FICHA JURISPRUDENCIAL

T-841 DE 2011

Introducción

Organismo:	Corte Constitucional
Demandante:	*Balder*[1], en representación de su hija menor de edad *AA*.
Derechos fundamentales en los que se sustenta la acción:	Derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de la menor de edad *AA*.
Demandado:	BB Empresa Promotora de Salud - E.P.S[2].
Terceros intervinientes enunciados:	**Instituciones que se pronunciaron:** La Secretaría de Salud de QQ, la Personería de QQ, la Secretaría de RR de QQ y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. **Organizaciones que intervinieron:** La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres.
Temas de / asunto:	Derecho fundamental a la IVE como derecho reproductivo. Derecho fundamental a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Reserva de identidad de las mujeres que solicita el derecho fundamental a la IVE. Alcance de la causal riesgo para la vida o la salud de mujer. Derecho al diagnóstico. IVE en menores de 14 años. Plazo para la IVE. Certificado médico.
Referencia bibliográfica:	Corte Constitucional. Sentencia T-841 de 2011. Expediente: T-3.130.813. Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil once (2011). Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Hechos relevantes

01. *AA*, de 12 años, perteneciente al estrato1, beneficiaria del régimen contributivo de la EPS BB, estaba en embarazo producto de una relación sexual consentida con su novio menor de edad, de 16 años.

1. Seudónimo asignado por la Sala de Selección número 7 en el auto de dieciocho (18) de julio de 2011, al seleccionar el expediente de la referencia para ser objeto de revisión por esta Corte. La Sala ha decidido no mencionar ningún dato que conduzca a la identificación de la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, restringir el acceso al expediente a las partes del proceso y ordenar que tanto éstas como el juez de instancia y la Secretaría de esta Corte, guarden estricta reserva respecto de la identidad de la misma.
2. Seudónimo asignado por la Sala de Selección.

02. En marzo de 2011, contando con 14 semanas de gestación, *AA* acudió a una IPS para confirmar el embarazo y solicitar información sobre la IVE.

03. Tras la valoración médica, se expidió certificado de riesgo para la salud como consecuencia de la continuación del embarazo. Concretamente, el médico señalo que estaba en riesgo su salud emocional, pues observó "*frustración y depresión", así como su salud física, por peligro de "complicaciones obstétricas*".

04. Después de esta primera valoración, *AA* realizó un intento de suicidio, "*ingiriendo pastillas de las cuales dice no recordar el nombre*".

05. En abril de 2011, *AA* acudió nuevamente a la IPS acompañada por su madre, y solicitó nuevamente el servicio de IVE por la causal de peligro para la salud.

06. Cuando contaba con 15 semanas de gestación, *AA* fue valorada por un médico psiquiatra, –no vinculado con la EPS BB-, el cual diagnosticó una "*reacción depresivo – ansiosa*" al embarazo no deseado, y determinó que la "*continuidad del mismo afecta su salud mental*".

07. Cuando contaba con 18 semanas de gestación, una gineco–obstetra, adscrita a la IPS, certificó que la continuación del embarazo de *AA* "*representa un riesgo para su salud tanto física como mental y social". Indicó que "presenta síntomas depresivos y angustia severa, y enfrenta los múltiples riesgos que significa continuar su embarazo y asumir la maternidad a su edad*".

08. Ese mismo día, 25 de abril de 2011, *AA* solicitó por escrito a la EPS BB la práctica inmediata de la IVE "*por constituir peligro para mi salud*", adjuntando las dos (2) certificaciones médicas más recientes.

09. El caso fue acompañado por La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres desde mayo de 2011.

10. El 2 de mayo de 2011, la madre de AA se comunicó telefónicamente con la EPS BB para solicitar información sobre la petición de IVE, a lo que la EPS contestó que "***la petición había sido negada y que no le iban a realizar ningún procedimiento pues los certificados al ser expedidos por un médico fuera de su red no eran válidos y que dada la edad gestacional una terminación del embarazo ponía en riesgo la vida de su hija***". La actora solicitó respuesta por escrito y le dijeron que "*no podían entregar respuesta porque* ***dicho trámite se demoraba 15 días*** [pues a partir de ese momento empezaban a correr los términos de un derecho de petición] *y aún estaban estudiando el caso*". (Se resalta).

11. Por lo anterior, la madre de AA interpuso una nueva solicitud escrita en la que daba cuenta de la interposición de barreras y dilación injustificada por parte de la EPS. **Dos semanas más tarde, no habían respondido por escrito ni habían practicado la IVE**.

12. Así mismo, el caso se puso en conocimiento de la Secretaría de Salud.

13. En ese mismo mes, *AA* asistió a una IPS por fuertes dolores de estómago, donde le dijeron respecto a la IVE que "***ellos no se comprometían a hacerle nada porque era peligroso y que mejor esperara la respuesta escrita de la EPS***". (Se resalta).

14. La madre de *AA* interpuso acción de tutela y exigió la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de su hija menor de edad.

15. Única instancia: EL Juzgado PP requirió a la Secretaría de Salud de QQ, la Personería de QQ, la Secretaría de RR de QQ y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, durante el trámite de la tutela. Estas señalaron que AA fue valorada por profesionales en ginecología, psicología, trabajo social y psiquiatría, y que, así mismo, el caso había sido analizado por una junta médica maternofetal. Señaló que en ninguna de estas consultas hubo respuesta a la petición de la IVE, y que todos manifestaron evasivamente la peligrosidad del procedimiento, la necesidad de valoraciones especializadas.

16. El Juez de única instancia decidió negar el amparo al considerar que las afectaciones "***no se encuentran certificadas por un médico adscrito a la EPS*** *en la que se encuentra vinculada la menor,* ***tampoco está avalado el concepto emitido*** *por el galeno de la entidad CC; otrora, y de igual manera según las pruebas aportadas al plenario, se advierte que* ***la interrupción terapéutica del embarazo puede realizarse sin riesgo para la vida de la madre y el feto en las primeras 8 semanas de gestación*** *y a la fecha la menor AA cuenta aproximadamente con 21 semanas de gestación, situación que sin duda pondría en peligro la vida de la menor y del feto*". (Se resalta).

17. Con 24 semanas de gestación, la EPS BB informó telefónicamente que los médicos habían decidido no realizar la IVE, pues consideraban que la vida de *AA* no se encontraba en grave peligro y que la edad gestacional estaba demasiado avanzada.

18. En octubre de 2011, La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres informó que tras la interposición de todo tipo de barreras, ***AA había tenido el parto el 20 de septiembre***, por lo que solicitó que se iniciaran las investigaciones pertinentes tendientes a establecer la responsabilidad de las entidades demandadas, así como adoptar las acciones para el restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados de *AA*.

19. El caso fue seleccionado por la Constitucional para su revisión.

Problemas jurídicos

¿Vulneró a E.P.S. BB el derecho fundamental a la IVE de la niña AA al no responder y no acceder a su petición de IVE a pesar de que, a juicio de la peticionaria, está incursa en una de las hipótesis en que ésta no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 –peligro la salud física o mental de la gestante-?

Consideraciones

Argumentos o reglas - Citas

El Derecho fundamental a la intimidad significa que lo íntimo no puede ser divulgado ni publicado. La decisión sobre continuar o no con el embarazo hace parte de lo íntimo y privado, pues se trata de una decisión que sólo afecta a quien la toma, es decir, a la mujer.

Aquello que pertenece a lo íntimo, como la decisión sobre si optar por la IVE, permite desarrollar la personalidad, por lo que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad también se involucra en este ámbito.

En consecuencia, se debe garantizar la reserva de identidad de las mujeres que solicitan acceder a la IVE por medio de la acción de tutela. Por esto, el juez deberá: (i) Reservar en la sentencia datos que conduzcan a la identificación de los actores; y (ii) Restringir acceso al expediente a las partes del proceso.

> *"En virtud del derecho a la intimidad personal las personas pueden exigir que la esfera de lo íntimo esté libre de interferencias arbitrarias externas o, lo que es lo mismo, "poder actuar libremente en la mencionada esfera". Así mismo, este derecho contiene la facultad de exigir que, salvo que medie la voluntad del titular, lo íntimo no sea divulgado o publicado y así "sustraerse de cualquier tipo de opinión pública al respecto". Para la Sala es claro que la decisión de una mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo –en las condiciones de la sentencia C-355 de 2006- pertenece a la esfera íntima o privada y, en consecuencia, no se trata de un asunto de interés público o general pues es una decisión que le afecta solamente a ella y por la cual la sociedad no se ve perjudicada. (...) Y una de las consecuencias que se deriva de ello es que, con independencia de la decisión que tome en el caso concreto, el juez de tutela al cual acude una mujer para exigir su derecho fundamental a la IVE debe siempre reservar su identidad. La Sala estima pertinente resaltar la necesidad de que, tal como lo han hecho las diferentes Salas de Revisión de esta Corte, los jueces de tutela en todo caso reserven la identidad de las mujeres -incluidas las niñas- que solicitan el amparo su derecho fundamental a la IVE, sin importar si el amparo es finalmente concedido o negado".*

La Corte Constitucional se puede pronunciar en casos de carencia actual de objeto, si lo considera relevante.

Carencia actual de objeto se da por (i) hecho superado: cuando se satisface la pretensión de la tutela; y (ii) daño consumado: cuando la amenaza o vulneración se ha producido y sólo procede el resarcimiento del daño.

Ante un daño consumado se debe declarar la improcedencia del análisis de fondo de la Corte, si el daño se consumó antes de la presentación de la acción de tutela. Esto por el carácter preventivo más no indemnizatorio de la acción de tutela. Pero si el daño ocurre durante el trámite de la tutela, si podría pronunciarse de fondo.

> *"La carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna.*
>
> *(...)*
>
> *La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido lo que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental".*

Derecho fundamental a la IVE como derecho reproductivo. A partir de la Sentencia C-355 de 2006 surgió un verdadero derecho a la IVE.

Un derecho consistente en decidir si procrear o abstenerse de hacerlo, el cual se activa en cabeza de las mujeres gestantes, cuando se encuentran en los tres eventos indicados en la sentencia C-355.

Con la sentencia C-355 de 2006 surgió un verdadero derecho fundamental a la IVE. Sin embargo, es desde la sentencia T-585 de 2010 que se comienza a hablar explícitamente del rango de derecho fundamental a la IVE.

Esta clasificación partió del análisis del contenido de los derechos reproductivos en la Constitución de 1991 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Estas normas son entendidas de conformidad con la interpretación efectuada por la Corte y por los organismos internacionales competentes.

Por ejemplo, el artículo 42 de la Constitución que prescribe que "l*a pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos*" y el artículo 16, ordinal (e) de la CEDAW que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos.

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

(…)

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

Obligaciones correlativas en cabeza del Estado y particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

(i) Obligación de respeto: no interponer barreras

(ii) Obligación de garantía: desarrollar las actividades necesarias para la materialización del derecho.

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

Derecho fundamental a la IVE en su faceta de diagnóstico:

En virtud del derecho fundamental a la IVE, la mujer podrá exigir a su EPS, IPS o profesionales de la salud:

1. Valoración médica oportuna.

2. Expedición oportuna del certificado, el cual debe responder a los resultados de la valoración médica integral.

El derecho al diagnóstico hace parte integrante del derecho fundamental a la salud, y por supuesto, del derecho fundamental a la IVE.

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

Derecho al Diagnóstico: Rehusarse o demorar la realización del diagnóstico respecto de los síntomas que presenta la mujer, resulta violatorio del Derecho al Diagnóstico.

Lo anterior es una práctica prohibida que busca obstaculizar la garantía al acceso a los servicios de salud, y en este caso, al servicio a la IVE.

El diagnóstico debe ser oportuno[3] y debe hacer de manera completa[4] y con calidad[5].

3. Ver, Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-055 de 2009, T-274 de 2009, T-881 de 2008, T-083 de 2008 y T-324 de 2008, entre otras.
4. Ibídem.
5. Ver, Sentencias T-083 de 2008 y T-452 de 2010.

> *"**Esta Corte ha identificado como una las conductas violatorias del derecho al diagnóstico el que la E.P.S, I.P.S. o su personal médico rehúsen o demoren la realización de cualquier tipo de diagnóstico respecto de los síntomas que presenta el paciente y, en consecuencia, nieguen o retarden la prescripción de cualquier tipo de tratamiento**. Se ha hecho notar que, sin la orden médica respectiva, no se cumple el requisito jurisprudencial consistente en que para que se concedan servicios médicos por medio de la acción de tutela éstos deben estar respaldados en el concepto de un profesional de la salud pues el juez carece del conocimiento científico para determinar el tratamiento de las enfermedades. Así las cosas, en algunas ocasiones las entidades del sistema de salud o su personal médico niegan o retardan la emisión de un diagnóstico y de la respectiva prescripción del tratamiento con el objetivo de evitar ser sujetos pasivos de la acción de tutela y con ello obstaculizan en la práctica la garantía del acceso a los servicios y prestaciones en salud a los que tienen derecho las personas"*. (Se resalta).

Se vulnera el derecho fundamental a la IVE cuando las EPS exigen requisitos adicionales a los establecidos en la sentencia C-355 de 2006.

En este caso se incumplió con (i) la obligación de garantía al no emitir una respuesta oportuna a la solicitud de IVE, y (ii) la obligación de respeto al obstaculizar el ejercicio del derecho mediante la exigencia de requisitos adicionales.

Es una práctica prohibida:

(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 mujer gestante.

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

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

> *(...)*
>
> *"De otro lado, según la sentencia T-585 de 2010, para satisfacer la obligación de garantía de esta faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE, las entidades públicas y privadas que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.-* ***deben contar con protocolos de diagnóstico rápido en aquellos eventos en que los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure esta hipótesis o en los que la mujer gestante alega estar incursa en ella por los síntomas que presenta.*** *Tales protocolos deben ser integrales, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE".* (Se resalta).

<u>Casual riesgo para la salud</u>:

La mujer no está obligada 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*".

Esto, aun cuando el embarazo haya sido resultado de un acto consentido.

Ver artículo 6 del PIDCP, artículo 12.1 de la CEDAW, artículo 12 del PIDESCD.

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

Aplicación amplia e integral de la causal salud:

"El derecho a la salud supone su disfrute en el más alto nivel posible de salud física y mental y en todas sus dimensiones". Ver Artículo 12 del PIDESC.

Por esto, la valoración médica siempre debe incluir valoración del estado de salud mental de la gestante. Protocolos integrales. (Se recogen estándares de la sentencia T-585 de 2010).

El riesgo NO implica una incapacidad o enfermedad mental severa.

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

No está permitido descalificar conceptos de psicólogos, a quienes se les reconoce es status de profesionales de la salud. Ley 1090 de 2006.

> *"Específicamente en la hipótesis de afectación de la salud mental, en la sentencia T-388 de 2009 esta Sala subrayó que está terminantemente prohibido descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos pues la Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud".*

Carácter autónomo e independiente de las causales:

La sentencia C-355 de 2006 dejó claro que cada una de las hipótesis despenalizadas "tiene carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable" o viceversa.

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

Se reitera el término de los cinco (5) días para atender la solicitud de IVE como plazo razonable.

La brevedad de este plazo responde precisamente a la urgencia de la realización del procedimiento en aras de minimizar su complejidad y riesgos.

Así se haya suspendido el Decreto 4444 de 2006 que disponía explícitamente dicho término, desde 2006 se sabía que es deber dar respuesta a estas solicitudes en un breve lapso.

> *"Desde la expedición de la resolución 000495 de 2006 del Ministerio de Protección Social[6], se consideró que un plazo razonable para dar respuesta a la petición de IVE y llevarla a cabo –si ello es médicamente posible-* ***son cinco días****, término que es mucho menor a un mes e incluso más reducido que los quince (15) días estipulados en el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo para dar respuesta al derecho de petición. La brevedad de este plazo responde precisamente a la urgencia de la realización del procedimiento en aras de minimizar su complejidad y riesgos".* (Se resalta).

Pueden certificar médicos externos:

Las EPS no pueden negar el servicio de IVE por el simple hecho de tratarse de un certificado emitido por un médico no adscrito a dicha EPS. Solo podrá hacerlo si procede a refutar científicamente la prescripción con base en la condición médica particular. En decir, solo si se descalifica la certificación de acuerdo a suficientes razones científicas- Prueba científica.

6. Ver artículo 5.

En materia de IVE la refutación científica se debe hacer dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del certificado.

El derecho al diagnóstico implica:

(i) Valoración médica oportuna e integral sobre los peligros de la continuación del embarazo y que tenga en cuenta la salud mental;

(ii) Obligación de expedir oportunamente el certificado de los riesgos;

(iii) Prohibición de negar o dilatar las valoraciones y diagnósticos necesarios para establecer el riesgo;

(iv) Prohibición de negar o dilatar la emisión del certificado médico para impedir el acceso a la IVE o de expedir uno que no corresponda con la valoración realizada.

"Aproximadamente desde 2007, esta Corte ha indicado que, cuando el paciente ha recurrido a un médico externo, la E.P.S. no puede simplemente negar el servicio ordenado por el mismo, sino que debe proceder a refrendar o refutar científicamente la prescripción con base en la condición médica particular del paciente, en ausencia de lo cual el juez de tutela puede hacer cumplir las prescripciones médicas dadas por el médico particular . En la contestación de la tutela, la propia E.P.S. demandada acepta que negó la práctica de la IVE en razón a que los certificados médicos adjuntos a la petición de IVE no estaban suscritos por sus profesionales de salud, sin ofrecer prueba de que previamente los había refutado científicamente con base en la condición médica particular de la gestante, lo que autorizaba al juez de instancia a dar plena validez a tales certificaciones, según la línea jurisprudencia reseñada.

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

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

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

Ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal han fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE.

Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud.

Para los casos de edades gestaciones avanzadas se debe tener en cuenta:

1. **La causal que se invoca.**

2. **Los criterios médicos de acuerdo a las condiciones físicas y/o mentales de la mujer.**

3. **La voluntad de la mujer que debe estar soportada en un consentimiento informado.**

Debe haber una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma.

La IVE debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.

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

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

Jurisprudencia citada

Certificados emitidos por médicos no adscritos a la EPS: Sentencia T-760 de 2008 y T-1080 de 2007.

Interrupción Voluntaria del Embarazo: Sentencias C-355 de 2006, T-636 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009 y T-585 de 2010. (No citaron las sentencia T-171 de 2007, T- 009 de 2009)

Daño consumado en casos de IVE: Sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-585 de 2010, T-988 de 2007.

IVE como derecho fundamental: Sentencia C-355 de 2006, T-585 de 2010, T-732 de 2009.

Obligación de respeto y garantía en IVE: Sentencia T-388 de 2009.

Derecho al diagnóstico: Sentencia T-585 de 2010 (IVE), y como parte del derecho a la salud: T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-055 de 2009, T-274 de 2009, T-050 de 2009, T-760 de 2008, T-398 de 2008, T-795 de 2008, T-253 de 2008, T-1180 de 2008, T-881 de 2008, T-570 de 2008, T-083 de 2008, T-1177 de 2008 y T-324 de 2008.

Otras normas relevantes citadas

Artículos 12, 13 y 42 de la Constitución[9] y artículo 11.2 de la CEDAW. Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –PIDESC. Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Decreto 4444 de 2006 y Resolución 000495 de 2006 del Ministerio de Protección Social.

7. *"La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación".*

Fallo

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado PP que decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora, para en su lugar declarar la carencia actual de objeto por **daño consumado en razón de la frustración del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo**, en la acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S.

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

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

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

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

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

QUINTO.- COMPULSAR copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso BB E.P.S., lo que deberá incluir la corroboración de los hechos referidos en el párrafo 38 de la parte motiva de la presente sentencia.

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

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

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

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

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

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

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

DÉCIMO.- ORDENAR al juez que le corresponda conocer del incidente de liquidación de perjuicios, ordenado en el numeral segundo de la presente sentencia, reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que con-

duzca a su identificación, así como restringir el acceso al expediente a las partes del proceso, a quienes debe ordenar guardar la misma reserva, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

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

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

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

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