborar los argumentos de la accionante en su tutela. Al hacerlo, la Juez no solo desconoció la naturaleza jurídica de las medidas provisionales sino, y lo que resulta más grave aún, violó de forma arbitraria la protección de la vida de un ser humano por nacer.

El daño generado por la medida provisional es irreversible, y si bien no versaba sobre el derecho alegado en la acción de tutela por la madre gestante, sí afectó la protección debatida en el proceso. Por lo tanto, la única decisión posible era la declaratoria de carencia de objeto por daño consumado.

4.4. Breve recuento sobre los fines de las medidas provisionales (en general y en materia de tutela) en relación con el objeto del proceso.

Dado el peligroso precedente que fija la Sentencia Su-096 de 2018 de la cual me aparto y en particular el desconocimiento de los fines y alcances de las medidas provisionales en materia de tutela, considero mi deber recapitular algunos aspectos elementales en la materia.

La doctrina más calificada ha identificado la sustancia de las medidas provisionales de tipo cautelar como la “*anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma*”,⁶¹⁴ destacando de ellas la característica de provisionalidad, esto es el hecho de que este tipo de medidas nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que se dirigen exclusivamente a garantizar la efectividad del resultado de la ulterior providencia definitiva.

El carácter instrumental, que justifica la medida provisional y a la vez limita el ámbito de actuación del juez, es una característica esencial de estas medidas. Al respecto sostiene el profesor Calamandrei que el carácter instrumental “*es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente*

⁶¹⁴ Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Librería El Foro. Buenos Aires, 1996. (p. 45)

*preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente”.*⁶¹⁵

Esa instrumentalidad significa que la medida provisional se justifica por cuanto está al servicio de garantizar la posibilidad y eficacia de una decisión definitiva, esto es, está dirigida a conservar los derechos o los hechos que constituyen el objeto del litigio frente a un peligro que podría afectarlos de tal forma que la decisión final pierda eficacia. Esto a su vez implica inevitablemente que la medida provisional no puede tener el alcance de resolver o imposibilitar la decisión definitiva.

Ahora bien, pese a la prontitud con que en principio deben tomarse, una decisión en cuanto a medidas provisionales requiere el análisis del acervo probatorio suficiente para comprobar la necesidad y urgencia frente al fin perseguido que alegue quien la solicite. En cualquier caso, dicho análisis no puede confundirse con la solución sobre el fondo del asunto, pues de ser así, se convertiría en una toma anticipada de la decisión, en vulneración del debido proceso de las partes.

La otra nota característica de estas medidas, sobre la cual existe un amplio consenso doctrinario es su carácter provisional (de donde viene su nombre en el caso de las medidas a que hacemos referencia), que consiste en que sus efectos están limitados a la subsistencia del proceso al cual acceden, culminado el cual, los efectos de la medida provisional se extinguen necesariamente.⁶¹⁶ Esto implica que no pueden tomarse medidas provisionales o cautelares con efectos definitivos o irreversibles, puesto que sus efectos deben estar previstos para durar estrictamente tanto como dure el proceso, ya que de otra forma limitarían la capacidad del juez en su toma de decisión y en detrimento de su objetivo, extinguirían cualquier posibilidad de efecto práctico de la sentencia.

En materia de medidas provisionales durante el trámite de la acción de tutela el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 dispone lo siguiente:

“Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

⁶¹⁵ En ese sentido, Calamandrei “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.”

⁶¹⁶ Así por ejemplo sostiene el profesor Calamandrei que la medida provisional “nace en previsión, e incluso en espera, de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en definitiva, sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto”. En cuanto a la doctrina nacional Hernán Fabio López

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El 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.

[...]"

De conformidad con esta disposición, y en concordancia con la doctrina general sobre medidas de esta naturaleza, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, el Juez, cuando lo considere necesario, puede dictar *“cualquier medida de conservación o seguridad”* dirigida, tanto a la protección del derecho como a *“evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados”* (Inciso final del artículo transcrito), en todo caso, *“para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”*, estando el juez facultado para *“ordenar lo que considere procedente”* con arreglo a este fin.⁶¹⁷

La Corte Constitucional ha sostenido que resulta procedente el decreto de medidas provisionales: *“(i) cuando éstas resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación”*.⁶¹⁸ Esto por cuanto la potestad de decretar medidas provisionales tiene como finalidad *“proteger los derechos constitucionales fundamentales, antes de pronunciarse definitivamente en el fallo, pues con ella se busca evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en violación o, habiéndose constatado la existencia de una violación, que ésta se torne más gravosa.”*⁶¹⁹

Según la jurisprudencia constitucional, el ejercicio de esta potestad del juez es una decisión discrecional que debe ser *“razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada”*⁶²⁰ y está sometida al menos a dos condiciones: en

⁶¹⁷ (inciso 2º del artículo transcrito).

⁶¹⁸ Corte Constitucional, Auto A-219 de 2017, reiterando por la Corte a partir del Auto A-031 de 1995.

⁶¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-888 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) reiterando la Sentencia T-440 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y los Autos 031 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), 041A de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, 049 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), Autos 040A de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

⁶²⁰ Al respecto Corte Constitucional, Autos A-049-95, A-035-07 y A-222-09.

primer lugar, que se trate de una violación o amenaza “*grave e inminente*”, a tal punto que incluso el breve término mediante el cual se resuelve la acción de tutela resulte excesivo para lograr la protección efectiva del derecho fundamental conculcado.⁶²¹ Y en segundo lugar, “*que se aporten medios de prueba suficientes para deducir que se está ante las condiciones descritas.*”⁶²²

4.4.1. *Las medidas provisionales y su alcance frente a la restricción o suspensión de valores y derechos fundamentales.*

Resumiendo, una medida provisional que se dicta en el trámite de una acción de tutela está indefectiblemente dirigida a evitar que se configure la vulneración de un derecho fundamental, o que continúe vulnerándose. Así el juez puede dictar órdenes, no solo dirigidas a suspender un acto de autoridad pública, o de particulares, sino incluso a suspender el ejercicio de un derecho. Pero esto podría implicar, en ciertas circunstancias, que la medida provisional afecte bienes jurídicos protegidos o más aún, el ejercicio de un derecho fundamental.

Esto incluye una limitación intrínseca de las medidas provisionales, en cuanto a que la medida no puede ser de tal naturaleza que genere un hecho irreversible o anule definitivamente un derecho. Esto por cuanto evidentemente en tal caso, la medida deja de ser provisional y se convierte, en definitiva, pudiendo incluso anular el objeto del litigio o modificarlo de tal forma que transforme el debate jurídico en otro.

Por lo tanto, bajo el mandato constitucional vigente, no es admisible que con el ropaje de una medida provisional, un juez de tutela ordene afectar irreversiblemente una situación jurídica, menos aun cuando el asunto se sustente en la contradicción de derechos constitucionales fundamentales, que no pueden ser anulados por una decisión parcial, sino que requieren, para su correcta ponderación de un profundo análisis.

Resulta abiertamente contrario a la Carta Política dictar una medida cuyo efecto significa restringir de tal forma un derecho o una protección constitucional, que quede anulada por la imposibilidad fáctica o jurídica de retrotraer la situación a su estado anterior. Así sucede por ejemplo con el derecho y valor de la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la

⁶²¹ Corte Constitucional, en sentencia T-371 de 1997 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta sentencia, la Corte ha precisado por ejemplo que “el juez, antes de ordenar la suspensión provisional de actos concretos, debe evaluar cuidadosamente el cuadro general de los hechos manifestados por el afectado y, de ser necesario llenarse de elementos de juicio para tener la convicción plena de la necesidad y urgencia de acudir a la suspensión. Con mayor razón si por circunstancias de tiempo, modo y lugar, se le facilita al funcionario judicial obtener una mayor información de las circunstancias fácticas que dieron lugar a la acción de tutela”.

⁶²² Al respecto, ver, entre otros, los Autos A 040a de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett), A 049 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), A 041a de 1995 y A 031 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz).

dignidad, entre otros, que no pueden ser afectados por medidas provisionales que impliquen su anulación.

Por otra parte, y aun cuando la decisión no resulte irreversible, o no anule completamente un derecho, la posibilidad de que derechos de todo orden, y en particular derechos fundamentales se vean restringidos a través de una medida provisional, es una cuestión que debe ser seriamente analizada y precavida por el Juez de tutela, de manera que la exigencia de que la medida resulte “*razonada y ponderada*” implica una verdadera sustentación probatoria y argumentativa de la providencia, cuya rigurosidad se incrementa de forma directamente proporcional con el grado de afectación que la medida pueda generar y la mayor cercanía de dicha afectación con aspectos que hagan parte del núcleo fundamental de un derecho constitucional, siendo este último, el límite material de cualquier medida provisional.

La decisión mayoritaria de la Corte desconoció su propia jurisprudencia al aceptar como constitucionalmente válido el que la Juez de tutela haya dictado como medida provisional la orden de realizar un procedimiento de IVE respecto de una *nasciturus* de 26 semanas de gestación, desconociendo abiertamente la naturaleza y objetivo de una medida provisional, al haber omitido su deber de fundamentar la decisión en un examen detallado del expediente, y tomar una decisión que agotaba el objeto del asunto, generando un daño irreversible.

La decisión de la cual me aparto constituye un abierto desconocimiento de la jurisprudencia en materia de medidas provisionales en tutela y requisitos para la IVE, pero más grave aún, es un retroceso en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, en la lucha contra la discriminación y en general, en la protección de la vida y la dignidad humana.

Fecha et supra

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada