FICHA JURISPRUDENCIAL

T-301 DE 2016

Introducción

Organismo:	Corte Constitucional
Demandante:	Rosa[1].
Derechos fundamentales en los que se sustenta la acción:	Derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad física y emocional, al aborto y al libre desarrollo de la personalidad.
Demandado:	SaludCoop E.P.S
Terceros intervinientes enunciados:	**Instituciones que se pronunciaron en primera instancia:** Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Secretaría de Educación Distrital (todas solicitando su desvinculación del proceso). **Organizaciones que se pronunciaron en primera instancia:** Sociedad de Cirugía de Bogotá del Hospital San José (solicitando ser desvinculado dentro del proceso), Academia Nacional de Medicina (sobre la imposibilidad de emitir concepto) **Particulares que intervinieron en primera instancia:** Ginneth Mabel Rodríguez Pinzón del servicio de Trabajo Social del Hospital de San José y Juana Yolanda Atuesta Fajardo, (quien valoró por psiquiatría). **Instituciones aliadas que se pronunciaron ante la Corte Constitucional:** Defensoría del Pueblo Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá. **Organizaciones aliadas que se pronunciaron ante la Corte Constitucional:** Fundación ProBono por Colombia; de los abogados de Cáez, Gómez & Alcalde, miembros de la fundación ProBono y del Centro de Derechos Reproductivos, Organización PARCES ONG, Profamilia, La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (quien acompañó el caso desde su inicio). **Intervenciones ciudadanas que se opusieron a la tutela:** Ciudadano Sebastián Felipe Chaparro Espinosa, **Procuraduría General de la Nación** (quien solicitó además que se convocara una audiencia pública, solicitud que no concedió la Corte debido a que existen claras reglas que "*protegen la intimidad de las mujeres que acuden a la acción de tutela para la realización de su derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto (en adelante, "IVE"), las cuales harían inviable la realización de una audiencia pública*".

1.Nombre cambiado para proteger la identidad de la accionante. Al interior de La Mesa se conoce como el caso YL.

Temas de / asunto:

Procedencia de tutela para amparar el derecho a la IVE. Carencia actual de objeto. Derecho a la salud. Reiteración de jurisprudencia en IVE. Reiteración del carácter fundamental del derecho a la IVE. Información, disponibilidad y accesibilidad del aborto en el sistema de salud.

Referencia bibliográfica:

Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2016. Expediente T-5.331.547. Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil dieciséis (2016). Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

Hechos relevantes

01. *Rosa*, afiliada a la E.P.S. SALUDCOOP, se encontraba en la semana 20.6 de gestación cuando se practicó una ecografía en la que se diagnosticó al nasciturus con hidrocefalia. (28 de mayo).

02. Ante lo anterior, se le programó una ecografía de detalle para dentro de casi mes y medio después (7 de julio) donde se ratificó el diagnóstico de "*Hidroecefalia bilateral no comunicante*". Para ese entonces Rosa contaba con 27 semanas de gestación y no había sido informada sobre su derecho a la IVE por los médicos que la atendieron.

03. *Rosa* fue remitida a la Unidad de Alto Riesgo Gineco Obstétrico y se le informó que el caso sería llevado a una junta médica. (Para el 23 de julio).

04. Durante la atención en la Unidad de Alto Riesgo Gineco Obstétrico, *Rosa* fue informada sobre la posibilidad de acudir a la IVE, dados los hallazgos ecográficos, y se le indicó que debía ingresar a través del servicio de urgencias dado el diagnóstico.

05. Dos días después, *Rosa* acudió por urgencias al Hospital San José, donde le dijeron que debía hacer una solicitud formal y asistir nuevamente cuando contara con un "*paquete de IVE*". (9 de julio).

06. Ese mismo día, Rosa radicó la solicitud escrita de IVE ante su EPS invocando la causal la "*grave afectación mental*" y "*por la grave malformación del feto que se evidencia en las distintas ecografías y diagnósticos*".

07. Cinco días después y ante la falta de respuesta de la EPS, Rosa ingresó nuevamente al Hospital San José por urgencias y el psiquiatra que la valoró certificó paciente "*CON EMBARAZO DE 28 SEMANAS CON PRODUCTO MALFORMADO, PRESENTA CUADRO DE AFECTACIÓN EMOCIONAL SECUNDARIO*". Producto de dicha valoración psiquiátrica se señaló: "*SE RECOMIENDA HACER EL PROCEDIMIENTO LO MAS PRONTO POSIBLE Y DAR APOYO PSICOTERAPEÚTICO AMBULATORIO A NECESIDAD*". (13 de julio).

08. Así mismo, el Comité de Malformaciones del Hospital certificó: "*Se hace énfasis en que existiendo la afectación maternal por las condiciones de la gestación se cumple con las causales de interrupción de la gestación amparadas por la ley*". Sin

embargo, el Hospital San José negó la solicitud de IVE diciendo que (i) debido a la avanzada edad gestacional no realizarían el procedimiento solicitado; (ii) ese tipo de procedimientos no se realizaban en dicha entidad y; (iii) le entregarían un certificado médico en donde se indicara que la tutelante estaba incursa en una de las causales establecidas por la Corte Constitucional para interrumpir el embarazo. (15 de julio).

09. *Rosa* fue remitida a su EPS, quien le comunicó que no tenía red de prestadores que practicaran el procedimiento de IVE debido a la edad gestacional. (21 de julio).

10. *Rosa* interpuso una acción de tutela y solicitó al juez constitucional que se le ordenara a su EPS SaludCoop: (i) garantizar el acceso real e inmediato a la salud en condiciones integrales; (ii) prestar el servicio solicitado por urgencias desde el ingreso hasta su culminación, con incapacidad y entrega de los medicamentos requeridos para su recuperación; y (iii) brindar el acompañamiento anterior y posterior al procedimiento, que llegara a requerir la mujer.

11. Mediante Resolución 2414 de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó "*la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar*" a SaludCoop EPS.

12. Primera instancia: el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá vinculó a SaludCoop EPS, al Ministerio de Salud y de la Protección Social ("Minsalud"), al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ("ICBF"), a la Academia Nacional de Medicina, al Hospital de San José, a la Secretaria de Educación Distrital de Bogotá ("SED") y al Ministerio de Educación Nacional ("Mineducación") y ofició a la médico tratante Juana Yolanda Atuesta Fajardo y a la trabajadora social Ginneth Mabel Rodríguez Pinzón para que informaran si las anomalías fetales referidas por la señora Rosa resultaban incompatibles con la vida.

13. Posteriormente, el juez de primera instancia negó la tutela del derecho a la realización de la IVE y le ordenó a SaludCoop EPS autorizar y efectuar el tratamiento médico quirúrgico que requiera el que estaba por nacer. Ordenó al ICBF y a la SED para que hicieran seguimiento sobre posibilidad de adopción y para que el *nasciturus* recibiera la educación que los médicos tratantes estableciera. Así mismo, previno a SaludCoop EPS para que en adelante diera respuesta oportuna a las solicitudes de IVE y le compulsó copias a la Superintendencia de Salud para que investigara las faltas en las que haya podido incurrir la mencionada EPS. Finalmente, aseveró que ante la ausencia de norma legal que estableciera un límite temporal, era razonable que fueran los médicos, con fundamentos científicos y en ejercicio de su autonomía profesional, quienes decidan si se puede practicar o no la IVE, decisión que se puede fundamentar, entre otros argumentos, en el avanzado estado de gestación.

14. El fallo fue impugnado por la SED para que se emitiera un fallo en el que se estableciera que la SED no había vulnerado derecho fundamental alguno. (Esto pese a que el fallo de primera instancia no decía lo contrario).

15. Segunda instancia: El Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá confirmó parcialmente el fallo de primera instancia, desvinculando a la SED. En sus

demás apartes, la decisión de se mantuvo incólume. Señaló además que la EPS debía realizar un diagnóstico integral para determinar las afecciones y limitaciones, y de esta manera determinar el tratamiento y acompañamiento que requería, y que dicho diagnóstico sólo se podría realizar hasta el momento en que el nasciturus naciera.

16. El caso fue seleccionado por la Constitucional para su revisión. La Sala tuvo conocimiento que la mujer llevó a término el embarazo.

Problemas jurídicos

(i) ¿Se vulneró el derecho fundamental a la IVE invocado por la accionante, al no practicarse el procedimiento que permitiese la interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de que la accionante había alegado la ocurrencia de las siguientes causales: (i) grave peligro para la vida de la madre por afectación psicológica, e (ii) inviabilidad del feto?

(ii) ¿Persiste la vulneración del derecho fundamental invocado por la accionante, teniendo en cuenta que el niño ya nació?

Consideraciones

Argumentos o reglas - Citas

Requisitos para la procedencia de la acción de tutela:

1. **Invocación de afectación de un derecho fundamental.**
2. **Legitimación por activa.**
3. **Legitimación por pasiva.**
4. **Inmediatez.**
5. **Subsidiariedad: En los casos de IVE, la acción de tutela es el único mecanismo judicial, idóneo y eficaz.**

> *"En el caso concreto, esta Sala reconoce que a pesar de existir un mecanismo idóneo y eficaz, este es un caso especial en el que la acción de tutela puede ser utilizada como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. Esto es así, por cuanto, la premura con la que debía actuarse en el presente caso, el momento actual de la accionante y su hijo, la naturaleza de la solicitud misma y la de las causales invocadas no resultaba de fácil solución dadas las circunstancias particulares del caso, especialmente porque a pesar de la solicitud de la madre para abortar, el paso del tiempo implicaba que para el momento en el que se da trámite de revisión de lo actuado en las instancias de tutela, el niño ya nació, situación que complejizaba el análisis y revela la importancia de su trámite en sede de tutela".*

El fenómeno de la carencia actual de objeto sucede, principalmente, cuando se configura: (i) el hecho superado o (ii) el daño consumado.

Cuando el daño se consuma en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el juez de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión se pronuncien de fondo.

> *"No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte también ha señalado que a pesar de la carencia actual de objeto, bien puede la Corte mantener la potestad para pronunciarse en el caso "(...) si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera". Y se ha añadido: "(...) En la actualidad se acepta que en aquellos casos en los que se observe carencia de objeto de la acción de tutela y sea evidente que la tutela debía haber sido decidida en un sentido diferente, debe definir si confirma o revoca, con la anotación de que no se pronunciará de fondo y no impartirá órdenes para indicar un remedio judicial sobre el problema jurídico."*

El derecho a la salud tiene una doble connotación: al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público.

A partir de la sentencia T-760 de 2008, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo. Esto se reitera en la Ley 1757 de 2015.

> *"A su vez, el artículo 49 de la Constitución dispone que la salud tiene una doble connotación: (i) como derecho fundamental del que son titulares todas las personas; y (ii) como servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad el Estado. (...) Finalmente, es importante resaltar que la sentencia T-760 de 2008, concluyó que de acuerdo a la evolución jurisprudencial del derecho a la salud es autónomo y por lo tanto, fundamental, lo que lo hace exigible de manera directa a través de la acción de tutela. Esta posición vendría a ser recogida por el legislador en el artículo 2 de la Ley 1751 de 2015".*

La Corte reiteró los requisitos exigidos para acreditar la procedencia de la IVE en cada uno de los tres casos no constitutivos de delito.

Así mismo, resumió las siguientes reglas adicionales de la Sentencia C-355 de 2006:

a. Las menores de 14 años son capaces de expresar su consentimiento frente a si optan por la IVE.
b. Cada causal es independiente y autónoma y tiene su propio requisito.
c. Basta que se cumpla con el correspondiente requisito para la exclusión de la tipicidad del delito de aborto.
d. La sentencia se limitó a señalar tres causales, pero esto no impide que el legislador prevea otras exclusiones.
e. Para la aplicación de la sentencia C-355 no se requiere de desarrollo normativo. Su aplicación es inmediata.
f. La objeción de conciencia se reconoce sólo para personas naturales y no para clínicas, centros de salud, hospitales o cualquier otra persona jurídica.
g. Siempre que un médico alegue objeción conciencia, deberá remitir a la mujer a un médico no objetor, sin perjuicio que posteriormente se examine si la objeción era procedente y pertinente. Esto a través de los mecanismos para la profesión médica.
h. La IVE no implica una obligación sino una opción, si una mujer se encuentra dentro en las causales. De aquí que el derecho se activa con el consentimiento de la mujer.

Desde la C-355 se reconoció la existencia de un derecho fundamental a la IVE.

"Por lo demás, en esta providencia la Corte fijó algunas reglas adicionales aplicables en los casos de aborto, las cuales se resumen a continuación: A) La mujer embarazada, menor de catorce años, que se encuentre en las situaciones especificadas como carentes de tipicidad de la sentencia C-355 de 2006, son capaces para expresar su consentimiento para la realización del aborto. B) Las situaciones delimitadas en la sentencia C-355 de 2006 "tienen carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable". C) Para la activación de la exclusión de la tipicidad, "basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado". D) La decisión contenida en la sentencia C-355 de 2006 "se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo", lo que no excluye una decisión legislativa que prevea otras exclusiones frente a las sanciones penales. E) La Corte estimó que para hacer efectiva su decisión, esta no requería para su aplicación desarrollo o consagración normativa adicional de ningún tipo,

*por lo que sus reglas tendrían vigencia inmediata. F) Se aclaró que "la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones" antes expuestas. G) La conducta a seguir en el caso de que un médico alegue la objeción de conciencia para la realización de un aborto consiste en "proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica". H) Se resaltó, por sobre cualquier consideración, la importancia del consentimiento de la madre para realizar, o no, el procedimiento. Se aclaró "que la decisión adoptada en esta sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento". Por lo demás, la naturaleza del aborto como derecho fundamental de la mujer fue reconocido por la Sala Plena de la Corporación cuando manifestó que "(...) esta Corporación ha determinado que la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los tres casos establecidos en la **Sentencia C-355 de 2006**, que incluye el aborto en supuestos de violencia sexual, es **un derecho fundamental de las mujeres, como un derecho reproductivo**".*

La Corte hizo un recuento jurisprudencial de las sentencias en IVE:

T-171 de 2007: **La Corte confirmó la decisión de denegar el amparo en este caso, pero ante la evidencia de la carencia actual de objeto.**

T-988 de 2007: **La Corte se refirió a (i) afectación a derechos por imposición de requisitos adicionales; y (ii) posibilidad de que se practique la IVE por solicitud de padres cuando la mujer no puede expresar su voluntad debido a una discapacidad grave que le impide expresar su consentimiento y que es un hecho notorio. (Diferenciación en la intensidad de la discapacidad).**

T-209 de 2008: **La Corte se refirió a (i) las obligaciones para los objetores de conciencia; (ii) la responsabilidad de las EPS de contar con una red de prestadores capaces de realizar la IVE; (iii) las funciones sancionatorias a cargo de MinSalud y SuperSalud; y (iv) la prohibición de exigir requisitos adicionales a los señalados en la C-355.**

T-946 de 2008: La Corte se refirió al (i) cumplimiento de los deberes de los agentes del sistema de salud; (ii) las reglas para la objeción de conciencia; (iii) la oportunidad o plazo para la realización del aborto; y (iv) la violación de derechos por la exigencia de requisitos adicionales–lo reiteró.

T-009 de 2009: La Corte señaló que únicamente la mujer tiene la facultad de decidir continuar o interrumpir el embarazo. Por desconocer esto, se tuteló en ese caso el derecho a la dignidad de la mujer.

T-388 de 2009: La Corte (i) explicó las reglas para la efectividad del derecho al aborto, explicitando y enlistando las principales sub reglas o estándares vinculantes al derecho fundamental a la IVE; (ii) por primera vez en una decisión de tutela se advirtió que los conceptos de psicólogos son vinculantes para la IVE (ya lo había mencionado en la C-355 de 2006); y (iii) recordó las reglas para la objeción de conciencia. En este caso, se amparó el derecho a la IVE por (i) la formulación de objeción de conciencia por parte de un juez que es inconstitucional; y (ii) la exigencia de orden judicial para la realización de la IVE que es una práctica prohibida.

T-585 de 2010: La Corte se pronunció sobre el establecimiento de protocolos de diagnóstico rápidos, integrales, que incluyan valoración a la salud mental.

T-636 de 2011: La Corte dijo que (i) no se pueden exigir requisitos adicionales –lo reiteró-; y (ii) no existe límite a la edad gestacional y que la decisión debía ir atada al concepto médico –esto se dice por primera vez con esta sentencia-.

T-841 de 2011: La Corte se refirió a (i) la carencia actual de objeto, según la T-585/10; (ii) la IVE como derecho fundamental autónomo; (iii) las reglas dispuestas en la T-388/09; (iv) el alcance de la causal "peligro para su salud o vida" que incluye la salud mental y que la puede certificar un psicólogo; (v) que cada causal, con su requisito, es autónoma, por lo tanto, no se puede exigir más de un requisito para una causal; (vi) que ante ausencia de restricción o límite a la edad gestacional, no se puede imponer barreras a la mujer; y (vii) el derecho al diagnóstico es fundamental para la atención pronta de las solicitudes de IVE.

T-959 de 2011: La Corte declaró la carencia actual de objeto por hecho superado.

T-627 de 2012: La Corte (i) reiteró la línea jurisprudencial en IVE, es especial la C-355/06, T-388/09 y T-585/10; (ii) expuso el alcance del derecho a la información en materia reproductiva; y (iii) reiteró la naturaleza de la IVE como derecho fundamental en los casos de la C-355/06.

T-532 de 2014: La Corte (i) verificó la carencia actual de objeto por la imposibilidad de acceder a la IVE de manera oportuna (T-209/08, T-946/09 y T-585/10); (ii) dijo que las solicitudes de IVE deben resolverse con prontitud y celeridad, y que el plazo de los 5 días era razonable; (iii) que lo anterior era indispensable en los casos de un embarazo avanzado; y (iv) que se debe tener presente el criterio científico para la procedencia de la IVE en estados avanzados de gestación, sin que esto implique desconocer la decisión de la mujer.

Dado lo anterior, se consideró que "en el caso estudiado ha cesado la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales comprometidos, y por lo tanto, la acción de tutela carece de objeto, en la medida en que bajo estas nuevas condiciones no existe una orden a impartir ni un perjuicio que evitar", por lo que se confirmó la decisión de denegar el amparo, pero ante la evidencia de la carencia actual de objeto. [T-171 de 2007]. La Sala en el caso concreto verificó la ocurrencia de un hecho superado, en tanto la joven finalmente se practicó el aborto que requería. Sin embargo, la Corte consideró pertinente pronunciarse sobre algunas circunstancias importantes del caso, de las que destacan dos: (i) la afectación de derechos fundamentales que se deriva de la imposición de requisitos adicionales por parte de las EPS para atender una solicitud de realización de un aborto, y (ii) la posibilidad de que frente a personas con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales, cuya situación sea un hecho notorio, y que han sido víctimas de acceso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, se pueda practicar el aborto a pesar de que resulte imposible la exteriorización libre y directa de su consentimiento, a solicitud de los padres y atendiendo las circunstancias específicas de cada caso concreto. [T-988 de 2007]. La exigencia de requisitos adicionales, clarificó la Corte, implicaba una desatención al mandato jurisprudencial de "no imponer a las mujeres que se hallen ante tal situación cargas desproporcionadas". Para resolver el caso, la Sala desarrolló especialmente dos temas fundamentales como fueron (i) la objeción de conciencia en materia de aborto y las obligaciones especiales de quien la invoca, y (ii) la responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de tener en su catálogo de prestadores instituciones y personas que puedan realizar el aborto requerido en las condiciones de la sentencia C-355 de 2006. El mencionado pronunciamiento reiteró la taxatividad de los requisitos exigidos en la sentencia C-355 de 2006, para la activación de las situaciones de atipicidad. Respecto de estas obligaciones, destacó la sentencia que le corresponde al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud la imposición de sanciones en caso de fallas en la atención de las solicitantes del aborto por el incumplimiento de los lineamientos jurisprudenciales para la realización del procedimiento. [T-209 de 2008]. Frente a las decisiones judiciales en sede de tutela, se consideró que el a quo había desatendido las reglas jurisprudenciales dispuestas en la sentencia C-355 de 2006, y que a su turno el ad quem había exigido requisitos adicionales a los indicados por la jurisprudencia para la realización del aborto. En esta misma sentencia, ante la imposibilidad de restablecer el derecho vulnerado por las entidades que negaron la realización del aborto a pesar de haberse acreditado lo necesario para su procedencia, se condenó en abstracto a las involucradas en la denegación del servicio. [T-946 de 2008]. La Corte consideró en aquella ocasión que la vulneración de los derechos de la accionante se había presentado pues "todos aquellos que participaron en su proceso para acceder a los servicios de salud que requería, decidieron por ella: los profesionales de la salud que ordenaron suspender el tratamiento médico para que continuara el embarazo, la EPS que no autorizo (sic) el procedimiento y el juez de tutela que denegó el amparo, entre otros, para garantizar la continuación del embarazo. Con todo, de conformidad con la

sentencia C-355 de 2006 es únicamente ella quien tiene la facultad de decidir continuar o interrumpir el embarazo, cuando éste representa riesgo para su vida o su salud y un médico así lo ha certificado.[...]". En consecuencia, y a pesar de la terminación del embarazo y la superación de la situación de salud de base de la mujer, se tuteló su derecho a la dignidad humana [T-009 de 2009]. Luego vino la sentencia T-388 de 2009 en la cual la Sala Octava de Revisión reiteró y explicó las reglas de la sentencia C-355 de 2006 para la efectividad del derecho al aborto. En este fallo, la Corte Constitucional realizó un repaso por las principales decisiones de dicho Tribunal en relación con el derecho al aborto, explicitando y enlistando las principales sub reglas constitucionales aplicables a la materia, derivadas tanto de la sentencia C-355 de 2006, como de las subsiguientes decisiones de tutela, acá reseñadas. Luego de un juicioso análisis jurisprudencial, extrajo a manera de conclusión, las siguientes reglas vinculantes al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto. Cabe resaltar que en esta sentencia por primera vez la Corte advirtió que, los conceptos de los psicólogos son válidos para la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la sentencia C-355 de 2006. En efecto, se verificó que 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 afectar en tal grado que la integridad y dignidad de la mujer corra peligro por el hecho del embarazo. Finalmente, la Corte consideró que el derecho fundamental al aborto fue vulnerado en este caso específico, por dos razones: (i) por la formulación de la objeción de conciencia por parte de un juez de la República, y (ii) por la exigencia por parte del médico designado para la realización del aborto de una orden judicial que lo autorizara a hacerlo, imponiendo un requisito extraño a lo exigido en la sentencia C-355 de 2006. En virtud de lo anterior, se confirmó la sentencia del ad quem que había concedido el amparo. [T-388 de 2009] En cuanto al establecimiento de protocolos de diagnóstico como obligación de los prestadores del sistema de salud, la Corte estimó que "del derecho al acceso a los servicios de la IVE surge la correlativa obligación de garantizarlo, lo que, en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud de la madre, incluye el deber de las EPS e IPS de contar con protocolos de diagnóstico rápido en aquellos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o la mujer gestante alega estar incursa en ella, precisamente con el fin de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tales protocolos deben se integrales, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE". [T-585 de 2010]. En esta providencia se reiteró la regla según la cual las exigencias adicionales a las dispuestas en la sentencia C-355 de 2006 implicaban la vulneración de los derechos de la mujer; específicamente, exigir una providencia judicial que ordenara la realización del aborto desconocía la jurisprudencia de la Corte en la materia. Adicionalmente, señaló la Corte en este pronunciamiento que no existe una limitación en el ordenamiento frente a la edad gestacional límite para la realización del aborto, y que

cualquier decisión en tal sentido quedaba atada al concepto médico, que debía atender las circunstancias y especificidades de cada caso estudiado. [T-636 de 2011]. En el caso concreto analizado, determinó que la actitud omisiva de la EPS demandada generó la vulneración del derecho fundamental al aborto invocado por la menor debido a que: (i) la EPS demandada tardó más de 16 días para dar respuesta a la solicitud de la niña, y sólo programó la atención un mes después, ante solicitud de la madre de la menor. El término tan prolongado para atender la solicitud representa una vulneración del derecho de la mujer al aborto; (ii) se impusieron barreras de acceso al aborto, puesto que se exigieron tardíamente la historia clínica de la menor y la convalidación de los conceptos ante médicos adscritos a la EPS. Estas exigencias podrían resultar válidas, pero la demora en tramitarlas implicó una afectación del derecho al aborto, más grave si se tiene en cuenta que existían ya dos conceptos médicos a favor de la realización del aborto solicitado; (iii) si bien se realizó una junta maternofetal para evaluar la situación médica de la menor, esta se hizo más de mes y medio después de la solicitud, cuando ya no resultaba conducente para el manejo del caso. Con base en lo anterior, la Corte procedió a ordenar la atención médica integral, teniendo en cuenta que se produjo en nacimiento del bebé, y condenó a la entidad prestadora de salud por los perjuicios que se le ocasionaron a la menor. [T-841 de 2011]. La mujer alegó que se encontraban configurada dos causales de atipicidad de las delineadas en la sentencia C-355 de 2006, la relativa al peligro para su vida y su salud y la inviabilidad del feto; la acción de tutela se presentó cuando la accionante tenía 29 semanas de gestación, y el procedimiento se realizó en la semana 31 de gestación. En consecuencia, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado. . [T-959 de 2011]. En esta providencia se reiteró la línea jurisprudencial antes reseñada, en especial los contenidos de la sentencia C-355 de 2006, T-388 de 2009 y T-585 de 2010. Dentro de lo más relevante para el caso sub judice, de esta providencia destaca la configuración de un derecho a la información en materia reproductiva, y la reiteración la naturaleza del derecho al aborto como fundamental, en los casos delimitados en la sentencia C-355 de 2006. [T-627 de 2012]. Durante el trámite de revisión se verificó la carencial actual de objeto, dada la imposibilidad de la madre de acceder a los servicios de salud en oportunidad, recordando las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2009 y T-585 de 2010. En consecuencia, la Sala Tercera encontró que se ha exigido que este tipo de solicitudes "deben ser resueltas con la mayor prontitud y celeridad posibles, dada la naturaleza y complejidades propias que plantea de este asunto" y estimó que cinco días resultaban, en principio, un plazo razonable para hacerlo; determinó también que, para dar respuesta eficiente a las solicitudes para la realización del aborto, era importante considerar la edad gestacional, pues entre más avanzado el embarazo, más pronto debería atenderse la solicitud de la mujer, teniendo en cuanta que "cada día que pasa en el desarrollo del embarazo hace más riesgosa y compleja su interrupción". Por lo demás, recordó la Corte que la sentencia C-355 de 2006 no definió un criterio temporal para la realización del procedimiento, y conceptuó que "este es un asunto que debe ser fijado por el legislador al momento de dictar las reglas a las que se sujeta este

> *tema"; y reiteró lo dispuesto en la jurisprudencia en el sentido de que se debe dejar al criterio científico de los médicos o profesionales tratantes y al consentimiento de la madre, los potenciales efectos de la práctica del aborto en la etapa gestacional que se encuentre la madre. [T-532 de 2014]".*

Solución del caso concreto:

Dado que la EPS SauldCoop no se pronunció durante el trámite del caso, se entienden probados los hechos de la tutela.

> *"Es necesario destacar que SaludCoop EPS se abstuvo de contestar la tutela y guardó silencio durante el trámite, circunstancia que activa la presunción de veracidad dispuesta en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, en lo referente a ella. Por lo anterior, se destaca en esta sentencia que los hechos que se presentan reflejan lo probado en el proceso, sea vía medio de prueba, o bien por aplicación de la presunción de veracidad antes aludida".*

El derecho fundamental a la IVE NO se limita a la realización del procedimiento médico, sino que también supone componentes básicos de información, accesibilidad y disponibilidad en los servicios por parte de las EPS.

> *"Lo anterior, por cuanto, como ha quedado claro de la reiteración de jurisprudencia, el derecho fundamental a la IVE no se reduce a la realización de un procedimiento médico, sino que también supone componentes básicos de información, accesibilidad y disponibilidad, que tienen que ver directamente con la oferta de los servicios por parte de los agentes del sistema de salud. En este sentido, procederá la Sala a analizar el caso concreto frente a dichos componentes, teniendo en cuenta las circunstancias relacionadas con la atención médica y administrativa de la solicitud del procedimiento por parte de la accionante".*

Configuración y titularidad del derecho fundamental a la IVE por parte de la accionante – causal malformación:

En el presente caso se evidenciaron dos posibles causales: (i) malformaciones fetales inviables con la vida; y (ii) peligro a la salud mental.

La causal malformación tiene dos requisitos: (i) la existencia de una malformación; y (ii) la calificación de la misma como incompatible con la vida extrauterina. Lo anterior requiere certificación de un médico, que tome en cuenta esta doble valoración científica, y la posterior voluntad de la mujer.

En el presente caso no se cumplió con el segundo parámetro (inviabilidad de la vida) y ningún certificado así lo expuso. Por lo que esta causal [malformación incompatible con la vida] en realidad no se configuró.

> *"Como quedó expuesto en el recuento de los hechos de la presente tutela, en el caso concreto se alegaron dos de las causales contempladas en la sentencia C-355 de 2006: (i) la existencia de malformaciones del feto que harían inviable su vida, y (ii) el peligro para la salud mental de la madre. (...) 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 la misma. En este sentido, la sola verificación de la existencia de una malformación no es suficiente para la activación de la causal de atipicidad de la sentencia C-355 de 2006, y tampoco lo es la mera expresión de la voluntad de la mujer para terminar su embarazo, 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. En el caso sub judice, la certificación médica a la que se refieren las sentencias C-355 de 2006, T-209 de 2008, T-388 de 2009 y T-585 de 2010, nunca se expidió, pues 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. Por lo anterior, no resultaba posible ni para la EPS SaludCoop, ni para los jueces de instancia, dar por cumplido el requisito de la certificación médica, para activar el derecho fundamental a la IVE bajo la causal de grave malformación del feto que haga inviable su vida".*

Configuración y titularidad del derecho fundamental a la IVE por parte de la accionante – causal peligro para la salud mental:

La Corte ha sido clara en reiterar que la salud incluye aspectos mentales o psicológicos de la mujer.

La procedencia de la IVE cuando existe peligro para la vida o salud física y mental de la gestante, requiere de un concepto médico que certifique el peligro para su salud mental.

En el presente caso se cumplió con el requisito del certificado, por lo que surgió la titularidad el derecho a la IVE.

> *Desde un principio, la jurisprudencia incluyó dentro del concepto de vida y salud algo más que lo material, físico o biológico, pues la Corte consideró que "el derecho a la salud es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física". 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". 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. (...) En este sentido, encuentra la Sala que se cumplió el requisito para la configuración de la causal de peligro para la salud y la vida de la madre, invocada por la accionante, y por lo mismo, surgió el derecho fundamental invocado y cuya protección se solicitó mediante de la acción de tutela que se analiza".*

Sobre la coexistencia de causales:

Aunque en el caso en concreto no se configuró la causal malformación y, con esto, la coexistencia de causales, la Corte precisa que ante la coexistencia de dos o más causales, es necesario que el operador o el prestador del servicio de salud aplique aquella que resulte más favorable y oportuna para la mujer.

> *"No obstante en el presente caso, no se configuraron los requisitos para demostrar la causal referente a la inviabilidad del feto, la Sala considera de relevancia mencionar que en aquellos casos en los que se evidencie una coexistencia de causales, los operadores o prestadores del servicio de salud, no podrán imponer exigencias no previstas o dilaciones para proteger el derecho fundamental a la IVE. Así mismo, cuando una mujer desea interrumpir su embarazo, los operadores o prestadores del servicio de salud tienen la obligación de identificar si su situación se enmarca en alguna de las causales contempladas en la sentencia C-355 de 2006, y en el evento en el que se evidencie la coexistencia de dos o más causales, deberá proceder a dar aplicación a aquella que exija menos requisitos y/o que suponga menos cargas para las mujeres. Esto es, ante la coexistencia de dos o más causales, es necesario que el operador o el prestador del servicio de salud aplique aquella que resulte más favorable y oportuna para la mujer".*

Información, disponibilidad y accesibilidad del aborto en el sistema de salud:

El Hospital de San José no incumplió en este sentido, por cuanto atendió de manera oportuna la solicitud, brindó la información, le brindó el diagnóstico adecuado, expuso las razones científicas para no realizar el aborto y transfirió a la mujer con su EPS.

La EPS si vulneró el derecho fundamental a la IVE por cuanto: (i) demoró la atención y el diagnóstico oportuno y adecuado que determina la procedencia de la IVE; (ii) esto, aunado a la falta de protocolos integrales, obligó a Rosa a reiniciar el proceso de solicitud de IVE varias veces; (iii) no dispuso de red de prestadores para prestar el servicio de IVE; y (iv) no cumplió con el deber de identificar de antemano su red de prestadores, violando la obligación de disponibilidad.

Se reitera la obligación de las EPS de contar en su red con prestadores capacitados para la realización del aborto en cualquiera de las etapas del embarazo.

*"Hasta aquí, la Sala considera que el Hospital cumplió con la carga que le imponía el componente de **accesibilidad e información**, al: (i) atender oportuna y adecuadamente la solicitud de aborto por parte de la accionante; (ii) brindar a la solicitante los caminos de la evaluación física, de salud mental y de trabajo social para verificar la intención expresada por la mujer embarazada para la realización del procedimiento; (iii) al exponer de manera razonada las causas científicas para no realizar el procedimiento, destacando la incapacidad técnica del Hospital para realizar el procedimiento que requería la señora Rosa dado lo avanzado de su gestación; (iv) no haber discriminado a la demandante por razón de su solicitud de aborto, brindándole lo necesario para el diagnóstico adecuado; y (iv) al transferir la solicitud de aborto de la accionante a la EPS SaludCoop, para que esta entidad la atendiera a través de otros prestadores de su red que si estuvieran capacitados para realizar dicho procedimiento. (...)Frente a la disponibilidad de prestadores del servicio de salud, es necesario recordar que desde la sentencia C-355 de 2006 se estableció para las EPS la obligación de contar en su red con prestadores capacitados para la realización del aborto en las condiciones delineadas en la jurisprudencia, y que la sentencia T-209 de 2008 fue clara en señalar que las EPS "deben tener de antemano claro, y definida la lista correspondiente, que profesionales de la salud y en que IPS se encuentran, están habilitados para practicar el procedimiento de IVE, a fin de que el transcurso del tiempo no haga ineficaces los derechos fundamentales de las mujeres". Así mismo, hay que reiterar que la jurisprudencia en vigor no impone límites a la edad gestacional para la realización del procedimiento de aborto, siendo esta una circunstancia que deben prever las EPS, y por lo mismo, es su deber contar en su red con prestadores capacitados para la realización del procedimiento en cualquiera de las etapas del embarazo. (...) Como resultado de lo anterior, considera la Sala que la EPS SaludCoop vulneró en este caso el derecho fundamental a la IVE de la accionante, en tanto no atendió los componentes de información, accesibilidad y disponibilidad, que han sido perfilados por esta Corte en su jurisprudencia de tutela y en la sentencia C-355 de 2006".*

La EPS vulneró las obligaciones de información, accesibilidad y disponibilidad (obligaciones de respeto y garantía del derecho a la IVE).

Por lo anterior, se condenó en abstracto a EPS por negar de manera arbitraria el procedimiento de IVE.

Para esto, se ordenó la constitución de una reserva razonable para el pago de la indemnización integral de perjuicios.

La EPS receptora, es decir, la que toma posesión de SaludCoop, deberá asumir la orden proferida y no puede negarse con base en el argumento que no fue parte durante el proceso.

> *"De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que resulta procedente la condena en abstracto, siendo responsable de la indemnización a la que haya lugar la EPS SaludCoop. No corresponde en este caso declarar la solidaridad con otros prestadores involucrados en el caso, esto es con el Hospital San José, puesto que como se evidenció anteriormente, fue únicamente la EPS SaludCoop y los profesionales de la salud adscritos a dicha entidad, quienes con sus omisiones desconocieron de manera arbitraria los mínimos definidos por la jurisprudencia, necesarios para la eficacia del derecho fundamental a la IVE en el caso concreto. (...) Con miras a garantizar el pago de la obligación derivada de la condena en abstracto que prevé la jurisprudencia en casos como el presente, resulta necesario ordenar al Agente Especial Liquidador a cargo del proceso, la constitución de una "reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían" a la indemnización de los perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental al aborto, como mecanismo para asegurar el reconocimiento y pago del monto tasado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, luego del trámite incidental que deberá surtirse dentro de los seis meses siguientes al fallo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. (...) En el caso concreto se verifica que las medidas antes citadas fueron dispuestas por el a quo mediante sentencia del 31 de agosto de 2015, es decir, antes de la toma de posesión de SaludCoop EPS. En virtud de lo anterior, las mismas constituyen "una orden previa para la prestación de servicios (POS o no POS), por ejemplo decretada por un juez de tutela", que la EPS receptora de la madre y del niño ya nacido, debe asumir, y dicha EPS receptora "no puede justificar su negativa a suministrar el servicio, con base en el argumento de que al no haber sido parte en el proceso de tutela, tal imposición vulnera su derecho al debido proceso".*

La EPS deberá brindar y garantizar los servicios de salud para *Rosa* y su hijo, con base en el principio de unidad de continuidad en materia de atención en salud.

"Igualmente, esta Sala considera importante destacar que la interpretación del alcance de la orden segunda, antes citada, comprende no solamente la atención inicial del niño, sino que ha de aplicarse a su situación el principio de continuidad en materia de atención en salud. Así, la atención en salud derivada de su situación al momento del nacimiento deberá ser atendida por la EPS a la que se encuentre afiliado el niño ya nacido, en cumplimiento de la presente sentencia de revisión de tutela".

En aplicación de las sub-reglas analizadas, la Sala observó:

a. El nacimiento da lugar a la declaratoria de carencia actual de objeto. El nacimiento no puede ser calificado como el acaecimiento del daño. [También en T-532/14].
b. Aun cuando hay carencia actual de objeto, la Corte se puede pronunciar para si considera que hay observaciones del caso, para manifestar su posición frente a los fallos de instancia, así como para advertir sobre la no repetición de los hechos que vulneradores de derechos.
c. La jurisprudencia de la Corte ha analizado los alcances del derecho a la IVE, brindando lineamientos suficientes para orientar la garantía del mismo.
d. Los prestadores de salud deben atender de manera pronta y oportuna las solicitudes de IVE, en especial, en los casos que la mujer se encuentre en un estado avanzado de embarazo. Así mismo, los operadores deben abstenerse de interponer barreras que dilaten los tiempos.
e. Al no existir límite a la edad gestacional, la IVE es exigible incluso en etapas avanzadas de embarazo. Sin embargo, en estas circunstancias el criterio médico es relevante, así como el consentimiento informado de la mujer. Esto supone la obligación de disponibilidad de prestadores capaces de atender estas eventualidades.
f. Cuando coexista más de una causal, el prestador deberá aplicar la que resulte más favorable y oportuna para la mujer.
g. El derecho a la IVE no se agota con la realización del procedimiento, sino que implica tres componentes imprescindibles: (i) información sobre el derecho; (ii) accesibilidad a servicios médicos, psicológicos, trabajo social (atención integral); y (iii) disponibilidad del servicio. Esto es:

- INFORMACIÓN
- ACCESIBILIDAD
- DISPONIBILIDAD.

h. Si el desconocimiento de los anteriores componentes se da por negligencia de la EPS, se debe examinar si es procedente la indemnización por abstracto, contenida en el artículo 25 del D. 2592 de 1991.
i. La EPS desconoció los componentes de información, accesibilidad y disponibilidad del derecho fundamental a la IVE, por lo que, en aplicación del precedente [T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-841 de 2011], se condena en abstracto a la EPS al pago de perjuicios. La EPS puede repetir contra los funcionarios involucrados en el actuar negligente.

j. Teniendo en cuenta que SaludCoop se encontraba en estado de liquidación, se ordenó constituir una reserva razonable con las sumas correspondientes para el pago de indemnización de perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental a la IVE.

"Como resultado de la aplicación de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta sentencia, observa la Sala lo siguiente: (a) En tratándose de acciones de tutela que busquen la protección del derecho fundamental a la IVE identificado por la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia C-355 de 2006, el nacimiento de la criatura conlleva la declaratoria de carencia actual de objeto frente a la protección solicitada y la denegación del amparo por esta causa. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte y atendiendo el derecho a la dignidad del menor ya nacido, se reitera que "el alumbramiento de una criatura, así sea en circunstancias adversas o indeseadas, no puede ser calificada, bajo ningún supuesto, como el acaecimiento de un daño". (b) No obstante lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte (ver supra. Sección II.D) señaló que si bien opera la carencia actual de objeto, la Corte puede mantener la potestad de pronunciarse en el caso concreto si considera que se deben incluir observaciones a los hechos del caso, manifestar su disconformidad con los fallos de instancia, advertir la inconveniencia de repetición, o revocar o confirmar los fallos de instancia si así lo considera. Con base en lo anteriormente expuesto, en la medida en que la vulneración del derecho fundamental a la IVE por parte de la EPS SaludCoop es manifiesta, se hace necesario proceder a confirmar parcialmente las decisiones de instancia, y realizar algunas advertencias adicionales a la entidad prestadora de servicios de salud que debe dar estricto cumplimiento a los tratamientos que sean requeridos.(c) Sin perjuicio de las regulaciones de rango legal o reglamentario que se produzcan frente al procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo por parte de las autoridades competentes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido al alcance del derecho fundamental a la IVE en las circunstancias descritas en la sentencia C-355 de 2006, brindando tanto a sus titulares como a las entidades y personas involucradas en su atención, lineamientos suficientes para acomodar su actuar de manera que este derecho goce de verdadera eficacia. Los parámetros jurisprudenciales permiten entonces, en sí mismos, guiar la atención, e identificar si la misma ha sido adecuada. (d) Dentro de estos parámetros, se destaca que los operadores o prestadores del servicio de salud tienen la obligación de dar un trámite ágil a solicitudes de procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en especial, en casos en los que el embarazo se encuentre en una etapa de gestación avanzada. En estos casos, el diagnóstico oportuno de las condiciones de la mujer y el nasciturus y de la viabilidad del procedimiento por parte de los profesionales de la salud, deberá realizarse en el menor tiempo posible. En el mismo sentido, ha identificado la jurisprudencia de la Corte que los operadores o prestadores del servicio de salud, deben abstenerse de imponer obstáculos o barreras a la práctica del derecho fundamental a la IVE, incluyendo pero sin limitarse, la realización de juntas médicas que dilaten tiempos,

requerir consentimiento de los padres, requerir órdenes adicionales de jueces, alegar objeción de conciencia colectiva, entre otros. (e) En el momento no existe limitación de carácter temporal para la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo en las causales dispuestas en la sentencia C-355 de 2006, siendo exigible incluso en etapas avanzadas del embarazo. En estas circunstancias, el criterio médico es relevante para la determinación de la procedencia de la realización del procedimiento, en especial frente al peligro que para la mujer puede representar la realización del procedimiento, y el conocimiento informado por parte de la madre de dicho peligro. En cualquier caso, las EPS deben estar preparadas para atender solicitudes de aborto que se encuadren en las situaciones identificadas en la sentencia C-355 de 2006, que tengan que ver con embarazos en etapas avanzadas. Esto supone la disponibilidad en sus redes de prestadores que estén en capacidad de atender esta eventualidad, y por supuesto, la identificación previa de los mismos, para de ser conducente, realizar el procedimiento en el menor tiempo posible.(f) Siempre que los operadores o los prestadores del servicio de salud, verifiquen la coexistencia de dos o más causales de las establecidas en la sentencia C-355 de 2006, es necesario que el operador o el prestador del servicio de salud aplique aquella que resulte más favorable y oportuna para la mujer[2]. (g) Así mismo, se debe destacar que el derecho fundamental a la IVE identificado por la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia C-355 de 2006 no se agota en la realización de un procedimiento médico; este derecho tiene también componentes referidos a: (i) la información adecuada sobre el derecho para la mujer; (ii) la accesibilidad a los servicios médicos, psicológicos y de trabajo social, entre otros, necesarios para la realización del mismo; y (iii) la disponibilidad de los servicios en caso de configurarse las causales establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006. En caso de encontrarse que los componentes de información, accesibilidad y disponibilidad del derecho han sido desconocidos, procede la declaración del daño consumado respecto de los mismos. (h) En caso de identificarse que la causa de la imposibilidad para la realización del procedimiento a la interrupción voluntaria del embarazo es atribuible al actuar negligente y arbitrario de las EPS, prestadores o médicos involucrados en la atención de la mujer que solicita la realización de dicho procedimiento en las causales delimitadas por la sentencia C-355 de 2006, habrá de analizarse si se reúnen las condiciones de aplicación del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que se refiere a las indemnizaciones en abstracto que puede ordenar el juez de tutela. En caso de que se acrediten las condiciones del referido artículo, resulta procedente ordenar la indemnización en abstracto de los daños causados por la vulneración del derecho fundamental a la IVE. (i) Como se mencionó, en el caso concreto se encontró que el actuar negligente y arbitrario de la

2. Ver, en este sentido, decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –Comité de la CEDAW, Dictamen Caso LC vs. Perú, 27 de octubre de 2011.

EPS SaludCoop causó un daño consumado frente a los componentes de información, accesibilidad y disponibilidad del derecho fundamental a la IVE, por lo que, en aplicación del precedente decantado de las decisiones de las Salas de Revisión de la Corte (ver sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-841 de 2011), considera la Corte pertinente condenar en abstracto a SaludCoop, con el fin de reparar los perjuicios derivados de un actuar culposo que generó la vulneración del derecho fundamental a la IVE. Esta orden no excluye la posibilidad de que la EPS condenada, a través de las acciones ordinarias correspondientes, repita contra los funcionarios involucrados en las omisiones antes identificadas. (j) Teniendo en cuenta el estado de liquidación en el que se encuentra la EPS SaludCoop, la Sala ordenará al Agente Especial Liquidador a cargo del proceso a constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían a la indemnización de los perjuicios derivados de la vulneración al derecho fundamental a la IVE. Así mismo, advierte la Corte que la prestación del servicio de salud, tanto a la accionante como a su hijo nacido, debe ser continua, y no puede excusarse la EPS obligada a la prestación del servicio, con base en el argumento de no haber sido parte en el proceso de tutela".

Jurisprudencia citada

Reiteración de jurisprudencia en IVE: Sentencias C-355 de 2006, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-636 de 2011, T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-959 de 2011, T-627 de 2012 y T-532 de 2014, T-171 de 2007.

Intimidad de las mujeres que acuden a la tutela en IVE: Sentencias T-988 de 2007, T-946 de 2008, T-841 de 2011, T-532 de 2014.

Protección del derecho a la IVE por vía de tutela: T-585 de 2010.

Procedencia de indemnización en abstracto a cargo de los responsables de la vulneración: Sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-841 de 2011.

Carencia actual de objeto (en general): Sentencias T-267 de 2008, T-576 de 2008, T-091 de 2009, T-927 de 2013 y T-098 de 2016, T-612 de 2009, T- 442 de 2006, T-486 de 2008, T-1004 de 2008, T-506 de 2010 y T-021 de 2014, entre muchas otras.

Carencia actual de objeto (en IVE): Sentencias T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-636 de 2011, T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-959 de 2011, T-532 de 2014.

Derecho fundamental a la salud: Sentencias T-134 de 2002, T-544 de 2002, T-361 de 2014, T-131 de 2015, T-1030 de 2010, T-576 de 2008, T-760 de 2008.

Otras normas relevantes citadas

Carencia actual de objeto: Artículo 26 del Decreto 2591 de 1991.

Derecho a la salud: Artículos 48, 49 y 365 de la CP. Artículo 2 de la Ley 100 de 1993. Artículo 2 de la Ley 1751 de 2015.

Coexistencia de causales: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer –Comité de la CEDAW, Dictamen Caso LC vs. Perú, 27 de octubre de 2011.

Fallo

PRIMERO.- DECLARAR la carencia actual de objeto de conformidad con los términos explicados en la parte considerativa de esta sentencia, en la acción de tutela interpuesta por Rosa contra SaludCoop EPS.

SEGUNDO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE por las razones y en los términos expuestos en esta sentencia, los fallos del Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, del 30 de noviembre de 2015, y del Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá 31 de agosto de 2015, que denegaron la tutela solicitada por la señora Rosa.

TERCERO.- CONDENAR en abstracto a SaludCoop E.P.S., a pagar y reparar integralmente todos los perjuicios causados a la accionante, la señora Rosa, por la violación del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto al que tenía derecho por reunir las condiciones exigidas en la sentencia C-355 de 2006. Se dará en consecuencia aplicación al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, disponiéndose la reparación integral de los perjuicios sufridos por la accionante, en especial, el daño ocasionado a su salud mental.

La liquidación de los perjuicios se hará por el juez administrativo de Bogotá -reparto, por trámite incidental que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido en el término de los tres (3) meses siguientes, para lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copia la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva.

Una vez proferida la sentencia condenatoria en concreto, SaludCoop E.P.S. y el Agente liquidador de dicha entidad deberán dar cumplimiento inmediato a lo dispuesto en esta providencia dentro del término que antecede a la fecha de la terminación del proceso de liquidación de la entidad. Una vez finalizado el término concedido, deberán informar al juez de primera instancia de esta acción de tutela, si ha dado cumplimiento efectivo a la condena en abstracto dispuesta en esta providencia.

Para asegurar el pago de la suma tasada por el juez administrativo, el Agente Especial Liquidador a cargo del proceso de liquidación de SaludCoop E.P.S. constituirá una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían a la indemnización de los perjuicios derivados de la vulneración del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto. Esta *reserva deberá hacerse respetando la prelación que le correspondería* a la respectiva acreencia, y su pago deberá realizarse de inmediato una vez proferida la sentencia condenatoria, de forma preferente frente a los demás reclamantes de la misma clase en el proceso de liquidación de dicha entidad.

CUARTO.- CONFIRMAR las órdenes vigentes dictadas por el juez de primera instancia en la presente actuación, entendiendo que las referidas al nasciturus, comprenden en la actualidad al menor ya nacido. Las órdenes que se confirman son las siguientes:

"*Segundo. Se ordena a la accionada SALUDCOOP E.P.S., que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y efectúe el tratamiento médico quirúrgico que requiere el que está por nacer, esto es, que haga un estudio interdisciplinario, conformado por todos los médicos especialistas que se requieran, sean nacionales o internacionales, para que determinen la posibilidad de intervenir quirúrgicamente intra útero o inmediatamente luego de nacido, al menor de las anomalías que padece.* ***Para lo cual se debe autorizar el cubrimiento total del tratamiento integral, procedimientos, cirugías, medicamentos, transporte, pañales y/o alimentos necesarios para el manejo de la enfermedad que padece, además del acompañamiento de personal especializado para cada una de los procesos mencionados anteriormente, a pesar de que éstos estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En la forma y términos indicada por su médico tratante.-***

Tercero. Se ordena, frente a la madre gestante a la accionada SALUDCOOP E.P.S., que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y efectúe el tratamiento médico sicológico o siquiátrico que requiere. ***Para lo cual se debe autorizar el cubrimiento total del tratamiento integral, procedimientos, cirugías y/o medicamentos necesarios para el manejo de la enfermedad que padece, a pesar de que éstos estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En la forma y términos indicada por su médico tratante -***

Cuarto. *Se ordena a la accionada* ***INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR****, que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, establezca un grupo interdisciplinario de profesionales en el campo de la medicina y con especial conocimiento de la adopción, para que den a conocer y orienten a la accionante en la posibilidad de dar en adopción al que estar por nacer, y le brinden el acompañamiento necesario que requiere la madre.*

Quinto: *Ordenar, frente a la madre gestante a la accionada SALUDCOOP E.P.S., que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, que en un término no superior a las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice y efectúe el tratamiento médico sicológico o siquiátrico que requiere.* ***Para lo cual se debe autorizar el cubrimiento total del tratamiento integral, procedimientos, cirugías y/o medicamentos necesarios para el manejo de la enfermedad que padece, a pesar de que éstos estén excluidos del Plan Obligatorio de Salud. En la forma y términos indicada por su médico tratante.-***

[…]

Séptimo. PREVENIR *a SALUDCOOP E.P.S. para que, en adelante, responda con la celeridad requerida a las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se le formulen, en los términos señalados en esta sentencia.*

Octavo. COMPULSAR *copias del presente expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en ejercicio de sus competencias, investigue las posibles faltas en las que pudo incurrir SALUDCOOP E.P.S."*

QUINTO.- ADVERTIR como parte de la protección al derecho fundamental a la salud de la accionante y el menor ya nacido, a la EPS SaludCoop en Liquidación y a quien haya asumido la prestación del servicio de salud por dicha entidad, que deben garantizar la eficiente, oportuna y continua prestación de los servicios de salud que sean ordenados por los médicos especialistas, a la accionante y a su hijo menor nacido. Al ser estos servicios parte de la reparación, no estarán limitados a los servicios incluidos en el POS, sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico.

SEXTO.- RECOMENDAR al juez de primera instancia (Juzgado 28 Civil Municipal de Bogotá) la vigilancia en el cumplimiento de lo establecido en este fallo.

SÉPTIMO.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Manifestó el Magistrado que el procedimiento de IVE debe estar sujeto a medidas legislativas por parte del Congreso de la República, que fijen un límite de edad gestacional para que sea posible interrumpir el embarazo. Así mismo, consideró que la Corte no debió condenar en abstracto a la EPS, por cuanto si bien es una facultad de la Corte, no era la única forma de reparar el daño, requisito exigido por el Decreto 2591. Según su consideración tampoco se cumplía con el requisito de (subsidiariedad; (ii) amenaza o violación evidente; (iii) defensa del demandado; y ((iv) precisión del perjuicio y la razón por la cual la indemnización es necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho.

¡ESTE CONCEPTO NO ES VINCULANTE!