

Sentencia T-388/09

ABORTO INDUCIDO POR MALFORMACION DEL FETO-
Aprobación conforme a la sentencia C-355 de 2006

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Alcance e hipótesis que deben distinguirse para que opere

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006

CONSTITUCION POLITICA VIGENTE-Protección general a la vida/**DESPENALIZACION DEL ABORTO-**Excepción para proteger derechos fundamentales de la mujer

ABORTO-Procedencia cuando embarazo es resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas

ABORTO-Exigencia de denuncia cuando embarazo es resultado de incesto, acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas

ABORTO-Procedencia cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre

ABORTO-Exigencia de certificación médica cuando embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida

DECRETO 4444 DE 2006 QUE REGLAMENTA LA PRESTACION DE UNOS SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA-Armonización con los preceptos de la Constitución Política y con la ratio decidendi de la sentencia C-355 de 2006

PRACTICA LEGITIMA DEL ABORTO INDUCIDO-Deber de las autoridades públicas y de los particulares de remover todos los obstáculos que impidan a la mujer gestante acceder a los servicios de salud

De lo expresado se sigue que, en relación con la práctica del aborto inducido en los casos que, con base en la interpretación de la

Constitución, fueron avalados por la sentencia C-355 de 2006, el deber de las autoridades públicas – y de los particulares que actúan en esa calidad, como ocurre con las Empresas Promotoras de Salud -, consiste en remover los obstáculos que impidan a la mujer gestante acceder a los servicios de salud en condiciones de calidad y seguridad de modo que se protejan en debida forma sus derechos sexuales y reproductivos. Las autoridades públicas y los particulares que obran en esa calidad no sólo están obligados a evitar actuaciones discriminatorias, sino a promover las condiciones para que sea factible respetar los derechos constitucionales fundamentales de la mujer gestante.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIAS DE TUTELA EN MATERIA DE ABORTO

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES-Conclusiones bajo las hipótesis de la sentencia C-355 de 2006

PLURALISMO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Dimensiones

A partir de la lectura del artículo primero constitucional, queda claro que entre los rasgos con que la Norma Fundamental caracteriza al Estado colombiano se encuentran el de ser un Estado social, democrático y participativo de derecho respetuoso de la dignidad humana, y abierto al pluralismo. Uno de los rasgos distintivos del Estado es, por tanto, su apertura al pluralismo. Tal apertura se conecta al menos con tres dimensiones: ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7º Superior); (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferencias vigentes en un momento determinado.

OBJECION DE CONCIENCIA-Alcance/**OBJECION DE CONCIENCIA**-Derecho fundamental

OBJECION DE CONCIENCIA-Ejercicio

El ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta

imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce. Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico “con mayor o menor proyección social¹.” Admitida esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia – la cual prima facie puede parecer justificada -, vista desde la óptica de las consecuencias negativas que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas.

OBJECION DE CONCIENCIA-Médicos que se oponen a la interrupción voluntaria del embarazo porque ello riñe con sus convicciones morales/**OBJECION DE CONCIENCIA-La** no prestación del servicio de interrupción del embarazo puede traer perjuicios directos e irreversibles para la vida y salud de la mujer gestante en las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006

Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, una situación es, por ejemplo, la que deben afrontar los médicos que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de interrupción voluntaria del embarazo al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales. En esta contingencia, cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante colocada bajo los supuestos previstos en la referida sentencia, entonces no habría ningún reproche frente al ejercicio de la objeción de conciencia. Cosa distinta se presenta cuando el Estado o las Entidades Promotoras de Salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la sentencia C-355 de 2006 a las mujeres. Si sólo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis previstas en la referida sentencia, entonces deberá practicarlo – con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica. En esta hipótesis la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima -en tanto proporcional y razonable-, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo trae consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringe sus derechos

¹ ESCOBAR ROCA Guillermo, *La objeción*, Op. cit., p. 225.

constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales.

OBJECION DE CONCIENCIA-Límite a la titularidad, ya que se predica únicamente del personal que realiza la intervención médica para interrumpir el embarazo

Resulta pertinente mencionar que existe un límite respecto de la titularidad para ejercer el derecho a la objeción de conciencia y, en este sentido, la Sala deja en claro que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. Contrario sensu, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención.

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

Deben existir límites formales, en el sentido de prever ciertos requisitos y procedimientos para ejercer en estos precisos casos el derecho de objetar en conciencia. En caso de que el personal médico que participará directamente en la intervención conducente a interrumpir el embarazo desee manifestar su objeción de conciencia respecto del procedimiento encomendado deberá hacerlo por escrito expresando: (i) Las razones por las cuales está contra sus más íntimas convicciones la realización del procedimiento tendente a interrumpir el embarazo en ese específico caso, para lo cual no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia; y (ii) El profesional médico al cual remite a la paciente que necesita ser atendida. Esto teniendo siempre como presupuesto que se tenga certeza sobre la existencia de dicho profesional, sobre su pericia para llevar a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo y de su disponibilidad en el momento en que es requerido. De esta forma se respeta el carácter garantista y plural que tiene el núcleo esencial de los derechos fundamentales, a la vez que se generan elementos para impedir que la objeción se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo para las pacientes que así lo

soliciten y se aporta seriedad y rigurosidad al ejercicio de la objeción de conciencia.

OBJECION DE CONCIENCIA COMO DERECHO INDIVIDUAL Y NO COLECTIVO/OBJECION DE CONCIENCIA-No son titulares las personas jurídicas, solo se reconocen a personas naturales/**OBJECION DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL EN ABORTO**-Improcedencia

AUTORIDADES JUDICIALES-No pueden escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o decidir un asunto puesto a su consideración

La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado – cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas -. No obstante, queda excluido alegarla cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 2º y 6º de la Constitución Nacional. Cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución-, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley – entendida ésta en sentido amplio-, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia.

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD-Poder vinculante/**RATIO DECIDENDI/OBITER DICTUM/DECISUM**

SENTENCIA C-355 DE 2006-Decisum y Ratio decidendi vinculan a las autoridades judiciales y no pueden omitir su observancia por razones de conciencia

Las autoridades judiciales no pueden alegar motivos morales para abstenerse de tramitar y decidir un asunto puesto a su consideración.

En casos relacionados con la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, las autoridades judiciales están obligadas no sólo a fallar, sino a hacerlo en armonía con los lineamientos jurisprudenciales sentados por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006. Tanto el decisum como la ratio decidendi de la sentencia C-355 de 2006 vinculan a la autoridades judiciales y no pueden ellas omitir su observancia alegando razones de conciencia, pues su conducta podría dar lugar al delito de prevaricato por acción, así como a faltas de orden disciplinario, de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único).

AUTORIDADES JUDICIALES-No pueden alegar objeción de conciencia para no autorizar solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer gestante se encuentra en los supuestos de la sentencia C-355 de 2006

Ha insistido la Corte Constitucional y lo reiteró en las consideraciones de la presente sentencia, en que las autoridades judiciales no pueden alegar la objeción de conciencia para abstenerse de autorizar solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer gestante se halla en los supuestos permitidos por la sentencia C-355 de 2006. Por demás, no existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano una disposición que permita a las autoridades judiciales declararse impedidas – como inicialmente alegó el a quo – para abstenerse de tramitar y de fallar tutelas en esas eventualidades. De una parte, y por los motivos indicados en las consideraciones de la presente sentencia, las funcionarias y los funcionarios judiciales emiten sus sentencias en derecho y no en conciencia. De otra, las causales de impedimento en el caso de las autoridades judiciales son taxativas – no prevén la objeción de conciencia – y son de interpretación restrictiva pues su ejercicio.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Por cuanto en cumplimiento del fallo de segunda instancia se realizó la interrupción del embarazo

JUEZ DE TUTELA-Dejó de aplicar el decisum y la ratio decidendi de la sentencia C-355 de 2006 por motivos de conciencia, desconociendo el precedente constitucional

ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD-No pueden exigir un previo permiso judicial a las mujeres que optan por interrumpir su embarazo bajo los supuestos de la sentencia C-355 de 2006

Las entidades prestadoras del servicio de salud – sean ellas particulares o estatales, laicas o confesionales – deben abstenerse de

exigir a las mujeres que optan por interrumpir su embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 un previo permiso judicial. Esta práctica resulta a todas luces inadmisibles y se convierte en una seria y grave afrenta contra los derechos constitucionales fundamentales de la mujer que, como lo recordó la referida sentencia, han de ser garantizados y plenamente protegidos. Dicho de otro modo: no pueden elevarse obstáculos adicionales no contemplados por la sentencia C-355 de 2006 que impliquen una carga desproporcionada y arbitraria a las mujeres que se encuentren bajo los supuestos previstos en la referida sentencia pues con ello se las coloca en situación de indefensión y se desconocen sus derechos constitucionales fundamentales.

Referencia: expediente T-1.569.183

Acción de tutela instaurada por BB actuando en representación de su compañera permanente AA contra SaludCoop E. P. S.

Magistrado Ponente:
Dr. HUBERTO ANTONIO
SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados, Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la ciudad de Santa Marta.

I. ANTECEDENTES.

1. Aclaración Previa

En el presente caso debe aclararse que por estar profundamente involucrada la dignidad de la actora, la Sala ha decidido no hacer mención al nombre de la titular de los derechos, como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomarán medidas para impedir su identificación, reemplazando el nombre de la actora y el de su esposo por las letras AA y BB respectivamente.

Adicionalmente, en la parte resolutive de esta Sentencia se ordenará que la Secretaría de esta Corporación y que los jueces de instancia guarden estricta reserva respecto de la parte actora en este proceso.

2. Hechos.

1.- Relató el peticionario, que en el mes de abril de 2006 su compañera permanente presentó problemas estomacales (estreñimientos) por motivo de lo cual acudió al médico. Manifestó que el médico que había atendido a su compañera le había ordenado exámenes a fin de determinar el tipo de enfermedad que la aquejaba. Una vez obtenidos los resultados, le prescribió una ecografía transvaginal (expediente, cuaderno 1 a folio 1).

2.- Adujo que el día 18 de abril de 2006 el resultado de la ecografía había confirmado un embarazo de 8.1 semanas, normal. Añadió que el día 16 de mayo se le había practicado otra ecografía mediante la cual se había comprobado que el embarazo alcanzaba las 12.3 semanas (expediente, cuaderno 1 a folio 1).

3.- Expresó que el día 18 de julio de 2006 se le había realizado a la joven un estudio más profundo denominado ECOGRAFÍA ULTRASONOGRÁFICA OBSTETRICA CON PERFIL BIOFÍSICO, la cual determinó en su conclusión MALFORMACIÓN OSEA”. Según ese estudio, agregó, se sugirió complementar con una ecografía de tercer nivel (expediente, cuaderno 1 a folio 1).

4.- Sostuvo que el día 22 de julio de 2006 se le había realizado a su compañera el nuevo estudio sugerido, que arrojó el siguiente resultado:

“1.- útero grávido a expensa de P.U.V.L de 19 semanas, podálico. 2.- velocimetría fetal normal. 3.- perfil biofísico 06/06 4.- HALLAZGOS

COMPATIBLES CON DISPLASIA ESQUELÉTICA AFILIAR CON ACORTAMIENTO DE FÉMUR Y HÚMERO BILATERAL. COMENTARIO: Se sugiere Eco 3D de detalle y valoración ginecológica de tercer nivel.” (Mayúsculas dentro del texto original, expediente, cuaderno 1 a folio 2).

5.- Afirmó el actor que el 29 de julio de 2006 se le había llevado a cabo a AA la prueba sugerida por el médico tratante “Eco 3D de detalle y valoración ginecológica de tercer nivel.” y los resultados habían sido los siguientes:

“1.- Consideramos que se trata de un feto único, polimalformado con signos severos de displasia ósea, que compromete principalmente las extremidades superiores e inferiores. 2.-Igualmente observamos severa restricción del crecimiento intra uterino retardado con percentiles inferiores al 2%. 3.- Los cambios displásticos óseos plantean como diagnóstico diferencial la posibilidad de una osteogenesis imperfectas, cuyo diagnóstico diferencial podría ser con una displasia diastrofia o una displasia tanatoforica, lo cual debe tenerse en cuenta para decidir la conducta (expediente cuaderno 1 a folio 2).

6.- Indicó que el galeno Francisco Osorio había recomendado realizar una Junta Médica con la participación de los siguientes especialistas: “JORGE LINERO, FRANCISCO OSORIO, EVER MELÉNDEZ todos GINECOOBSTETRAS, CLAUDIA FERRIGNO – COORDINADORA MÉDICA y resaltó que la Junta había resuelto que era preciso ‘interrumpir el embarazo por el diagnóstico clínico y ecografía de tercer nivel anotados.’” (Subrayas añadidas por el actor, expediente, cuaderno 1 a folio 2).

7.- Narró el peticionario que SaludCoop había emitido un escrito en donde autorizaron la hospitalización “por embarazo de 23 semanas, por feto único, polimalformado, con probable displasia ósea” en donde se recomendaba interrumpir el embarazo. Mediante autorización numero 4032358 se autorizó el procedimiento y se remitió a la paciente a la ciudad de Barranquilla. (Expediente, cuaderno 1 a folio 2).

8.- Refirió que en Barranquilla fue atendido en la Clínica SaludCoop por el médico ginecólogo JORGE DE ÁVILA, quien consideró “que debía llevarse a cabo el procedimiento de acuerdo a la Constitución Colombiana, que para estos casos exige el procedimiento para interrumpir el embarazo.” No obstante, exigió orden de autoridad judicial previa para proceder a realizar tal intervención quirúrgica. (Expediente, cuaderno 1 a folio 2).

3. Legitimidad en la parte activa

En el presente caso el señor BB interpone tutela en representación de su compañera permanente y titular de los derechos presuntamente afectados, en razón a que para la fecha de presentación de la acción de tutela la señora AA se encontraba afectada de diversas dolencias que le impedían ejercer sus derechos por si misma.

Como se aprecia a folio 81 del cuaderno principal, para mediados de agosto de 2006 la señora AA presentaba dolor tipo contracciones de creciente intensidad, cefalea y sangrado vaginal, según lo confirma evaluación hecha por la propia SaludCoop EPS.

4. Solicitud de tutela.

El actor quien obra a nombre de su compañera permanente demanda que se proceda a realizar el procedimiento de interrupción del embarazo y se ordene la prueba genética y patológica “cuyos costos deben ser asumidos por la empresa prestadora de servicios de salud SaludCoop, sean amparados o no por el POS, o en su defecto el ente gubernamental FOSIGA (sic).” Exige, además, que le sean reembolsados los gastos efectuados con antelación a la presentación y fallo de la tutela pues para tales efectos asumió una deuda que debe cancelar. En atención a la situación que padece su compañera permanente, es preciso practicar la interrupción del embarazo de modo urgente para evitar causar mayor trauma tanto a su compañera como a él, toda vez que no resulta “fácil sufrir este trauma cuando es [su] primer bebé en común y ella lleva dos pérdidas por diferentes circunstancias las cuales deben ser analizadas por todos los medios científicos que sean posibles para así traer al mundo hijos sanos y con buen futuro.”

5. Pruebas.

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Fotocopia de ecografía transvaginal (expediente, cuaderno 1 a folio 5).
- Fotocopia de ecografía Ultrasonográfica-obstétrica transvaginal (expediente, cuaderno 1 a folio 6).
- Fotocopia de ecografía Ultrasonográfica con Perfil Biofísico (expediente, cuaderno 1 a folio 7).
- Fotocopia de informe ultrasonográfico: III Nivel + Doppler (expediente, cuaderno 1 a folio 8).

- Fotocopia de Ecografía Obstétrica + Doppler POS (expediente, cuaderno 1 a folio 10).
- Fotocopia de ecografía obstétrica tridimensional 3D-4D (expediente, cuaderno 1 a folios 12-15).
- Fotocopia del documento expedido por la Junta Médica fechado el día 10 de agosto de 2006 (expediente cuaderno 1 a folio 17).
- Fotocopia en donde se autoriza la prestación del servicio por parte de SaludCoop (expediente, cuaderno 1 a folio 18).
- Fotocopia del informe emitido por el médico de SaludCoop en Barranquilla (expediente, cuaderno 1 a folio 19).
- Fotocopia del carné de afiliación y del documento de identidad de la señora AA (expediente a folio 20).

6. Intervención de la entidad demandada.

SaludCoop EPS considera que en el caso bajo examen la acción de tutela resulta improcedente. Encuentra, de una parte, que el ciudadano BB, quien obra a nombre de su compañera permanente, solicita se le practique a la joven interrupción voluntaria del embarazo, servicio éste que no ha sido negado por parte de la E. P. S. Considera, de otra parte, que quien obra a nombre de la mencionada ciudadana no ha logrado demostrar la incapacidad de pago, razón por la cual no es factible solicitar la practica de procedimientos excluidos del POS. Alega que en caso de concederse la protección invocada, se vincule al ESTADO-FOSYGA “para que asuma directamente los gastos que se generen por los servicios que solicite el accionante, los cuales no pueden ser prestados por la EPS por no estar incluidos en el POS.”

7. Sentencias objeto de revisión.

7.1. Asunto previo: impedimento del Juez Segundo Penal Municipal de Santa Marta

El juez de primera instancia se declaró impedido por razones de conciencia para conocer de la tutela –folio 33 y 34-. En su opinión, el *nasciturus* es persona desde el momento mismo de la concepción y, en consecuencia, según lo dispuesto tanto en el Preámbulo de la Constitución Nacional, como en el artículo 11 Superior, su vida debe protegerse desde ese instante. A juicio del *a quo*, el artículo 18 de la Constitución Nacional garantiza la libertad de conciencia por lo cual a partir de lo allí dispuesto se le asegura que dada su formación cristiana no se vea obligado por ningún motivo, ni bajo ninguna circunstancia a ordenar la interrupción del embarazo puesto que ello chocaría con su

“concepción PERSONAL, basada en principios bíblicos como el expresado en el capítulo 20 versículo 13 ‘no debes asesinar.’” (Mayúsculas añadidas por el *a quo*). Por los motivos indicados, estimó el *a quo* que ordenar la interrupción del embarazo significaría desconocer la Ley Divina. Así las cosas, resolvió declararse impedido y ordena remitir la acción de tutela a la Oficina Judicial para la designación correspondiente.

Mediante providencia emitida el día 25 de agosto de 2006, la jueza Segunda Penal del Circuito de Santa Marta resuelve no darle curso a la solicitud de impedimento elevada por el Juez Segundo Penal Municipal de Santa Marta por estimar que las causales de impedimento son de interpretación restrictiva y de carácter taxativo. En su opinión, las creencias religiosas del funcionario judicial no lo “deben despojar para cumplir con la misión encomendada por la Constitución y la ley.” Estos motivos, a su juicio, no representan “impedimento alguno y así lo entiende la ley cuando en la consagración de las causales de impedimento no tiene en cuenta las creencias de tipo religioso, las inclinaciones políticas o concepciones éticas de los funcionarios judiciales.”

En opinión de la jueza, quienes desempeñan su labor en la administración de justicia no pueden dejarse “influir por ese tipo de ataduras que se muestra más como un rezago de épocas pretéritas, afortunadamente superadas en las que la justicia se veía influida por tales concepciones de carácter subjetivo en cabeza del funcionario judicial.” Por los motivos expresados, y una vez descartado la existencia de causales para que prosperara el impedimento, se resolvió asignar la competencia para conocer de la acción de tutela impetrada al Juez Segundo Penal Municipal de Santa Marta.

7.2. Sentencia de Primera Instancia

Por medio de sentencia dictada el día 31 de agosto de 2006 el Juzgado Segundo Penal Municipal de la ciudad de Santa Marta resolvió negar la tutela. Fundamentó su decisión en objeción de conciencia que, a su vez, se encontraba basada en las mismas razones empleadas para justificar el impedimento antes mencionado.

7.3. Sentencia de Segunda instancia

Por medio de providencia fechada el día 8 de septiembre de 2006 el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta revocó en todas sus partes el fallo de tutela y concedió el amparo de los derechos

constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida, así como ordenó a la E. P. S. SaludCoop que en un término perentorio de cuarenta y ocho horas procediera a interrumpir el embarazo de la joven por los motivos expuestos en la sentencia. Ordenó, asimismo, practicar las pruebas diagnósticas “sobre el feto y los padres conforme lo recomendaron los médicos tratantes y suministrarle a la joven la atención psicológica que requiera.”

De acuerdo con el informe brindado por el Procurador Delegado para la defensa del Menor y la Familia, en cumplimiento del fallo reseñado Salupcoop EPS practicó la interrupción del embarazo el día nueve de septiembre de 2006 por medio de cesárea, debido a que para aquel momento la actora contaba con seis meses de embarazo.

7.4. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional

En auto fechado el día 3 de julio de 2007, el Magistrado Sustanciador estimó que para mejor proveer en el asunto de la referencia, se requería información sobre el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006 por medio de la cual la Corte Constitucional concluyó que el ordenamiento constitucional avala la práctica del aborto inducido en ciertas circunstancias. Para tales efectos, resolvió ordenar que por Secretaría General de la Corte Constitucional se oficiara a la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales; al Procurador Delegado para la Infancia, la Adolescencia y la Familia; a la Defensora Delegada para la Infancia, la Salud y la Mujer, a la Mesa de Trabajo por la Vida y la Salud de las Mujeres, a fin que remitieran a la Corte Constitucional información que hubiese allegada a sus despachos en relación con el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006 referida.

En virtud de la importancia y relevancia que las pruebas solicitadas tienen para la resolución del caso se transcribirán *in extenso* los informes presentados por la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, la Defensoría del Pueblo y la Mesa de Trabajo por la Vida y la Salud de las Mujeres.

7.4.1. Observaciones presentadas por la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales de la Procuraduría General de la Nación.

En escrito presentado a la Secretaría de la Corte Constitucional el día 12 de julio de 2007, la Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales

de la Procuraduría General de la Nación, Carmenza Isaza Delgado, allegó la información que se transcribe a renglón seguido.

“1) Hospital Simón Bolívar.

El Procurador General de la Nación, mediante oficio No DP-1004 del 22 de agosto de 2006 solicitó al Dr. Héctor Manuel Lemus, Director del Hospital Simón Bolívar adoptar las medidas necesarias para que se materialice en el menor tiempo posible la decisión de una menor de 11 años de interrumpir el embarazo producto del delito de acceso carnal abusivo, previamente denunciado ante la Fiscalía, pues no puede negarse a realizar dicho procedimiento por razones basadas en creencias o principios, y tampoco en la ausencia de la publicación integral de la sentencia de la Corte Constitucional, corporación que precisó los efectos inmediatos de su pronunciamiento.

2) Hospital Pedro León Álvarez Díaz

Dentro del trámite de la acción de tutela No. 003-2006 el Juzgado Penal del Circuito de la Mesa, Cundinamarca, mediante oficio No 1000, del 24 de agosto de 2006, solicita al Procurador General de la Nación emita un concepto sobre el alcance de la sentencia C-355-06 en los eventos de embarazo producto de acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento o abusivo, dentro de los cuales se halla el que motiva la acción.

En respuesta dada mediante oficio No. 3966 del 25 de agosto siguiente, este Despacho comunicó al Juez que el Procurador General de la Nación expresó su concepto en el oficio DP-1004, antes citado, por lo que para el efecto le remite copia del mismo.

3) De otra parte, el 29 de septiembre de 2006 se recibió oficio signado por el Dr. Lenis Enrique Urquijo Velásquez de la Dirección General de Salud Pública, del Ministerio de la Protección Social, mediante el cual remite un borrador de ‘decreto marco’ a través del cual se fijan los parámetros para la atención de las gestantes que requieran la interrupción voluntaria del embarazo en los eventos señalados en la sentencia C-355-06, particularmente en cuanto a la financiación por el sistema de seguridad social en salud, con el fin de que el señor Procurador General de la Nación, exprese sus observaciones e impresiones sobre el documento.

Atendiendo a tal solicitud, el Jefe del Ministerio Público hizo dos observaciones al proyecto de decreto, comunicadas mediante oficio DP

No. 1251 del 9 de octubre pasado, que se sintetizan así: ‘el documento de la referencia no desarrolla dos eventos que considero importantes a tener en cuenta ... y son los relativos a la remisión inmediata a otro médico o institución, cuando el médico alegue objeción de conciencia, y el evento del consentimiento libremente formulado por la menor embarazada, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con la interrupción.’

En respuesta a las mismas, el 20 de octubre de 2006 Dr. Urquijo Velásquez remitió al borrador de la ‘Norma técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo’, en la cual, según lo indica, aparecen consagradas las barreras de acceso, el que se refiere el pronunciamiento del Procurador General.

4) IPS Las Ceibas, Hospital Departamental del Valle, Hospital Universitario del Valle y EPS Coomeva.

En escritos del 8 de mayo del año en curso la Dra. María Ximena Castilla, en nombre de la Mesa de Trabajo por la Vida y la Salud de las Mujeres, y la Psicóloga Claudia Marcela Palta de la Fundación ‘Sí mujer’ solicitaron la intervención del Procurador General de la Nación para que, al amparo de la sentencia de la Corte Constitucional, se practicara sin dilaciones la interrupción voluntaria del embarazo sobre una mujer víctima de acceso carnal violento, dado que en tres diferentes instituciones de salud se negaron a ello y la Gobernación del Valle tampoco ha intervenido en el asunto, a pesar de habersele solicitado.

Con base en los documentos anexados, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales mediante oficio No. PAC 1629 del 10 de mayo pasado, solicitó al Gobernador del Valle, Angelino Garzón, la respuesta dada a la petición de la Fundación ‘Sí Mujer’ y le precisó que no pueden existir demoras en la prestación del servicio.

Mediante comunicación del 15 de mayo de 2007 el Gobernador del Valle informa sobre las diligencias adelantadas en el evento señalado y su intervención ante la ESP Coomeva par que a la mujer gestante le fuera practicado el procedimiento, lo cual tuvo lugar el 14 del mismo mes.

En virtud de la publicación en el periódico El Tiempo del 13 de junio pasado, de la columna ‘Atropello de un derecho constitucional. La triple violación de Carmen’, el señor Procurador de la Nación ordena investigar los hechos y las circunstancias que rodearon la solicitud de la IVE en el caso denunciado por las mencionadas organizaciones civiles.

Para tal efecto, este Despacho remitió copia de todos los documentos relacionados con el mismo al Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y Familia, mediante oficio No. PAC 2210 del 13 de junio. Del mismo modo, por instrucciones del señor Procurador General se envió comunicación al periódico en mención aclarando la intervención de la Procuraduría en el asunto.

De otra parte, el 28 de junio pasado, esta Procuraduría Auxiliar ejerció la Supervigilancia al derecho de petición respecto de la solicitud de información de la Senadora Gloria Inés Ramírez Ríos al Gobernador del Valle sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de la sentencia C-355-06, y envió copia de la misma al Procurador Delegado para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y Familia, teniendo en cuenta las irregularidades denunciadas en la práctica de la IVE a otras pacientes gestantes.

En contestación a este requerimiento el 11 de los corrientes se recibió oficio del Secretario Departamental de Salud, mediante el cual da respuesta ala petición elevada por la senadora.

Adjunto al presente 47 folios que contienen los documentos referidos anteriormente.” (Expediente cuaderno 3 a folios 4-58).

7.4.2. Observaciones presentadas por la Defensoría del Pueblo

Mediante escrito allegado a la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 24 de julio de 2007, la Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y la Mujer, María Cristina Hurtado Sáenz, efectuó las siguientes observaciones respecto del cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006. A continuación se transcriben tales observaciones.

Manifestó la Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y la Mujer de la Defensoría del Pueblo que la tarea de defensa se ha enmarcado en las siguientes acciones:

“Brinda orientación y asistencia a las mujeres que solicitan los servicios de la institución en esta materia, indicando la ruta de atención en Interrupción Voluntaria del Embarazo. Específicamente se han atendido tres casos. LA delegada acompañó el caso de la niña de 11 años atendida en el Hospital Simón Bolívar, abusada por su padrastro; al igual que los casos de dos mujeres mayores de edad de la Mesa, Cundinamarca, quienes solicitaron la interrupción del embarazo por la causal de violación.

De igual manera la Delegada para los derechos de la niñez, la juventud y la mujer se ha apoyado en la Defensoría Regional de Nariño para que se le hiciera seguimiento al caso de una mujer mayor de edad que solicitó IVE debido a que el feto presentaba malformaciones incompatibles con la vida extrauterina y a quien le negaron el servicio en el Hospital Universitario de Pasto, institución en la que todos los médicos objetaron conciencia. En dicha ocasión el Defensor Regional fue notificado a través de escrito que previamente le había sido enviado a la Procuraduría General de la Nación, en el que se describía el caso y se le solicitaba a dicha institución investigar la conducta del Hospital.

Los cuatro casos llegaron a feliz término, no obstante las barreras identificadas a lo largo de dichos acompañamientos son:

- a. Realización de juntas médicas que conducen a periodos de espera injustificados.
- b. Imposición de requisitos adicionales a los señalados por la Sentencia C-355/06.
- c. Objeción de conciencia colectiva que derivan en objeciones de conciencia institucionales.
- d. Desconocimiento del consentimiento en menores de 14 años.

En ese orden de ideas, al tener conocimiento sobre la negligencia de las autoridades competentes en el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006, ha instado a las mismas para que cumplan con su deber legal en la interrupción Voluntaria del Embarazo. A su vez, y en atención a la labor defensorial, la Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud y la Mujer ha promovido tanto a nivel central como a través de las Defensorías Regionales y Seccionales el cumplimiento de la citada Sentencia, por tanto, mediante Circular No. 4060 DDN. 0185 de fecha mayo 29 de 2007, remitió copias del Decreto Reglamentario 4444/06 y de la Resolución 4905/06 referidas a la interrupción voluntaria del Embarazo.

En aras del posicionamiento de los Derechos Sexuales y Reproductivos, la Defensoría del Pueblo por medio de la Delegada para los derechos de la niñez, la juventud y la mujer viene adelantando junto con la alianza OIM FUPAD el proyecto denominado *“promoción y monitoreo del ejercicio de los derechos a la salud sexual y reproductiva de población en situación de desplazamiento forzado y receptora vulnerable, con énfasis en violencias intrafamiliar y sexual.”*

El proyecto responde a la necesidad de superar el vacío de la política al interior de la Defensoría del Pueblo y a nivel interinstitucional, en donde no existen programas y proyectos destinados a promover y monitorear el ejercicio y la restitución de los derechos sexuales y reproductivos de mujeres, niños y niñas en condiciones de desplazamiento forzado. Es así como el proyecto prevé fortalecer y desarrollar los procesos comunitarios y territoriales para la promoción y defensa de los derechos sexuales y reproductivos de la población en situación de desplazamiento y la población receptora vulnerable a través de:

- a. Fortalecer la atención a la población en situación de desplazamiento en materia de promoción, defensa y restitución de Derechos Sexuales y Reproductivos.
- b. Formar a la población en situación de desplazamiento y receptora vulnerable de las 4 ciudades seleccionadas en el ejercicio y exigencia de sus Derechos Sexuales y Reproductivos con énfasis en violencia intrafamiliar y sexual.
- c. Incluir en los sistemas de información y/o monitoreo de la Defensoría del Pueblo indicadores de registro de violaciones al ejercicio de los Derechos Sexuales y Reproductivos que le permita fijar directrices, promover acciones para la defensa de dichos derechos e incidir para que la política pública responda a la magnitud de las necesidades de restitución de aquellos vulnerados en el marco del desplazamiento forzado interno.
- d. Fortalecer la Magistratura Moral de Defensoría del Pueblo en lo relativo a la defensa, promoción y protección de los Derechos Sexuales y Reproductivos a partir de la formulación de Informes Defensoriales y la incorporación en los pronunciamientos, actividades y tareas de la Defensoría, de una línea de promoción de los Derechos Sexuales y Reproductivos.”

7.4.3. Informe presentado por la Mesa de Trabajo por la Vida y la Salud de las Mujeres

En documento allegado a la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 19 de julio de 2007, Fabián Enrique Salazar Cárdenas, abogado consultor de la Mesa de Trabajo por la Vida y la Salud de las Mujeres reseñó algunas de las principales barreras administrativas y dificultades prácticas identificadas en el proceso de implementación de la sentencia C-355 de 2006 a partir de la experiencia acumulada por la organización en la atención y acompañamiento de casos particulares de solicitudes de Interrupción Voluntaria del Embarazo (en adelante IVE) debidamente sustentadas que han sido negadas por la acción u omisión de las personas y entidades encargadas

de resolverlas. Dentro de las principales barreras administrativas para la implementación de lo establecido en la sentencia C-355 de 2006, el escrito enumera las que se sintetizan a renglón seguido.

(i) Realización de juntas médicas, revisión o aprobación por auditores y periodos de espera injustificados.

Al respecto, recuerda el concepto que estas prácticas fueron proscritas por el decreto 4444 de 2006 que las calificó como prácticas administrativas que postergan innecesariamente la prestación del servicio de IVE.

(ii) Objeciones de conciencia colectivas institucionales e infundadas.

El escrito subraya que estas objeciones se convierten en uno de los principales obstáculos y es alegada por las empresas promotoras de salud para oponerse a la práctica del aborto inducido. Resalta el informe lo improcedente que resulta esta actuación pues la Corte indicó claramente en la sentencia C-355 de 2006 que las entidades promotoras de salud no podían escudarse en la objeción de conciencia para dejar de prestar los servicios relacionados con la práctica del aborto en los casos establecidos por la sentencia. Resalta que esta práctica se camufla con otras y varían de institución en institución pero considera que las más comunes son las que se describen a renglón seguido:

(a) No contar en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de IVE, bien porque los discriminan al momento de la contratación o porque ejercen sobre ellos presiones estando ya vinculados; (b) El ejercicio de la objeción de conciencia colectiva con fundamento en la cual todos los médicos de una entidad prestadora de salud suscriben escritos en algunas ocasiones individualmente y en otras de manera conjunta mediante las cuales se acogen a idénticas consideraciones en formatos o plantillas de adhesión;(c) La manifestación verbal a las mujeres que solicitan la práctica del procedimiento en el sentido de que este no se ofrece en sus instalaciones por ser contrario a su visión y misión institucional.

Señala el informe cómo estas conductas que resultan desconcertantes terminan por desencadenar otras como:

- la inobservancia de reglas de referencia y contrarreferencia que aplican para la atención de eventos en los que el servicio médico requerido no está disponible en la institución de salud a la que acude

el paciente. Según el informe, esta conducta termina por imponerse a la mujer a quien le niegan el servicio de IVE lo que incide en asignarle una carga desproporcionada pues se la obliga a buscar por sus propios medios un prestador de salud de la red médica a la que pertenece que si esté en posibilidad de prestar el servicio.

- la falta de respeto y la garantía del aborto legal y seguro de las mujeres so pretexto de ser objetores de conciencia. Insiste el informe que las empresas promotoras de salud no pueden ejercer la objeción de conciencia. Estas entidades están comprometidas con la prestación del servicio público de salud y por ese motivo no pueden invocar tal prerrogativa como justificación válida para el incumplimiento de sus funciones y
- la no disponibilidad de los servicios de IVE dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal.

(iii) Anulación total del consentimiento de las niñas menores de 14 años en razón exclusiva de su edad.

Señala el informe sobre el particular que, si bien es cierto, la Corte ha acentuado de modo enfático cómo el criterio objetivo de la edad no resulta suficiente para establecer el alcance del consentimiento de los niños y de las niñas, menos aún en lo que se refiere a decisiones que afecten su salud. Destaca cómo en el caso del aborto cualquier medida de protección que despoje de relevancia jurídica el consentimiento de las niñas menores de 14 años resulta no sólo inconstitucional sino también contraproducente, en la práctica, por cuanto continúa primando mecánicamente el consentimiento sustituto de sus representantes legales, siempre que existe desacuerdo entre la voluntad de estos y la de la niña embarazada, cuya autonomía, en tal escenario no es reconocida por los prestadores del servicio de salud.

Añade que lo anterior no resulta muy afortunado por cuanto cuando una niña menor de 14 años está embarazada, de una parte, “queda comprometida la idoneidad de sus representantes legales para guardar con diligente cuidado su bienestar e integridad personal. De otra parte, existe el peligro de que las Empresas Promotoras de Salud, las Administradores de Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas, las Empresas de Medicina Prepagada, las Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, las Entidades Responsables de los Regímenes de Excepción de que tratan el artículo 279 de la Ley 100 de

1993 y la Ley 647 de 2001 y los Prestadores de Servicio de Salud (en adelante PPSS) se constituyan en obstáculo y terminen por denegar los servicios, desatendiendo la celeridad requerida para su provisión, la cual fue reglamentada por el artículo 5° de la resolución 4905 de 2006 que estableció un plazo razonable de cinco días para el efecto.

(iv) Imposición de Requisitos Adicionales a los señalados en la sentencia C-355 de 2006.

Admite el informe que en efecto la referida sentencia así como su posterior reglamentación establecieron en forma clara y contundente que desde la perspectiva constitucional bastaba la presentación del certificado de un médico o de la denuncia penal debidamente formulada, según el caso, además del consentimiento informado de la paciente, para el libre ejercicio del derecho al aborto legal y seguro. Señala, no obstante, cómo en la práctica las PPSS vienen agregando otra gran variedad de exigencias infundadas para su práctica, entre las que sobresalen por su generalidad las siguientes: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud, que no son practicados de manera oportuna; (d) autorizaciones por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores médicos y pluralidad de galenos.

Estima el informe que las distintas prácticas enunciadas con antelación resultan aún más aberrantes por cuanto las entidades que las efectúan se atribuyen de modo unilateral jurisdicciones que no les corresponden. Las entidades de salud terminan por decretar pruebas, recibir declaraciones, cuestionarlas así como emitir juicios con pretensión de veredictos “en los que lejos de partir de la buena fe de las mujeres que acuden ante ellos solicitando los servicios de IVE, empiezan por calificarlas de mentirosas, inmorales y/o delincuentes, para entonces negarse a prestárselos.”

(v) Interferencias indebidas en el consentimiento de la mujer

Recuerda el concepto cómo lo jurisprudencia constitucional ha enfatizado que el consentimiento de la paciente en la realización de tratamientos médicos debe ser siempre libre e informado. Acentúa en esa misma dirección que ello implica una obligación negativa en cabeza del (de la) médico (a) de abstenerse de inducir al paciente a situaciones que la puedan hacer caer en error describiéndole los beneficios de manera minimizada o de omitir consideraciones subjetivas, ajenas a lo relacionado en forma estricta con la salud de la paciente, como, por ejemplo, “emitir juicios de responsabilidad penal y moral en su contra

con el propósito de conducirla a renunciar a su derecho al aborto legal y seguro, viciando por tanto su consentimiento,.”

(vi) Descalificación de conceptos médicos expedidos por psicólogos.

Enfatiza el concepto cómo pese a que la Ley 1090 de 2006 les reconoce a los (las) psicólogos (as) el status de profesionales de la salud, lo que incluye dentro de las actividades que forman parte de su ejercicio profesional, “la evaluación, el pronóstico y tratamiento de las disfunciones personales en los diferentes contextos de la vida humana,.” las entidades prestadoras de salud no le confieren validez alguna a los conceptos médicos expedidos por estos (estas) profesionales para efectos de certificar peligros que puedan presentarse de continuarse con el embarazo para la salud mental de la gestante. Con ello se eleva un obstáculo frente a la posibilidad de que la mujer gestante colocada en una situación socioeconómica precaria pueda recibir una certificación acerca de si su condición emocional afectiva e intelectual se encuentra perturbada pues la obligan a recurrir a la opinión de un psiquiatra cuyos costos no está en capacidad de sufragar.

7.5. Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, mediante auto del la Sala de Selección número tres (3) expedido el día 29 de marzo de 2007 dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio

El peticionario, quien obra en nombre de su compañera permanente, solicitó le fuera realizado a esta última el procedimiento de interrupción del embarazo por grave malformación del feto –de conformidad con lo establecido en la sentencia C-355 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional, interpretando los arts. 122, 123 y 124 de la ley 80 de 2004, concluyó que resulta legítima la práctica del aborto inducido en

algunas circunstancias, dentro de las cuales está el presentarse “*grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico-*, así como exigió a la E. P. S. le fueran practicados a la joven los exámenes de diagnóstico indispensables para determinar las causas de la malformación del feto.

A partir de las pruebas allegadas al expediente, se confirmó que con fundamento en los exámenes practicados a la actora, los médicos habían constatado polimalformación y probable displasia ósea del feto, por lo cual se convocó Junta Médica con la participación de médicos y médicas especialistas quienes llegaron a la conclusión de conformidad con la cual era preciso interrumpir el embarazo de manera urgente.

Una vez concedida la autorización para efectuar la interrupción del embarazo, la entidad demandada accedió a realizar el procedimiento pero el médico ginecólogo Jorge de Ávila solicitó orden de autoridad judicial para proceder a realizar tal intervención quirúrgica. De otra parte, SaludCoop E. P. S. se negó a llevar a cabo los exámenes de diagnóstico encaminados a determinar los motivos de las malformaciones en el feto. Alegó la E. P. S. que estas prestaciones no estaban incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y que no se había probado por parte del peticionario la incapacidad de pago, con lo cual, insistió la entidad demandada, no resultaba factible aplicar las excepciones previstas por la jurisprudencia constitucional para reclamar prestaciones por fuera del POS.

El juez de primera instancia se declaró impedido por razones de conciencia para conocer de la tutela –folio 33 y 34-. Mediante providencia emitida el día 25 de agosto de 2006, la jueza Segunda Penal del Circuito de Santa Marta resuelve no darle curso a la solicitud de impedimento elevada, por estimar que las causales de impedimento son de interpretación restrictiva y de carácter taxativo. Por esta razón, resolvió asignarle la competencia para conocer de la acción de tutela impetrada al Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta.

Devuelto el expediente para ser fallado por el juez *a quo*, este último decidió negar la protección invocada –folio 59 a 65-. Dentro de las consideraciones de la sentencia señaló la objeción de conciencia derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional como argumento para no ordenar la interrupción del embarazo. Estimó que la aplicación de esta figura se extendía también a las autoridades judiciales de la República por cuanto, en su opinión, tales autoridades eran también “seres humanos con formación filosófica, religiosa, cultural etc.” Por esos motivos decidió negar la tutela.

En segunda instancia, con fundamento en la providencia fechada el día 8 de septiembre de 2006 el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta revocó en todas sus partes el fallo de tutela y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida de la actora –folios 91 a 102-; así mismo, ordenó a la E. P. S. SaludCoop que en un término perentorio de cuarenta y ocho horas procediera a interrumpir el embarazo de la joven por los motivos expuestos en la sentencia. De igual manera, ordenó practicar las pruebas diagnósticas “sobre el feto y los padres conforme lo recomendaron los médicos tratantes y suministrarle a la joven la atención psicológica que requiera.”

Siendo estos los hechos, encuentra que para resolver el caso concreto es necesario esclarecer los siguientes problemas jurídicos:

- i. Qué mandatos se derivan del contenido de la sentencia C – 355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres?
- ii. Qué consecuencias prácticas surgen para las EPSs, las IPSs y el personal médico que en ellas labora en cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006?
- iii. Pueden los funcionarios judiciales declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones y, en consecuencia, abstenerse de resolver un caso que les haya sido asignado para su conocimiento, máxime cuando el mismo involucre la garantía de derechos fundamentales?

Para la solución de los mismos la Sala se referirá, como cuestión preliminar, i. al hecho superado y a la pertinencia del pronunciamiento en sede de tutela; ii. posteriormente se harán algunas reflexiones sobre los fundamentos constitucionales y jurisprudenciales de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y los supuestos específicos de interrupción del embarazo; iii. a continuación la Sala se referirá a la posibilidad de objeción de conciencia ejercida por autoridades judiciales; iv. posteriormente, se reafirmarán algunas ideas claves respecto del poder vinculante de las sentencias de las Corte Constitucional; finalmente, v. se dará solución al presente caso.

El desarrollo de los anteriores puntos se hará con base en la estructura que a continuación se transcribe:

3. Consideración preliminar: la carencia actual de objeto y la pertinencia del pronunciamiento en determinados supuestos.

4. Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en los casos de interrupción voluntaria del embarazo: fundamentos constitucionales, jurisprudenciales y reglamentarios.

4.1. Desarrollo Jurisprudencial: sentencia C-355 de 2006

4.2. Regulaciones efectuadas por el decreto reglamentario 4444 de 2006

4.3. Desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional en sede de tutela

4.4. Conclusiones sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

5. La objeción de conciencia: sentido y alcances en un Estado social democrático, participativo y pluralista de derecho como el colombiano (artículo 1° y 7° Superiores)

5.1. La objeción de conciencia como derecho fundamental y su carácter relacional en el ordenamiento jurídico

5.2. La objeción de conciencia como derecho individual y no institucional o colectivo

5.3. Las autoridades judiciales no pueden escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto que se ponga bajo su consideración

5.4. Conclusiones

6. El poder vinculante de las sentencias de constitucionalidad emitidas por la Corte Constitucional, los supuestos específicos de no sanción del aborto y la prevalencia de los derechos de las mujeres en casos específicos

7. El caso concreto

Entra la Sala a considerar el primero de los aspectos mencionados.

3. Consideración preliminar: la carencia actual de objeto y la pertinencia del pronunciamiento en determinados supuestos

En este lugar, estima la Sala pertinente referirse a la improcedencia de la tutela por la carencia actual de objeto y, en esa misma línea, explicar porqué si bien es cierto en el caso concreto se verificó carencia actual de objeto, la Corte debe pronunciarse.

En varias ocasiones ha dicho la Corte Constitucional que en aquellas contingencias en las cuales los supuestos de hecho que daban lugar a la eventual amenaza de violación o desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales cesaron, desaparecieron o se superaron, deja de existir objeto jurídico respecto del cual la autoridad judicial en sede constitucional pueda adoptar decisión alguna por cuanto el propósito de la acción de tutela consiste justamente en garantizar la protección cierta y efectiva del derecho y bajo esas circunstancias “la orden que profiera [la autoridad judicial], cuyo objetivo constitucional era la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente vulnerado o amenazado, carecerá de sentido, eficacia, inmediatez y justificación².”

La Corporación ha dicho, asimismo, que para declarar la carencia actual de objeto es preciso constatar que ésta haya tenido lugar dentro del proceso respectivo y haya podido ser verificada por la autoridad judicial. Se requiere, de igual modo, establecer el momento procesal en el que se presentó por cuanto de estos aspectos dependerá que

“no obstante se haya producido tal cesación, se exija a los jueces constitucionales de instancia pronunciamiento de fondo que deberá estar conforme al ordenamiento jurídico y el sentido dado por el intérprete constitucional frente a la situación en consideración. Por ello, tanto el juez de segunda instancia en el trámite de la tutela como la Corte Constitucional en el trámite de revisión, no obstante encontrar que el hecho haya sido superado, si al verificar el trámite precedente se establece que con base en el acervo probatorio existente a ese momento y los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales aplicables al caso, el juez ha debido conceder o negar el amparo solicitado y no lo hizo, **debe procederse a revocar la providencia materia de revisión, aunque se declare la carencia actual de objeto, porque no es jurídicamente**

² Corte Constitucional. Sentencia T-519 de 1992, reiterada entre otras en las sentencias T-100 de 1995; T-201 de 2004; T-325 de 2004; T-523 de 2006.

viable confirmar un fallo contrario al ordenamiento superior³.” (Énfasis fuera del texto original).

En ese orden, ha distinguido la Corte al menos dos hipótesis. Cuando el supuesto de hecho que da origen al proceso de tutela cesa, desaparece o se supera (i) antes de iniciarse el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo; (ii) estando en curso el proceso de Revisión ante la Corte Constitucional. En el primer evento, la Sala de Revisión no puede exigir de los jueces de instancia un proceder diferente y ha de orientarse, en consecuencia, a confirmar el fallo revisado “quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia⁴.” En el segundo, cuando la respectiva Sala de Revisión de la Corte Constitucional advierte que los jueces de instancia han debido conceder el amparo solicitado y no lo hubieren hecho, entonces aquella revocará los fallos objeto de examen y concederá la tutela sin importar que no se proceda a impartir orden alguna⁵.

Otra posibilidad de pronunciarse se presenta cuando por la importancia del tema, por la novedad del mismo o por un ánimo de adecuada comprensión en el ejercicio de derechos fundamentales la Corte

³ Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 2006. Mediante esta sentencia le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse sobre el caso de un señor de 79 años de edad quien en nombre propio y en el de su hija menor de edad solicitó la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida digna y a la igualdad que consideró habían sido desconocidos por la Secretaría Local del Municipio de Villavicencio al negarle el subsidio que le brinda el Ministerio de la Protección Social a los adultos mayores de 65 años que pertenecen al nivel 1 y 2 del SISBÉN. En el caso objeto de estudio, el accionante de 79 años de edad, quien pertenece al nivel 1 del SISBEN y manifiesta encontrarse en una apremiante situación económica junto con su hija - estudiante de 12 años de edad - y además incapacitado para trabajar debido a una lesión de su puño izquierdo, solicita ser incluido en el “Programa de Subsidios que otorga el Ministerio de la Protección Social a los adultos mayores de 65 años”, en el que lleva dos años inscrito sin que hasta el momento en que se interpuso la acción de tutela se le haya otorgado tal beneficio. En las consideraciones generales de la sentencia se pronunció la Corte sobre el deber de solidaridad a partir de la Constitución Nacional y más concretamente con fundamento en lo dispuesto por el último inciso del artículo 13 superior le corresponde a ejercer al Estado frente a las personas colocadas en especiales condiciones de indefensión como son aquellas que se encuentran en estado de indigencia. Con base en las pruebas solicitadas por la Corporación y allegadas al expediente, llegó a la conclusión la Corte que los hechos sobre los cuales se sustentaba la solicitud de tutela habían sido superados dentro del término que la Sala de Revisión disponía para la decisión.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-722 de 2003.

⁵ *Ibíd.*

Constitucional se reserva la posibilidad de ejercer su competencia para efectos de cumplir con los fines primordiales de la unidad interpretativa que le asiste⁶.

En el caso bajo examen de la Sala en la presente ocasión existe carencia actual de objeto por haberse conferido el amparo solicitado en términos que se ajustan por entero a la Norma Fundamental y a la interpretación que del mismo ha realizado la jurisprudencia constitucional como consta en la providencia fechada el día 8 de septiembre de 2006 emitida por el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta. En lo que a ello concierne, la Sala confirmará en todas sus partes la sentencia emitida por el *ad quem*.

No obstante, tratándose como se trata de un asunto de especial relevancia constitucional y hallándose en el centro del debate la necesidad de reiterar y aclarar el sentido y alcance de la decisión adoptada por la Corporación en la sentencia C-355 de 2006, la Sala procederá a fallar de fondo, aprovechando la oportunidad para recalcar los puntos más destacados del tema y precisando los efectos de las órdenes en aquella oportunidad proferidas.

A continuación se dará inicio al desarrollo argumentativo de la materia enunciado anteriormente.

4. Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en los casos de interrupción voluntaria del embarazo: fundamentos constitucionales, jurisprudenciales y reglamentarios

4.1. Desarrollo Jurisprudencial: sentencia C-355 de 2006

Mediante la sentencia C-355 de 2006 le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 122⁷, 123 (parcial)⁸, 124⁹, modificados por el

⁶ Sentencia T-523 de 2006.

⁷ “ART. 122.—Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. / A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.”

⁸ “ART. 123.—Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.”

⁹ “ART. 124.—Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo,

artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y 32, numeral 7¹⁰ de la Ley 599 de 2000 Código Penal. En la parte resolutive de la sentencia mencionada, la Corte decidió, con efectos que vinculan a todas las personas y a todas las autoridades públicas sin excepción,

- (i) “Negar las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.”
- (ii) “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.”
- (iii) “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.”
- (iv) “Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión ‘...o en mujer menor de catorce años...’ contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.”
- (v) “Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.”

A partir de la lectura de la sentencia, es factible distinguir la *ratio decidendi*, esto es, aquellos argumentos utilizados por la Corte Constitucional para fundamentar su providencia que se relacionan de manera inescindible con la parte resolutive de la misma y que configuran, precisamente, el *decisum* de la providencia. A continuación, se hará alusión a algunos de los elementos más relevantes del *decisum*:

de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. / PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.”

¹⁰ “ART. 32.— Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 1. / (...) / 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar (...).”

- (i) Ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales se garantiza en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera que suponga la negación absoluta de otros principios o derechos, pues debe siempre entenderse que existe la posibilidad de ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional.
- (ii) El ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene el mismo fundamento ontológico. Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del *nasciturus*. De ahí que la ley pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. Puede, incluso, diseñarse una política pública de punición penal para esos efectos.
- (iii) La anterior posibilidad, no obstante, debe surtirse bajo las fronteras que traza la Constitución misma – reforzados estos límites con fundamento en lo dispuesto por el artículo 93 superior, esto es, por las garantías consignadas en un conjunto de convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia -. En ese orden, cualquier medida orientada a proteger el valor de la vida del *nasciturus* no puede significar atentar contra los derechos de la mujer gestante entre los cuales se encuentran el derecho a estar libre de toda suerte de discriminación injustificada y de violencia así como a gozar de modo pleno de sus derechos en materia de salud sexual y reproductiva.
- (iv) No puede esa protección infringir el derecho de la mujer gestante al respeto por su dignidad; debe garantizar su derecho a la libertad, en general, y a la posibilidad de la mujer para autodeterminarse y para configurar su propia identidad, según el derecho al libre desarrollo de su personalidad; tampoco puede implicar una afectación grave del derecho de la mujer gestante a preservar su salud integral – física y mental – y ha de enfocarse a proteger su vida.
- (v) Conferir un amparo absoluto al valor de la vida del *nasciturus* hasta el punto de penalizar el aborto en caso de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante, equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad y razonabilidad, como han sido desarrollados estos principios por la

jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos.

La Sala considera importante el contextualizar el pronunciamiento reseñado y resaltar que en la Constitución de 1991 la regla general es la protección a la vida, en cuanto valor constitucional y en cuanto derecho fundamental. En este sentido el texto constitucional de 1991 es un cuerpo normativo *pro vida* en el entendido que todas y cada una de sus normas deben interpretarse en el sentido que más favorezca a la actuación de valores, principios y reglas que protejan la vida. *Contrario sensu*, no existe tal cosa como un derecho a la muerte o espacios para interpretaciones o argumentaciones que pretendan extraer dicho contenido de la Constitución. No obstante, en cuanto regla general de aplicación constante y a muy distintos supuestos de hecho, la protección a la vida admite excepciones dentro del ordenamiento constitucional, sin embargo, éstas siempre requerirán de mayor legitimidad que la propia vida, ya sea en su faceta de valor constitucional o de derecho fundamental. En este sentido, la Corte Constitucional interpretó que es esa la situación en los casos en que se despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo, ya que en esos precisos eventos se buscan proteger derechos fundamentales de la mujer que serían gravemente afectados en caso de una solución contraria.

Siendo este el contenido que para este tema en concreto se extrae de los derechos en cuestión, resulta indispensable recordar los precisos supuestos normativos bajo los cuales, la Corte Constitucional consideró excesivo exigir que se lleve a término el proceso de gestación por cuanto, ello puede suponer la total anulación de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres.

Expresó la Corte sobre el particular, que en el evento en que la Ley no determinara estas hipótesis, le correspondía a la autoridad judicial en sede de tutela impedir “**afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada, sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales.**” (Énfasis fuera del texto original). En relación con lo anterior, se pronunció la Corte acerca de los siguientes supuestos:

(i) Cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no

consentido. (Art. 124 C. P.). Acentuó la Corte, cómo en estos casos llevar el deber de protección del valor de la vida del *nasciturus* hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, equivale a conferirle protección absoluta a la vida del feto sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada y, en especial, aquellos derechos relacionados con el libre desarrollo de su personalidad y el respeto por su dignidad humana.

Desde esta perspectiva, resaltó la Corte cómo “una intromisión estatal de tal magnitud en [el] libre desarrollo de la personalidad [de la mujer] y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y, en esa medida, resultaría manifiestamente desproporcionada e irrazonable.” Encontró la Corte que el respeto por la dignidad humana de la mujer excluía por entero el que pudiese considerarse a la mujer como “mero receptáculo”, motivo por el cual, insistió la Corporación, en que la exteriorización libre y autónoma del consentimiento de la mujer colocada en una situación tal, cobraba especial relevancia por encontrarse la mujer ante un hecho impuesto y no voluntario de inmensa trascendencia para su vida y para su realización personal, en todos los sentidos.

Bajo esta primera hipótesis, incluyó la Corte asimismo el embarazo que surge como resultado de incesto por ser ésta, en su opinión, una conducta punible en relación con la cual, no en pocas ocasiones, se ve comprometida la decisión libre y autónoma de las mujeres. A juicio de la Corporación, penalizar el aborto bajo tales circunstancias trae como consecuencia una interferencia estatal desproporcionada e irrazonable sobre la libertad y la dignidad de las mujeres. Cuando se presenta este supuesto, la interrupción del embarazo no será penalizada. Fue muy clara la Corte al establecer como **único requisito** para que, en esas eventualidades, se realice legítimamente el aborto inducido **que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante autoridades competentes**.

Cierto es que la Corte no excluye la posibilidad de regulación legislativa, pero fue muy enfática al precisar que tales regulaciones no podían encaminarse a establecer “**cargas desproporcionadas sobre el ejercicio de los derechos de la mujer**.” A manera enumerativa, que no exhaustiva, citó como ejemplo la Corporación, exigir en el caso de violación (a) evidencia forense de penetración sexual; o (b) pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, (c) requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o (d) pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación; o, (e) exigir que la mujer deba previamente obtener

permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres. Subrayó, empero, que las situaciones enumeradas no constituían las únicas eventualidades en las que resultaba por entero desproporcionada la sanción penal del aborto.

(ii) De otra parte, encontró la Corte, que en los casos en los cuales se ve amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, 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.”

Al respecto de lo dicho, hizo hincapié la Corte en que la mujer en estado de gestación no puede ser obligada “a asumir sacrificios heroicos¹¹” ni puede conducirse “a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general.” A juicio de la Corte, 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 piensa en el artículo 49 Superior que contiene el deber en cabeza de toda persona “de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud.”

En relación con esta temática, trajo a la memoria la Corte lo establecido en diferentes convenios internacionales encaminados a proteger el derecho a la vida y a la salud de las mujeres (artículo 6 del PDCP¹²; el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer¹³, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁴) y recordó que tales disposiciones forman parte del bloque de constitucionalidad y exigen, en consecuencia, que el Estado adopte las medidas orientadas a proteger la vida y la salud de la mujer en estado de gravidez. En tal sentido, recalcó la Corte que prohibir el aborto cuando

¹¹ Ver C-563 de 1995.

¹² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

¹³ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

¹⁴ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

“está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir (...) una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivada de las normas del derecho internacional.”

A propósito de lo anterior, indicó la Corte que en una eventualidad como la descrita no se cobijaba en exclusivo la protección de la salud física de la mujer gestante sino también se extendía ese amparo 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, a su turno, 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.”

(iii) También se pronunció la Corte sobre la hipótesis en la cual el feto padece malformaciones de tal entidad que lo hacen inviable. A propósito de esta situación, exigió la Corporación como **único** requisito previo para proceder a la interrupción del embarazo la **existencia de certificado médico**. Bajo tal hipótesis, dijo la Corte, “el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí, que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, se encuentra en tales condiciones.”

Una razón más de peso para no penalizar la interrupción del embarazo bajo este supuesto radica, a juicio de la Corporación, en que sancionar penalmente la conducta con el fin de proteger la vida en gestación “entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.” Fuera de lo anterior, obligar a la madre a llevar a término el embarazo implicaría del mismo modo “someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana¹⁵.”

El único requisito bajo los supuestos descritos con antelación para solicitar la interrupción del embarazo consiste en aportar certificación

¹⁵ Cobra así sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a termino el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

de una persona profesional de la medicina en la que se determine “la existencia real de estas hipótesis”. Insistió la Corte en lo siguiente:

“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. En efecto, cada uno de estos eventos 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. En el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada.”

(iv) En relación con la posibilidad de que niñas menores de catorce años en estado de gravidez exterioricen su consentimiento para interrumpir su embarazo en las circunstancias avaladas por la Corte mediante la sentencia C-355 de 2006, se opuso la Corporación a la tendencia de conformidad con la cual se presume que la mujer menor de catorce años carece por entero de capacidad para manifestar libremente su consentimiento en tales eventualidades. En relación con este tópico, recordó la Corte que en ese caso no se trata de la protección de la vida en gestación, la cual se obtiene de manera general por la vía establecida en el artículo 122 del Código Penal. Aquí se trata, más bien, de sancionar a la persona que cause el aborto en una niña supuestamente incapaz de consentir. Recordó la Corte que en innumerables ocasiones la jurisprudencia constitucional se había pronunciado sobre la posibilidad de que el ordenamiento jurídico estableciera medidas “de especial protección para ciertos sujetos” y, en particular, para las niñas y los niños menores de edad¹⁶. Ante todo, por cuanto, estas personas

¹⁶ Baste citar aquí la sentencia C-534 de 005 en la cual se sostuvo:

La protección jurídica corresponde a un deber del Estado, a un derecho de los ciudadanos y en algunos casos a un beneficio o prerrogativa, que es igualmente un derecho, pero especial y reforzado. De este modo, el derecho especial y reforzado de protección jurídica de menores de edad, tal como lo define nuestro orden constitucional en los artículos 44 y 45 de la C.P, debe ser entendido como una prerrogativa o beneficio en su favor. Así, resultan estrechamente relacionados los criterios con base en los cuales se define la medida de la protección jurídica de ciertos intereses de ciertas personas, con los criterios que subyacen a la asignación de cargas y beneficios en la sociedad (entendida pues, – se insiste- la mencionada protección como un beneficio o prerrogativa, en el caso de los y las menores de edad). Esto es, con los criterios que informan el análisis del principio y el derecho a la igualdad del artículo 13 de la Constitución.

menores de edad pueden encontrarse en ocasiones bajo “situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos”¹⁷.

También insistió la Corte que dentro del marco fijado por la Constitución de 1991 tales medidas debían ajustarse al principio de proporcionalidad y no podían encaminarse a suprimir por entero “los otros derechos, valores y principios constitucionales en juego.” Concluyó la Corte, que la presunción de incapacidad para manifestar el consentimiento en niña menor de catorce años era completamente injustificada y para tales efectos se apoyó en la jurisprudencia que la misma Corte Constitucional ha emitido respecto de la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del consentimiento informado de niños y niñas menores de edad en relación con la práctica de intervenciones médicas. Consecuentemente con tales consideraciones, concluyó la Corporación lo siguiente:

“la jurisprudencia constitucional ha reconocido en los menores la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años.”

Juzgó, finalmente, que una medida de protección dirigida a despojar de relevancia jurídica el consentimiento de la niña menor de catorce años resultaba inconstitucional por cuanto anulaba por entero la autonomía y la dignidad de las niñas. Agregó, por demás, que tal regulación supuestamente protectora, terminaba por ser, incluso, contraproducente. De una parte, no era idónea para obtener la protección perseguida y, de otra, sería paradójico sancionar a la persona que practique la interrupción del embarazo de la niña menor de catorce años cuando está en peligro su salud o su vida y ha mediado previo consentimiento de la afectada.

¹⁷ Sentencia C-309 de 1997.

4.2. Regulaciones efectuadas por el decreto reglamentario 4444 de 2006

En este lugar estima la Sala pertinente recordar algunos pasajes del Decreto 4444 de 2006 *“Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva.”* Aquí no entra la Sala a cuestionar la validez del referido decreto. Le interesa, más bien, resaltar cómo las regulaciones contenidas en el decreto resultan aplicables en la medida en que armonizan con lo establecido por la Constitución Nacional de manera consecuente y con lo consignado en la *ratio decidendi* contenida en la sentencia C-355 de 2006.

En el decreto subrayó el Gobierno – Ministerio de la Protección Social - el deber por parte del Estado de garantizar *“la provisión de servicios de salud seguros y de definir los estándares de calidad que garanticen el acceso oportuno, en todo el territorio nacional y en todos los grados de complejidad, a los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, en los eventos no constitutivos de delito de aborto, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C-355/06.”*

Acentuó el Decreto 4444 cómo de conformidad con el Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1999) en situaciones en las cuales el aborto no es ilegal, *“los sistemas de salud deben entrenar y equipar a los proveedores de los servicios de salud y tomar otras medidas para asegurar que los abortos sean seguros y accesibles...”* (subrayado añadido). Insistió en la necesidad de adoptar medidas encaminadas a eliminar *“barreras que impidan el acceso a servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, la educación e información en el área de la salud sexual y reproductiva, en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad, fijando los requisitos necesarios para su prestación.”* (subrayado añadido).

De lo expresado en líneas precedentes se sigue que, en relación con la práctica del aborto inducido en los casos que, con base en la interpretación de la Constitución, fueron avalados por la sentencia C-355 de 2006, el deber de las autoridades públicas – y de los particulares que actúan en esa calidad, como ocurre con las Empresas Promotoras de Salud -, consiste en remover los obstáculos que impidan a la mujer gestante acceder a los servicios de salud en condiciones de calidad y seguridad de modo que se protejan en debida forma sus derechos sexuales y reproductivos. Las autoridades públicas y los particulares que obran en esa calidad no sólo están obligados a evitar actuaciones discriminatorias, sino a promover las condiciones para que sea factible

respetar los derechos constitucionales fundamentales de la mujer gestante.

4.3. Desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional en sede de tutela

De otra parte, encuentra la Sala oportuno resaltar cómo la Corte Constitucional en sede de Revisión de Tutelas ha reiterado la necesidad de observar a cabalidad la *ratio decidendi* y el *decisum* establecidos en la sentencia C-355 de 2006, en materia de práctica legítima del aborto inducido bajo ciertas circunstancias.

Así en la sentencia T-988 de 2007, le correspondió a la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional pronunciarse sobre el caso de una joven la cual – con un cuadro de parálisis cerebral y retardo sicomotor severo e hipotiroidismo; cuadriparesia espástica, encefalopatía hipóxica isquémica, hipotonía trocular, epilepsia parcial versiva a la izquierda; mioclonía que le producen limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales y la reducen a estar inmovilizada en silla de ruedas -, fue víctima de abuso carnal en incapaz de consentir¹⁸. Comprobado el estado de embarazo de la joven y solicitado su interrupción por parte de la madre de ésta, la EPS negó su práctica alegando que en ninguna de las solicitudes presentadas por la accionante fue anexada o constaba copia de la existencia de denuncia ante las autoridades “*por acceso carnal violento*”; esgrimió asimismo que no se había anexado copia o certificación del proceso de interdicción por incapacidad en la que se le otorgara a la madre representación legal de la joven; y, finalmente, agregó, además, que no existía tampoco prueba de valoración psicológica que determinara de manera certera la ausencia de voluntad en la paciente.

En aquella ocasión, la Sala recordó los lineamientos sentados por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, en particular,

¹⁸ La madre de la joven quien obró en su nombre solicitó a la E. P. S. la práctica del aborto luego de haber elevado denuncia penal. La E. P. S. se negó a llevar a cabo la interrupción del embarazo. Adujo como excusa que en ninguna de las solicitudes presentadas por la peticionaria había sido anexada o constaba copia de la existencia de denuncia ante las autoridades. “*por acceso carnal violento.*” Manifestó asimismo que no se había anexado copia o certificación del proceso de interdicción por incapacidad en la que se le otorgara a la madre representación legal de la joven. Subrayó que no se había presentado tampoco prueba en que constara la valoración psicológica mediante la cual se determinara de manera cierta “la ausencia de voluntad de la paciente.”

aquellos atinentes a los requisitos establecidos en esa sentencia para efectos de que se practique el aborto inducido en caso de acceso carnal violento, no consentido o abusivo. Se pronunció también respecto de la protección que se les confiere a las personas discapacitadas, tanto en el ordenamiento constitucional como en el ámbito internacional. A la luz de esas consideraciones, llegó a la conclusión de que al haberse negado la E. P. S. a practicar la interrupción del embarazo en la situación de indefensión manifiesta en la que se encontraba la joven, obró no sólo en contravía de los lineamientos sentados por la Corte en la sentencia C-355 de 2006 sino que impuso a la joven una carga desproporcionada, arbitraria e injustificada bajo entero desconocimiento de sus derechos constitucionales fundamentales.

Dado que durante el trámite de Revisión la Sala constató que el embarazo ya no existía y tampoco se había presentado el parto – motivo por el cual se produjo la carencia actual de objeto -, decidió la Sala advertir a la E. P. S. demandada que en adelante, [cuando quiera que se solicitara] la interrupción de embarazo de mujer discapacitada – con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que le imposibilitan la manifestación libre y directa del consentimiento – víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo, debía “abstenerse de elevar obstáculos de orden formal.” Precisó, del mismo modo, que bajo tales circunstancias “la solicitud de interrupción del embarazo [podía] efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halla en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.”

Con posterioridad, en la sentencia T-209 de 2008 resolvió la Sala Novena de Revisión de Tutelas el caso de una niña de trece años de edad quien fue víctima de acceso carnal violento y, como consecuencia de tal agresión, quedó en estado de embarazo así como sufrió una infección de transmisión sexual y presentó daños psicológicos que la condujeron, incluso, a querer suicidarse cortándose las venas. El ataque propiciado a la niña le produjo serios desordenes psicológicos que le impiden conciliar el sueño. Adicionalmente, luego de la agresión, la niña siguió recibiendo llamadas telefónicas amenazantes con el fin de evitar que se delatara lo ocurrido.

Denunciado el hecho ante las autoridades competentes y después de recibir ayuda psicológica tanto de la Fiscalía como de la entidad a la que está afiliada la niña en calidad de beneficiaria de su padre, la E. P. S. se negó a practicar la interrupción voluntaria del embarazo ordenada por el Centro de Atención Integral a Víctimas de Agresión Sexual (CAIVAS)

de la Fiscalía, alegando la objeción de conciencia de su staff de ginecólogos y remitiendo para tal efecto a la menor al hospital universitario Erasmo Meoz de Cúcuta. Según la entidad demandada, tampoco resultaba claro que el embarazo de la niña hubiese sido originado en el acceso carnal denunciado, por cuanto las fechas no concordaban, esto es, no existía coincidencia entre la fecha en la que tuvo lugar la presunta violación y la fecha en que se dio la fecundación.

El hospital, por su parte, luego de imponerle a la niña distintos trámites burocráticos y de alegar que no existía vínculo contractual alguno de prestación de servicios con la E. P. S., negó la interrupción del embarazo. Argumentó la ausencia de una urgencia que pusiera en peligro la vida de la paciente. De otra parte, el día diez de abril de 2007 el Departamento de Ginecobstetricia del hospital Erasmo Meoz de Cúcuta produjo un oficio firmado por todos los ginecólogos de la entidad, presentando objeción de conciencia en relación con la práctica del aborto.

En vista de lo anterior, la Sala Novena de Revisión halló pertinente determinar “si la generalizada objeción de conciencia presentada por parte de los profesionales de la salud, a quienes se solicitó practicar la interrupción del embarazo, sin que hubieran remitido de manera inmediata a la madre gestante a otro profesional que pudiese practicarlo, así como la exigencia de elementos probatorios adicionales a la presentación de la correspondiente denuncia penal contra el presunto violador, [hacían] nugatorio el cumplimiento de la sentencia de constitucionalidad C-355 de 2006.” Y desconocían, de paso, los derechos constitucionales fundamentales de la niña “en cuanto no se procedió a la interrupción del embarazo por ella solicitado, respecto de una de las causales en las cuales no se incurre en el delito de aborto.” Para responder los interrogantes planteados, la Corte abordó el estudio de los siguientes tópicos: (i) la sentencia C-355 de 2006 y los presupuestos para que una solicitud de interrupción del embarazo deba ser atendida en forma oportuna. Regulación nacional e internacional al respecto, (ii) La objeción de conciencia no es un derecho absoluto.

Sustentada en las mencionadas consideraciones, encontró la Corte que la E. P. S. demandada así como los establecimientos hospitalarios y clínicos – tanto privados como públicos – a los que fue remitida la niña para la práctica de interrupción del embarazo, al igual que los médicos vinculados con tales establecimientos de salud, habían infringido los derechos fundamentales de la niña al abstenerse de practicar la intervención solicitada. También lesionaron la Constitución, la sentencia C-355 de 2006, la ley y los reglamentos expedidos por el Gobierno

Nacional, pues si bien todos los médicos de la especialidad de ginecología y obstetricia presentaron para el caso objeción de conciencia, ella no cumple los requerimientos que para el efecto consagra tanto la sentencia C- 355 de 2006 como el Decreto 4444 del mismo año y la Resolución 004905 de 2006 expedida por el Ministerio de la Protección Social, y tampoco procedieron a cumplir con la obligación de remitir de manera inmediata a la menor a una profesional de la salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento correspondiente. Sobre el punto manifestó la Sala:

“[d]espués de expedido el Decreto 4444 de 2006, las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud privadas y públicas, no pueden escudarse en la objeción de conciencia para abstenerse de garantizar a las mujeres el acceso al servicio legal de IVE, y por el contrario, deben darle cumplimiento a la citada reglamentación garantizando el número adecuado de proveedores habilitados para la prestación del servicio de IVE en los casos requeridos. En este sentido, tanto las EPS como las IPS deben tener claro que, mientras la objeción de conciencia es resuelta, deben tener de antemano claro, y definida la lista correspondiente, que profesionales de la salud y en qué 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.”

Concluyó que, de conformidad con las pruebas allegadas al expediente, tanto la E. P. S. demandada, como las instituciones prestadoras de servicio público de salud que conforman su red, de la misma forma que la entidad pública Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, habían desconocido de manera flagrante los derechos constitucionales fundamentales de la niña “al no tener la disponibilidad de profesionales de la salud habilitados para llevar a cabo el procedimiento de IVE.” En virtud de lo anterior, sostuvo la Sala que correspondía a las autoridades judiciales en sede de tutela proporcionar a la niña la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Insistió la Sala en que con sus actuaciones las autoridades judiciales en sede de tutela se habían apartado de las normas previstas por el Código Penal y habían infringido la Constitución y la sentencia C-355 de 2006 la cual por haber hecho tránsito a cosa juzgada constitucional era de obligatorio cumplimiento. Sobre este extremo, recordó la Sala, cómo con fundamento en el principio de buena fe, “para los casos en que se solicite el procedimiento IVE y se aduzca que es producto de violencia sexual, sólo puede exigirse a la madre gestante la denuncia penal debidamente presentada para que proceda la interrupción del embarazo,

máxime que en el caso se trataba de una niña de trece años cuyo acceso carnal se considera abusivo y delictual según el Código Penal¹⁹.

4.4. Conclusiones sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

Vistas las cosas de la manera descrita hasta este lugar, se concluye lo siguiente:

- (i) Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo.
- (ii) Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad

¹⁹ Con base en las motivaciones expuestas, resolvió la Sala revocar los fallos de instancia que negaron el amparo solicitado y ordenó, en su lugar, compulsar copias de todo lo actuado al Consejo Seccional de la Judicatura – Sala disciplinaria. Estableció, adicionalmente, que el trámite disciplinario debía ser vigilado por la Procuraduría General de la Nación y determinó que la Fiscalía General de la Nación debía investigar, “si los mismos jueces pudieron haber incurrido en delito de prevaricato, para lo cual la Secretaría General [de la Corte Constitucional remitiría] copia de todo lo actuado en [la] tutela.” Finalmente, juzgó la Sala pertinente pronunciarse de fondo sobre los perjuicios que se ocasionaron a la niña al haberse abstenido las autoridades judiciales de proteger sus derechos constitucionales fundamentales – dado que como consecuencia de esta abstención, la vulneración se consumó sin que fuese posible restablecer los derechos en cabeza de la niña -. Puestas así las cosas, encontró la Sala que se reunían los requisitos exigidos por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 a saber que: (i) la niña había sido afectada de forma manifiesta en sus derechos constitucionales fundamentales; (ii) la vulneración había sido el resultado de una acción clara y arbitraria de las autoridades públicas; (iii) la niña no disponía de otro medio de defensa judicial para solicitar los perjuicios causados por negársele el acceso al servicio legal de IVE que solicitó, cumpliendo los requisitos exigidos por la sentencia C-355 de 2006. Como consecuencia directa de lo anterior, dispuso la Sala que la liquidación de perjuicios debía ser efectuada por la autoridad judicial del Circuito Administrativo – reparto – mediante trámite incidental y ordenó resolver el asunto en el término de los seis meses siguientes al recibo de la comunicación respectiva. Por último, estimó la Sala que el trámite incidental debía ser vigilado por la Procuraduría General de la Nación.

y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como en el Decreto 4444 de diciembre 13 de 2006 *“Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”*.

- (iii) Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar **disponibles en todo el territorio nacional** - bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia - y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran.
- (iv) Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.
- (v) Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.
- (vi) Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la **suficiente disponibilidad de servicios de la red pública** con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad.
- (vii) Ninguna entidad prestadora de salud – sea pública o privada, confesional o laica - puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 – cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia -.

- (viii) Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C-355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:
- Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido.
 - Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.
 - Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.
 - Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.
 - Suscribir pactos – individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo.
 - Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados (as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos.
 - Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.
 - Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico – en este caso la práctica

del aborto inducido – no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente.

- No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

5. La objeción de conciencia: sentido y alcances en un Estado social democrático, participativo y pluralista de derecho como el colombiano (artículo 1º y 7º Superiores)

5.1. La objeción de conciencia como derecho fundamental y su carácter relacional en el ordenamiento jurídico

Con antelación se mencionó que un punto crucial en el asunto *sub judice* era el relativo a la objeción de conciencia, en general, y, en particular, la pregunta acerca de si quienes detentan la calidad de autoridades judiciales en un Estado social, democrático y pluralista de derecho podían alegar la objeción de conciencia para negarse a tramitar y a decidir un asunto puesto a su consideración o podían fallar sustentados en sus propias convicciones absteniéndose de aplicar la normatividad vigente.

Para responder estos interrogantes, resulta preciso advertir que el texto constitucional colombiano tiene unas características específicas que lo diferencian de otras Constituciones no sólo por la extensión de su articulado sino en razón de la manera como allí se regulan diferentes aspectos de la vida social, política, cultural e institucional bajo un mismo hilo conductor, cual es, la democracia participativa y pluralista respetuosa de la dignidad humana.

A partir de la lectura del artículo primero constitucional, queda claro que entre los rasgos con que la Norma Fundamental caracteriza al Estado colombiano se encuentran el de ser un Estado social, democrático y participativo de derecho respetuoso de la dignidad humana, y abierto al pluralismo. Según el referido precepto:

“Colombia es un **Estado social de derecho**, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática, participativa y pluralista**, fundada en el **respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

Uno de los rasgos distintivos del Estado es, por tanto, su apertura al pluralismo. Tal apertura se conecta al menos con tres dimensiones: ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7° Superior)²⁰; (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones²¹ existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa²², de conciencia y pensamiento²³ así como la libertad de expresión²⁴ y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de las diferencias vigentes en un momento determinado.

La Constitución marca, pues, las condiciones de posibilidad de la diversidad como hecho social y cultural así como los linderos dentro de los cuales habrán de realizarse las muy distintas aspiraciones valorativas, cosmovisiones e ideologías propias de una sociedad heterogénea. Al Legislador le corresponde, en efecto, un papel protagónico en relación con el reconocimiento del pluralismo y de la diversidad²⁵. En este sentido, el diseño de todas las políticas debe llevarse a cabo de forma tal que las diferencias no se hagan invisibles y

²⁰ Así lo dispone el artículo 7° de la Constitución Nacional: “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.*”

²¹ La aspiración de una norma constitucional como la de 1991 es obtener, en la medida de lo jurídico, fáctico y económicamente posible, la más plena realización de los valores y principios consagrados en el Preámbulo: “*El pueblo de Colombia/en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...)*”

²² “ARTICULO 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. / Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.”

²³ “ARTICULO 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.”

²⁴ “ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. / Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

²⁵ El Legislador tiene una muy amplia potestad de configuración no sólo, y ante todo, porque supone representar a la sociedad en su conjunto (mayoría y minorías) algo que no ocurre con respecto a los demás poderes públicos sino por la manera como adopta sus decisiones: por medio del debate, de la discusión y de la publicidad (artículos 132 a 187 de la Constitución). Esto hace que el Congreso posea un mayor grado de legitimidad.

se brinde un espacio propicio a la manifestación de los distintos matices ideológicos, culturales, étnicos y sociales.

Desde luego, tanto el trabajo legislativo como las actuaciones de las autoridades públicas y de las personas particulares también están sujetos a límites, pues, de no estarlo, se tendría que considerar a la Constitución como el reflejo de lo resuelto arbitrariamente en sede legislativa. Esto conduciría o bien a un orden cerrado y totalitario en donde tan sólo dominarían los valores que decida de manera dogmática, abarcadora y excluyente el Legislador o a una situación en la que cada autoridad pública o cada persona particular podría actuar de conformidad con su propio criterio sin importar que con ello se obre de manera desproporcionada e injusta y sin reparar en la necesidad de garantizar el respeto por los derechos de los demás con el fin de obtener al menos un mínimo de integridad y cohesión social bajo el respeto del pluralismo como lo ordena expresamente el texto constitucional (artículo 1º). Justamente para evitar lo anterior, la Constitución colombiana fija límites. El texto constitucional significa, por consiguiente, no sólo motor y campo de acción de la tarea legislativa sino que representa, a un mismo tiempo, frontera y freno de las actuaciones en el ámbito estatal.

Uno de los límites, tal vez el principal, con que se encuentran los poderes constituidos en ejercicio de sus funciones son los derechos fundamentales, entendidos esta vez como ámbitos de autonomía individual que resultan infranqueables para el legislador o la administración de un estado democrático y pluralista. En este contexto es que se encuentra el sustento conceptual de la objeción de conciencia, cuyo propósito inicial es preservar las propias convicciones sean ellas de orden ideológico, religioso o moral²⁶. Esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades sobre la objeción de conciencia, en materias como el servicio militar²⁷, la educación²⁸, respecto de la obligación de prestar juramento²⁹, en materia de obligaciones laborales³⁰ y en materia de salud³¹, entre otras.

²⁶ Marina Gascón Abellán, *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 202.

²⁷ Sentencias T-409 de 1992, C-511 de 1994, C-561 de 1995, T-363 de 1995, C-740 de 2001, T-355 de 2002, T-332 de 2004.

²⁸ Sentencias T-539^a de 1993, T-075 de 1995, T-588 de 1998, T-877 de 1999, T-026 de 2005.

²⁹ Sentencias T-547 de 1993, C-616 de 1997.

³⁰ Sentencias T-982 de 2001, T-332 de 2004.

³¹ Sentencias T-411 de 1994, T-744 de 1996, T-659 de 2002, T-471 de 2005.

En general, la objeción de conciencia se presenta cuando el cumplimiento de la normatividad vigente exige por parte de las personas obligadas a cumplirlo un comportamiento que su conciencia prohíbe³². En otras palabras, la objeción de conciencia supone la presencia de una discrepancia entre la norma jurídica y alguna norma moral³³. Aquí no tiene lugar una apelación a la ruptura de una norma con el sentimiento de justicia de la comunidad sino que se resiste su aplicación porque riñe con las propias convicciones morales. Quien ejerce la objeción de conciencia “no invoca la ilegalidad ni busca el cambio de las políticas o de programas impulsados por un gobierno³⁴.” Es una persona que “se apega al Derecho, pero su observancia le provoca problemas con sus convicciones morales más íntimas, con su conciencia crítica³⁵.” La idea central consiste en que se incumple un deber jurídico por razones morales y se busca con ello preservar la propia integridad moral, lo que no supone el propósito de que otras personas “se adhieran a las creencias o practiquen las actuaciones del [de la] objetor [(a)]³⁶.”

El nexo entre la objeción de conciencia y el derecho a la libertad de pensamiento, a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia es muy grande hasta el punto de poder afirmar que la objeción de conciencia resulta ser uno de los corolarios obligados de estas libertades. Desde esa perspectiva, existe un escenario de realización humana dentro del cual las interferencias estatales o son inadmisibles o exigen una mayor carga de justificación. Así, quien objeta por razones de conciencia goza *prima facie* de una presunción de corrección moral. El Estado, debe, entretanto, aportar los argumentos que justificarían una intervención en este campo en principio inmune a cualquier interferencia.

Así se ha reconocido en ordenamientos como el estadounidense –tanto por legislación en el nivel federal, como en el nivel estadual en casi todos los estados de la unión–, aunque la objeción de conciencia en el caso de la interrupción del embarazo no esté consagrada expresamente en la Constitución; de igual forma en Francia, luego de la decisión del Consejo Constitucional de 23 de noviembre de 1977, se entiende que la objeción de conciencia en materia de aborto tiene valor constitucional y

³² *Ibíd.*, p. 203.

³³ *Ibíd.*, p. 204.

³⁴ Lidia Casas, “La objeción de conciencia en salud sexual y reproductiva. Una ilustración a partir del caso chileno.” En: *Más allá del Derecho. Justicia y Género en América Latina*, Luisa Cabal y Cristina Motta, (compiladoras), Bogotá, Siglo del Hombre Editores, p. 275.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Marina Gascón Abellán, *ob. Cit.*, p. 217.

no simplemente legal³⁷; y, finalmente, como ejemplo resulta también pertinente mencionar el caso español, en donde se ha reconocido el derecho al personal médico que participa en la interrupción del embarazo.

Ahora bien, uno de los motivos en los que se sustenta la obediencia al derecho descansa sobre la base de garantizar a las personas la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad de conciencia. Desde luego, este derecho no es ilimitado y pueden surgir restricciones pues, de lo contrario, no sería factible adoptar medidas vinculantes para las personas asociadas. En similar sentido, jamás se podría hablar de normas aceptadas en forma libre y consciente si no se garantizara el derecho a la libertad de conciencia.

No se trata, por tanto, de verificar si las convicciones que esgrime quien ejerce la objeción de conciencia son justas o injustas, acertadas o erróneas. En principio, la sola existencia de estos motivos podría justificar la objeción por motivos de conciencia. **El problema surge cuando la exteriorización de las propias convicciones morales con el propósito de evadir el cumplimiento de un deber jurídico interfiere el ejercicio de los derechos de otras personas.** Dicho en otros términos: cuando con el ejercicio de la objeción de conciencia se obstaculiza el ejercicio de los derechos de terceras personas, entonces el asunto se convierte en un problema de límites al ejercicio de derechos fundamentales, esto es, “en un problema de colisión entre el derecho individual y los valores y principios, derechos o bienes protegidos por el deber jurídico³⁸.” Nos hallamos, pues, ante un problema de límites de los derechos constitucionales fundamentales³⁹.

A partir de lo expuesto en precedencia se deriva que **el ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce.** Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico “con mayor o menor proyección social⁴⁰.” Admitida esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia – la cual

³⁷ En este sentido ESCOBAR ROCA Guillermo, *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 148 y 149.

³⁸ ESCOBAR ROCA Guillermo, *La objeción*, Op. cit., p. 281.

³⁹ ESCOBAR ROCA Guillermo, *La objeción*, Op. cit., p. 281-282.

⁴⁰ ESCOBAR ROCA Guillermo, *La objeción*, Op. cit., p. 225.

prima facie puede parecer justificada -, vista desde la óptica de las consecuencias negativas que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas.

En efecto, la protección de los derechos ocupa un lugar preferencial dentro de los propósitos constitucionales. Ello implica que el sentido y alcance de las fronteras fijadas por la Constitución ha de establecerse de manera que se confiera la más amplia realización posible al ejercicio eficaz y real de los derechos, lo que obliga a interpretar dichas fronteras utilizando criterios restrictivos y favorables a una extensiva puesta en vigencia de los derechos. Empero, resulta preciso admitir que no siempre se dispone de criterios jurídicos claros para determinar de antemano en caso de conflicto entre derechos o entre derechos y bienes jurídicamente protegidos, a cuál magnitud se le ha de conferir prioridad y en qué grado. Semejante situación no se soluciona sentando criterios generales capaces de resolver las polémicas de una vez por todas y para siempre. Si bien es cierto, parece posible sentar algunas pautas orientadoras, el derecho a alegar la inobservancia de un deber jurídico por motivos de conciencia debe ser analizado a la luz de las exigencias de cada caso en concreto.

Dentro de las pautas guía podrán mencionarse – como lo ha recordado la doctrina – el grado de importancia que ostenta “el bien o valor jurídico o derecho protegido por el deber jurídico incumplido⁴¹.” Así como “el grado de reversibilidad de la lesión que tal incumplimiento produce⁴².” Cuando la obligación en cabeza de quien objetó implica una intervención apenas marginal o mínima de los derechos de terceras personas o puede encontrarse una persona que cumpla esa obligación sin que exista detrimento alguno de tales derechos, entonces no se ve motivo para impedir el ejercicio de la objeción de conciencia. Lo mismo sucede cuando el deber jurídico se establece en propio interés o beneficio de quien efectúa la objeción.

Algo diferente sucede entretanto con normas que contienen obligaciones destinadas a proteger intereses de personas determinadas. Tal es el caso de lo establecido en la sentencia C-355 de 2006. Las mujeres que se encuentran bajo las hipótesis que, con base en la interpretación de la Constitución, fueron avaladas por la Corte tienen interés en que si se hallan en esos supuestos, no se las penalice cuando deciden interrumpir en forma voluntaria su embarazo. En esta eventualidad se trata de intereses suficientemente relevantes que justifican restringir la libertad

⁴¹ Marina Gascón Abellán, ob. Cit., p. 226.

⁴² *Ibíd.*

de conciencia por cuanto, de lo contrario, se desconocerían de manera desproporcionada los derechos constitucionales fundamentales de estas mujeres: su derecho a la salud, a la integridad personal, a la vida en condiciones de calidad y de dignidad. Se vulnerarían sus derechos sexuales y reproductivos y se les causaría un daño irreversible.

En efecto, también a este respecto podrían trazarse distinciones. Como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, una situación es, por ejemplo, la que deben afrontar los médicos que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de interrupción voluntaria del embarazo al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales. En esta contingencia, cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante colocada bajo los supuestos previstos en la referida sentencia, entonces no habría ningún reproche frente al ejercicio de la objeción de conciencia.

Cosa distinta se presenta cuando el Estado o las Entidades Promotoras de Salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la sentencia C-355 de 2006 a las mujeres. Si sólo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis previstas en la referida sentencia, entonces deberá practicarla – con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica. En esta hipótesis la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima -en tanto proporcional y razonable-, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo trae consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringe sus derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales.

Esta afirmación tiene fundamento, de una parte, i. al carácter relacional de los derechos que implica, de un lado, ejercer con libertad las libertades pero sin que ese ejercicio redunde en abuso o interfiera de manera injustificada, desproporcionada o arbitraria en el ejercicio de las libertades de las demás personas. ii. Significa, de otro lado, que las personas se reconozcan como parte integrante de un conglomerado social frente al cual surge el deber de propugnar por actuaciones

respetuosas del bienestar general, solidarias, justas y equitativas. Actuaciones todas estas, sin las cuales el desarrollo integral de las personas y de la sociedad en su conjunto sería muy difícil e incluso poco probable. Y, finalmente, iii. resalta el papel especial que dentro de la sociedad cumplen los profesionales de la salud, especialmente cuando su labor implica la prestación de un servicio público, pues a la vez que se coloca en una posición especial respecto de los usuarios del servicio, de la misma se derivan deberes imposibles de aplazar o eludir.

Para el tema en concreto y entre los numerosos problemas vinculados con la pregunta acerca de los límites al ejercicio del derecho a objetar el cumplimiento de un deber jurídico por motivos de conciencia, uno de los más fundamentales y a la vez persistentes es la necesidad de fijar prioridades. Como se indicó, para tales efectos no parece factible sentar reglas o criterios muy generales y debe atenderse, más bien, a las circunstancias de cada asunto en particular. En el caso de las mujeres gestantes puestas bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, en principio, las personas profesionales de la medicina pueden eximirse de practicar la interrupción del embarazo por motivos de conciencia sí y solo sí se garantiza la prestación de este servicio en condiciones de calidad y de seguridad para la salud y la vida de la mujer gestante que lo solicite, sin imponerle cargas adicionales o exigirle actuaciones que signifiquen obstaculizar su acceso a los servicios de salud por ella requeridos, y con ello, desconocerle sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud sexual y preproductiva, a la integridad personal, a la dignidad humana.

En relación con lo antedicho cabe recordar en este lugar lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-209 de 2008 cuando sostuvo que “la objeción de conciencia no [era] un derecho absoluto” e insistió en que “[l]os profesionales de la salud [debían] atender las solicitudes de interrupción de embarazo en forma oportuna de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 y [era] su obligación remitir inmediatamente a la mujer embarazada a un profesional de la salud que [pudiera] practicar dicho procedimiento.” A lo anterior agregó la Corporación en la precitada providencia T-209 de 2008: “ (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “*convicción de carácter religioso debidamente fundamentada*”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su

ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.” –subrayado ausente en texto original-

En acuerdo con lo anterior, resulta pertinente mencionar que existe un límite respecto de la titularidad para ejercer el derecho a la objeción de conciencia y, en este sentido, la Sala deja en claro que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. *Contrario sensu*, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención.

En efecto, no guarda relación alguna con la naturaleza de la objeción de conciencia que el personal encargado de la apertura de la historia clínica, del archivo de la institución, de la recepción de los pacientes, de la limpieza de las instalaciones, etc. se abstenga de llevar a cabo su labor, pues difícilmente podrá encontrarse conexión real con motivos morales, filosóficos o religiosos; de la misma forma no existirá dicha posibilidad respecto del personal que desarrolla las labores médicas preparatorias como la práctica de los exámenes necesarios, la orientación respecto de las consecuencias del procedimiento, la asistencia psicológica previa a la intervención, etc.; finalmente, tampoco se encuentra sentido a que el personal médico que debe ayudar a la paciente en su etapa de recuperación luego de la intervención manifieste objeción de conciencia, pues la conexión entre los posibles motivos morales, religiosos o filosóficos y el incumplimiento de la labor que en ese preciso momento se realizan carece de fundamento alguno, siendo, por el contrario, muestra de una simple reprobación por la conducta ya realizada, situación que resulta por completo ajena a la objeción de conciencia, como hasta ahora ha sido explicada.

Finalmente, considera la Sala que deben existir límites formales, en el sentido de prever ciertos requisitos y procedimientos para ejercer en estos precisos casos el derecho de objetar en conciencia. En caso de que el personal médico que participará directamente en la intervención conducente a interrumpir el embarazo desee manifestar su objeción de conciencia respecto del procedimiento encomendado deberá hacerlo por escrito expresando:

- i. Las razones por las cuales está contra sus más íntimas convicciones la realización del procedimiento tendente a interrumpir el embarazo en ese específico caso, para lo cual no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia; y
- ii. El profesional médico al cual remite a la paciente que necesita ser atendida. Esto teniendo siempre como presupuesto que se tenga certeza sobre la existencia de dicho profesional, sobre su pericia para llevar a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo y de su disponibilidad en el momento en que es requerido.

De esta forma se respeta el carácter garantista y plural que tiene el núcleo esencial de los derechos fundamentales, a la vez que se generan elementos para impedir que la objeción se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo para las pacientes que así lo soliciten y se aporta seriedad y rigurosidad al ejercicio de la objeción de conciencia.

Queda pues de relieve, que la objeción de conciencia es un derecho de las personas **en el ámbito de su esfera privada** encaminado a lograr que el reducto más íntimo – su pensamiento y su conciencia– puedan ser conformados con plena libertad sin ingerencias estatales o de particulares por entero inadmisibles en este terreno. Que cuando se ejerce dicho derecho, y en virtud de su carácter relacional, este tiene límites que no puede sobrepasar, so pena de realizar un ejercicio ilegítimo del derecho.

5.2. La objeción de conciencia como derecho individual y no institucional o colectivo

Resulta pertinente recalcar que las personas jurídicas no son titulares del derecho la objeción de conciencia y, por tanto, a las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud no les es permitido oponerse a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Así lo reconoció la sentencia C-355 de 2006, que estableció “Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo 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 señaladas en esta sentencia”. En efecto, el ejercicio de la objeción de conciencia no se asimila a la simple opinión que se tenga sobre un asunto; por el contrario, son las más íntimas y

arraigadas convicciones del individuo las que pueden servir como fundamento para el ejercicio de este derecho. Esta característica es ajena a las personas jurídicas, que en su constitución y ejercicio pueden concretar principios como la libertad de empresa o derechos fundamentales de sus socios, mas éstos no podrán nunca transmitirles caracteres éticos y morales propios y exclusivos de las personas naturales.

Se resalta que negar el derecho de objeción de conciencia a las personas jurídicas, además de responder plenamente a la naturaleza de éste, resulta un mecanismo efectivo para evitar limitaciones abusivas de la libertad de las personas que laboran en las instituciones prestadoras del servicio de salud, las cuales podrían verse coaccionadas por posiciones restrictivas impuestas por los cuadros directivos de dichas instituciones.

En este punto no resultaría válido diferenciar, para el tema en concreto, entre las personas jurídicas privadas y públicas. Las principales razones serán que se trata de la prestación del *servicio público* de salud, dentro del sistema público de salud establecido por el Estado, en donde se ve involucrada la protección de derechos fundamentales de los usuarios. En estos eventos no se está ante una institución privada que presta el servicio de salud en condiciones establecidas por un acuerdo privado basado en la mera liberalidad de las partes involucradas; por el contrario, se trata de la implementación del sistema de salud público, creado y vigilado en su ejecución por el Estado y financiado con recursos públicos, en el que, aunque tienen oportunidad de participar personas jurídicas particulares, las reglas son muy lejanas a aquellas que regulan la primera situación mencionada. Cuando es el aspecto público el que prima en la prestación de un servicio [público], la autonomía privada debe entenderse drásticamente reducida, especialmente cuando se trata de la protección efectiva y real de derechos fundamentales como la salud, la vida, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

5.3. Las autoridades judiciales no pueden escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto que se ponga bajo su consideración

La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado – cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas -. No obstante, queda excluido alegarla cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo

dispuesto en los artículos 2° y 6° de la Constitución Nacional. De conformidad con el primero:

“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Mientras que el segundo consagra:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Lo consignado en los artículos transcritos, pone de relieve el papel que desempeñan las autoridades públicas y las diferencias sustanciales que surgen respecto del sentido y alcance de los deberes en cabeza de estas autoridades si se comparan con los que radican en cabeza de las personas particulares en lo relativo al ejercicio de la objeción de conciencia. Cuando se acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial e, incluso, cuando en calidad de particulares se asumen compromisos que implican el ejercicio de la actividad jurisdiccional, una de las consecuencias, si no la más importante, es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente.

En efecto, cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución-, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida ésta en sentido amplio-, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su

labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho.

Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia. Debe tenerse presente, que con el ejercicio de la función judicial está en juego la protección de los derechos constitucionales fundamentales que han sido, a su turno, el resultado de grandes esfuerzos por parte de grupos de la sociedad históricamente discriminados – como, en el caso que nos ocupa, lo han sido las mujeres-.

Ha de repararse, de la misma manera, en que estas conquistas cristalizadas bajo la forma de derechos fundamentales, no siempre reciben aceptación pacífica por parte de todos los sectores de la sociedad y se ven expuestas, con frecuencia, a los ataques provenientes de quienes pretenden imponer un punto de vista abarcador y excluyente incompatible, como ya se dijo, con la apertura al pluralismo y con la necesidad de proteger y promover la diversidad cultural, tal como lo disponen los artículos 1º y 7º de la Constitución Nacional en armonía con otros preceptos contenidos en la misma Norma Fundamental⁴³.

⁴³ Un caso paradigmático se presentó recientemente en España a raíz de la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Respecto de esta posibilidad se elevaron voces que abogaban por el derecho de los jueces y de las autoridades públicas (bien fueran las funcionarias o funcionarios judiciales encargados del registro civil o alcaldes o concejales) para excusarse en razones de conciencia para intervenir en la celebración de tales uniones. Varios sectores de la sociedad y particularmente el Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española manifestaron su desaprobación frente a la ley de matrimonios entre homosexuales y reivindicaron el derecho a la objeción de conciencia de las autoridades públicas para abstenerse de intervenir en la celebración de estas uniones. Cfr. <http://www.fluvium.org/textos/cultura/cul271.htm>. También El Vaticano se pronunció al respecto para manifestar su disenso. El Gobierno español reaccionó pronto realizando el hecho de ser esta justamente una conquista comprometida “con una concepción de la dignidad de la persona y la libertad en una sociedad abierta y plural.” Cfr. <http://www.deia.com/es/impresa/2005/04/26/araba/d2/110577.php>.

Aquí cabe, por consiguiente, afirmar que las autoridades judiciales deben dejar de lado sus consideraciones de conciencia para que, en desarrollo del Estado de Derecho, se garantice el derecho que tienen las personas a acceder a la justicia y, por esa vía, asegurar que sus derechos constitucionales fundamentales sean debidamente respetados y protegidos. No se pueden convertir las razones particulares de conciencia de un funcionario o de una funcionaria judicial en obstáculo que impida a las personas obtener pronta y debida justicia.

Aparece claro, entonces, que quien voluntariamente resuelve convertirse en miembro de la rama judicial debe dejar de lado sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones y ha de aplicar la normatividad vigente. Otra cosa sucede cuando estas personas obran en la esfera privada, por cuanto en ese ámbito la Constitución Nacional les reconoce la plena posibilidad de obrar de conformidad con los mandatos de su conciencia y les asegura que ello tendrá lugar sin intromisiones inadmisibles por parte del Estado o de particulares.

Lo hasta ahora expresado se complementa con una reflexión de un tema anexo que se vincula inescindiblemente al asunto en estudio como parte de los elementos que garantizan una adecuada protección del derecho por cuenta de las autoridades judiciales: el tiempo que los jueces emplean para decidir sobre las acciones de tutela.

Las acciones de tutela deben ser falladas en el tiempo previsto por el art. 86 de la Constitución y el art. 29 del decreto 2591 de 1991 con miras a que se concrete la protección del derecho fundamental y se evite la consumación del daño.

Es de especial importancia recordar que el juez, sobre todo en casos como el que ahora nos ocupa, debe emplear todos los elementos que el ordenamiento pone a su alcance para evitar que se consume el daño sobre el derecho fundamental; en este sentido, el término de diez días para proferir fallo es sólo un límite máximo –art. 86 de la Constitución– y que, por tanto, si las circunstancias lo ameritan el juez de tutela *debe* esforzarse en proferir un fallo en un tiempo que proteja efectivamente el derecho amenazado o vulnerado.

Cualquier omisión del juez en este sentido podría originar una situación irreversible para la madre que, en el evento concreto, generaría responsabilidad del Estado por inactividad de sus funcionarios, caso en el que debería estudiarse la viabilidad de una acción de repetición contra el funcionario que omitió proteger efectivamente el derecho.

5.4. Conclusiones

En conclusión, lo establecido respecto del ejercicio de la objeción de conciencia implica lo siguiente:

- (i) La objeción de conciencia es un derecho constitucional fundamental que como todo derecho dentro de un marco normativo que se abre a la garantía de protección y estímulo de la diversidad cultural (artículo 1º y artículo 7º constitucionales) no puede ejercerse de manera absoluta.
- (ii) El ejercicio del derecho constitucional fundamental a la objeción de conciencia recibe en la esfera privada por la vía de lo dispuesto en el artículo 18 Superior una muy extensa protección que solo puede verse limitada en el evento en que su puesta en práctica interfiera con el ejercicio de derechos de terceras personas.
- (iii) Sólo el personal médico cuya función implique la participación directa en la intervención conducente a interrumpir el embarazo puede manifestar objeción de conciencia; *contrario sensu*, ésta es una posibilidad inexistente para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias y el personal médico que participe en la fase de recuperación de la paciente.
- (iv) La objeción de conciencia se debe manifestar por escrito y debe contener las razones que impiden al funcionario llevar a cabo la interrupción del embarazo.
- (v) En lo relativo a la práctica del aborto inducido, la Corporación mediante la sentencia C-355 de 2006 destacó la necesidad de asegurar que el ejercicio *prima facie* admisible de la objeción de conciencia de personas profesionales de la medicina que obran como prestadores directos del servicio, pudiera restringirse cuando su ejercicio trae como consecuencia imponer una carga desproporcionada a las mujeres que colocadas bajo las hipótesis establecidas en la mencionada sentencia optan por la interrupción del embarazo.
- (vi) En cuanto es manifestación de íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, la objeción de conciencia es un derecho de cuya titularidad se encuentran excluidas las personas jurídicas.
- (vii) Las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no pueden excusarse en la objeción de conciencia para dejar de cumplir una norma que ha sido adoptada en armonía con los preceptos constitucionales y que goza, en consecuencia, de legitimidad y validez pues ello supone

desconocer el mandato establecido en el artículo 2º Superior de acuerdo con el cual dentro de los fines estatales se encuentra “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” así como proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” La objeción de conciencia resulta, pues, en este entorno inadmisibile, por cuanto se traduce en una denegación injustificada de justicia y se liga con una seria, arbitraria y desproporcionada restricción de derechos constitucionales fundamentales, tanto más, cuanto varios de estos derechos han sido el resultado de luchas libradas por sectores de la sociedad históricamente discriminados cuyos logros suelen no ser bien recibidos por amplios sectores sociales quienes escudados en el ejercicio de la objeción de conciencia pretenden proyectar en la esfera pública sus convicciones privadas con una lógica impositiva y excluyente que contraría por entero el mandato de protección y estímulo de la diversidad cultural consignado de manera especial en la Norma de Normas (artículos 1º y 7º Superiores).

6.El poder vinculante de las sentencias de constitucionalidad emitidas por la Corte Constitucional, los supuestos específicos de no sanción del aborto y la prevalencia de los derechos de las mujeres en casos específicos

Resulta necesario recalcar el carácter vinculante que tienen las sentencias de constitucionalidad respecto de particulares y autoridades públicas. Para esto lo primero será distinguir entre las partes que integran una sentencia y determinar sus efectos; así, primero se hará referencia a la parte motiva de la sentencia y, posteriormente, la parte resolutive será el objeto de estudio. En ese sentido la Corte en sentencia T – 292 de 2006 manifestó:

“ (...) la respuesta a la pregunta inicial respecto a si la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza vinculante, es afirmativa conforme a lo enunciado por esta Corporación y el legislador estatutario. Por consiguiente las autoridades y los particulares están obligados a acatar los postulados vinculantes de la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad, en aquellos aspectos determinantes

de la decisión que sustenten la parte resolutive de tales providencias, así como frente a los fundamentos “que la misma Corte indique”⁴⁴.”⁴⁵

Las principales razones que sustentan esta conclusión son dos: i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas⁴⁶; y ii) la posición y misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta.

Para efectos de determinar los extractos de la parte motiva que vinculan, deberá establecerse dónde se encuentra la *ratio decidendi*, lo que permitirá que el operador identifique la regla y subreglas –si existen– contenidas en la sentencia y las acate en su diaria actividad⁴⁷.

Lo expuesto hasta este lugar adquiere aún mayor significación cuando se tiene en cuenta lo establecido recientemente por la Corte Constitucional en la sentencia C-335 de 2008. En aquella oportunidad le correspondió la Sala Plena de la Corporación pronunciarse sobre la demanda acumulada de inconstitucionalidad⁴⁸ contra el artículo 413 de la Ley 599 de 2000 “*Por la cual se expide el Código Penal*”⁴⁹. La Corte

⁴⁴ Sentencia C-131 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁵ Sentencia T – 292 de 2006, consideración 16.

⁴⁶ Nótese además, que tanto la Ley estatutaria de la Administración de justicia como el inciso 1 del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, reconocen también esta fuerza vinculante. En el caso del inciso 1º, se expresa claramente que son vinculantes las sentencias de constitucionalidad, tanto para las autoridades como para los particulares.

⁴⁷ Sentencia SU – 047 de 1999.

⁴⁸ Algunos de los actores alegaron que la disposición acusada desconocía el Preámbulo y los artículos 2, 4, 93, 95 y 122 constitucionales al igual que el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Otros sostuvieron que el artículo en cuestión desconocía el Preámbulo constitucional, los artículos 2, 4, 121, 122, 123, 228 y 230 Superiores, los artículos 1º y 153 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, así como los artículos 10 y 13 de la Ley 599 de 2000.

⁴⁹ “Artículo 413. *Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.*” La Corte precisó en aquella ocasión lo siguiente: “la pena asignada al delito de prevaricato por acción se incrementó en virtud de la Ley 890 de 2004, cuyo artículo pertinente reza “Artículo 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo

consideró que las dos demandas de inconstitucionalidad presentadas coincidían en formular el mismo cargo, esto es, que el artículo 413 del Código Penal que contiene “el tipo penal de prevaricato por acción es inconstitucional por omitir los supuestos de infracción o desconocimiento de la Constitución, la jurisprudencia de las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, así como el bloque de constitucionalidad.” Según los demandantes, a partir de lo prescrito en el artículo acusado no resultaba factible “sancionar a los jueces, servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas, por desconocer manifiestamente la Constitución, la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes y de la Corte Constitucional, al igual que el bloque de constitucionalidad.”

Al contrario de lo sostenido por los demandantes, la Corte Constitucional encontró que el cargo no estaba llamado a prosperar por cuanto el tipo penal, tal y como se [encontraba] descrito en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, [comprendía] los supuestos que los demandantes [consideraban] excluidos.” A juicio de la Sala Plena, lo previsto en la disposición demandada resultaba aplicable también respecto del desconocimiento de la Constitución; del bloque de constitucionalidad o de la jurisprudencia constitucional. Estimó la Corporación que quienes estaban llamados (as) a aplicar la normatividad vigente incurrían en prevaricato por acción cuando quiera que efectuaran una aplicación manifiestamente contraria a la Constitución y a las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad⁵⁰.

Dentro de los tópicos abordados por la Sala en aquella ocasión, interesa aquí subrayar los siguientes. En primer lugar, que los/las servidores (as)

caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley.”

⁵⁰ Para llegar a esta conclusión la Sala Plena estimó pertinente examinar: “(i) la inexistencia de cosa juzgada constitucional en relación con la norma legal acusada; (ii) la jurisprudencia constitucional en materia de prevaricato por acción; (iii) la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el mismo ilícito; (iv) los fundamentos constitucionales del principio de legalidad; (v) el contenido y el alcance del principio de legalidad no se entiende de la misma forma para los jueces y demás servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas; (vi) el carácter vinculante que ofrece la jurisprudencia elaborada por las Altas Cortes frente al delito de prevaricato por acción; (vii) lo concerniente al carácter vinculante que ofrece la jurisprudencia constitucional, habiendo distinguido entre fallos de control y de tutela.”

públicos (as), incluidas las autoridades judiciales y las personas particulares que prestan servicios públicos, pueden incurrir en el delito de prevaricato por acción, cuando emiten una providencia, resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a los preceptos constitucionales, a la ley o a un acto administrativo de carácter general. Respecto de lo anterior, recordó la Corte cómo “el artículo 230 Superior al referirse a la “ley”, [aludía] realmente a las distintas fuentes del derecho que [debían] ser aplicadas para resolver un caso concreto y como tal, bien [podía] tratarse de la Constitución, la ley o el acto administrativo de carácter general.”

En contraste dijo la Corporación, que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina eran criterios auxiliares de la actividad judicial, pero agregó, más adelante, que esta categoría de criterio auxiliar no podía interpretarse de manera literal y había que tener presente la importancia que para la coherencia, la seguridad jurídica y la plena realización del derecho a la igualdad ante la ley de la ciudadanía tenía el respeto por el precedente jurisprudencial, lo cual no implicaba contradecir los “imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos.”

En relación con la obligatoriedad de la jurisprudencia, señaló la Sala Plena cómo contradecir las providencias emitidas por las Altas Cortes en tanto fuente autónoma de derecho, no implicaba, *per se*, incurrir en delito de prevaricato por acción. Precisó, no obstante, que cuando se trataba de sentencias emitidas con motivo de haberse ejercido el control de constitucionalidad de las leyes o normas con fuerza de ley o cuando el desconocimiento de la jurisprudencia conllevara asimismo la infracción de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, se incurría en prevaricato por acción.

Respecto de los efectos de providencias emitidas con motivo del control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley, manifestó la Corporación que de conformidad con lo expuesto en el artículo 243 Superior⁵¹ “todas las autoridades públicas en Colombia [incluidas las autoridades judiciales], [debían] acatar lo decidido por la Corte en sus fallos de control de constitucionalidad.” Resaltó, a continuación, la

⁵¹ “ARTICULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. / Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

necesidad de distinguir tres componentes⁵² de la sentencia cuando se emite con motivo de haber ejercido la Corte el control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley: la *ratio decidendi*⁵³, los *obiter dictum*⁵⁴ y el *decisum*⁵⁵. Sobre este extremo puntualizó la Corte varios asuntos:

- (i) Toda autoridad judicial debe abstenerse de aplicar en una sentencia una norma legal que haya sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional “so pena de incurrir en delito de prevaricato por acción por violación directa de [la Constitución Nacional], es decir, del artículo 243 Superior.”
- (ii) Si el fallo es de exequibilidad, no puede la autoridad judicial acudir a la excepción de inconstitucionalidad cuando los motivos que se esgrimen para aplicarla coinciden con los estudiados por la Corte.
- (iii) En el evento en que el fallo haya sido de constitucionalidad condicionada, “igualmente le está vedado a cualquier [autoridad judicial] acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional, so pena de incurrir en la mencionada conducta delictiva.”

A la luz de las consideraciones desarrolladas en la presente providencia, las autoridades judiciales no pueden alegar motivos morales para abstenerse de tramitar y decidir un asunto puesto a su consideración. En casos relacionados con la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, las autoridades judiciales están obligadas no sólo a fallar,

⁵² Recordó la Corte Constitucional que “[l]a terminología no [era] siempre idéntica. Así, algunos autores, en especial estadounidenses, prefieren hablar del "holding", en vez de *ratio decidendi*, y de "disposition", que es la parte resolutive, pero la idea es básicamente la misma.”

⁵³ Por su parte, la *ratio decidendi* “es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.”

⁵⁴ “[Constituye] un mero *dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.”

⁵⁵ Según la Corte “el *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez de tutela ampara o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento etc.”

sino a hacerlo en armonía con los lineamientos jurisprudenciales sentados por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se expulsó del ordenamiento jurídico – por considerarse contrarias a los preceptos constitucionales – algunas de las hipótesis bajo las cuales se penalizaba la práctica del aborto inducido. Tanto el *decisum* como la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006 vinculan a la autoridades judiciales y no pueden ellas omitir su observancia alegando razones de conciencia, pues su conducta podría dar lugar al delito de prevaricato por acción, así como a faltas de orden disciplinario, de conformidad con lo establecido en la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único).

Con fundamento en las consideraciones efectuadas hasta este lugar y teniendo presentes las pruebas que obran en el expediente, procederá la Sala a examinar y a resolver el caso concreto.

7. El caso concreto

Como asunto previo debe valorarse la legitimidad que asiste al señor BB para presentar acción de tutela a nombre de su compañera permanente, la señora AA, pues claramente se concreta la figura del agente oficioso.

En los casos de agencia oficiosa la Corte ha manifestado que la misma es procedente cuando se manifiesta i) que se actúa en dicha calidad y que ii) el titular de los derechos que se agencian no está en condiciones de ejercer la defensa. Únicos presupuestos que deben configurarse atendiendo el carácter de informalidad de que está revestida la acción de tutela⁵⁶.

Sobre la manifestación expresa del agente oficioso tenemos que en la presente acción de tutela, si bien el señor BB no denomina de forma correcta la figura, sí manifiesta claramente y sin lugar a equívocos que se encuentra “*actuando en procura de su [el de la señora AA] derecho fundamental a la vida*” –folio 1 cuaderno principal-, lo que, en concepto de la Sala, resulta suficiente para entender cumplido el primer requisito exigido por la figura.

Respecto del segundo requisito, si bien no se manifiestan las razones por las cuales la señora AA no ejerce ella misma la protección constitucional de sus derechos, salta a la vista que la causa está en la grave afección que padecía la ciudadana AA para el momento en que la

⁵⁶ Sentencia T-443 de 2007.

tutela fue presentada –como obra a folio 81 del cuaderno principal-⁵⁷, lo cual se constituye en motivo suficiente para entender que la titular del derecho se encontraba en estado de indefensión y, por ende, no podía presentar directamente la acción, como ha entendido esta Corporación en ocasiones anteriores⁵⁸. Adicionalmente, el interponer acción de tutela en representación de la compañera o compañero permanente bien puede entenderse manifestación del deber de de asistencia, colaboración, socorro y ayuda mutua que existe entre ellos, siendo esta una razón a considerar a favor de la procedencia de la acción en estos eventos.

Por estas razones entiende la Sala que se cumple el requisito de legitimación de la parte activa en el presente caso, razón por la que entrará a resolver el fondo del presente caso.

A folio 33 del expediente, cuaderno 1º, se encuentra un escrito emitido por el Juez Segundo Penal Municipal de la ciudad de Santa Marta el día 23 de agosto de 2006 mediante el cual resuelve declararse impedido para tramitar y decidir la acción de tutela de la referencia en los términos que se transcriben a continuación:

“Después de analizar la presente acción de tutela con base en el Decreto 2591/91 resuelve declararse impedido por las siguientes razones: / Si bien es cierto en armonía con el Código Civil, la criatura que permanece en el vientre de la accionante no es persona, de acuerdo a mi sentir, es una vida, lo anterior en armonía con la sentencia de la Corte Constitucional (T-179 de 1993), ser al que denomina la literatura jurídica NASCITURUS, ha expresado la Corte Constitucional: / ‘Nasciturus es el término con el que se denomina al no nacido que está por nacer. La discusión acerca de si el nasciturus es persona o no ha sido clásica en la literatura jurídica’ (subrayas añadidas por el juez) / Dice también la Corte Constitucional en la Sentencia referenciada: /‘Constitucionalmente la protección del No nacido se encuentra en el Preámbulo y en el artículo 11 (del derecho a la vida).’ / Lo anterior en armonía con el artículo 18 de la Constitución Nacional que en mi calidad de persona como Juez de la República, garantiza mi libertad de conciencia, dicho de otra manera por mi formación CRISTIANA, BAJO NINGUNA CIRCUNSTANCIA ORDENARÉ la interrupción del embarazo, que en mi concepción PERSONAL, basado en principios bíblicos como el expresado en el capítulo 20 versículo 13 ‘no debes

⁵⁷ En donde se manifiesta que para mediados de agosto de 2006 la señora AA presentaba dolor tipo contracciones de creciente intensidad, cefalea y sangrado vaginal, según lo confirma evaluación hecha por la propia SaludCoop EPS.

⁵⁸ Sentencias T-534 de 2003, T-419 de 2001 y SU.707 de 1996, entre otras.

asesinar' viola la Ley Divina, por lo que me declaro IMPEDIDO para resolver la presente acción de tutela, por ir en contra de mi conciencia. / Por lo anterior se ordena remitir la presenta acción de tutela a la oficina Judicial para la designación correspondiente. Anótese la salida.” (Mayúsculas y subrayas añadidas por el juez).

Por medio de sentencia dictada el día 31 de agosto de 2006 el Juzgado Segundo Penal Municipal de la ciudad de Santa Marta resolvió negar la tutela. Fundamentó su decisión en la objeción de conciencia. En relación con lo anterior dijo que

“[quería] dejar constancia (...) que muy a [su] pesar se [había declarado] impedido para conocer del presente procedimiento por la Institución de la OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, la cual [era] Constitucional pues [estaba] plasmada en el artículo 18 de la Carta Magna.” Añadió que a propósito del caso bajo examen de su despacho se [presentaba] una “confrontación entre la ley y la conciencia individual que la Constitución Nacional [permitía] con la Institución de la OBJECCIÓN DE CONCIENCIA y por lo tanto no [existía] delito o falta alguna.” (Mayúsculas añadidas por el juez).

(...)

[Que] el artículo 18 [era] parte de la norma de normas y no [existía] nada conocido que [indicara] la exclusión de los jueces de la República, los cuales [eran] seres humanos con formación filosófica, religiosa, cultural, etc.” [Agregó, finalmente,] que “no [había] podido estar tranquilo ante la pregunta de una persona en la calle, quien, [le había manifestado]: ‘doctor, dígame una cosa, ¿ese feto de seis meses está vivo verdad? y lo sacan vivo y después ¿cómo lo matan?, ¿lo estrangulan?, ¿lo inyectan o lo dejan en la mesa de cirugía hasta que se muera? Añadió que esta pregunta formulada por un transeúnte no [lo había dejado] dormir.” Luego de citar algunos pasajes doctrinales concluyó que no podía conceder el amparo solicitado por los motivos expresados.

Como se indicó en precedencia, el *ad quem* – Juzgado Segundo de Circuito de Santa Marta – revocó en todas sus partes el fallo emitido por el *a quo* y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud de la actora, así como ordenó a la E. P. S. SaludCoop que en un término perentorio de cuarenta y ocho horas procediera a interrumpir el embarazo de la joven por los motivos expuestos en la sentencia. Ordenó, asimismo, practicar las pruebas

diagnósticas “sobre el feto y los padres conforme lo recomendaron los médicos tratantes y suministrarle a la joven la atención psicológica que [requiriera].”

Por ello en el caso *sub judice* se presentó carencia actual de objeto, por cuanto, de acuerdo con el informe del Procurador Delegado para el la Defensa del Menor y la Familia y en cumplimiento del fallo de segunda instancia, el día nueve de septiembre del año 2006 se realizó la interrupción del embarazo. No obstante, dada la trascendencia y la relevancia constitucional que tiene el asunto bajo examen para el debido cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006 y con el propósito de atender a los fines de unidad interpretativa que asisten a la Corte Constitucional, consideró la Sala indispensable realizar las precisiones desarrolladas en precedencia a la luz de las cuales queda claro que el juez *a quo* obró de manera por entero incompatible con lo dispuesto con la normatividad vigente, primero, al negarse a conocer del trámite de la tutela invocada por motivos de conciencia y, luego, al denegar el amparo sobre la base de argumentos religiosos por entero inaceptables en un Estado social, democrático, participativo y pluralista de derecho como lo es el Estado colombiano (Art. 1º C. N.).

El *a quo* dejó de aplicar el *decisum* y la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006 y, en tal sentido, desconoció la obligatoriedad del precedente constitucional en los términos establecidos por la sentencia C-335 de 2008 antes reseñada. Ciertamente es que esta última sentencia fue emitida con posterioridad al fallo proferido por el Juez Segundo Penal Municipal de la ciudad de Santa Marta, motivo por el cual podría argüirse su inaplicabilidad en este asunto concreto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la sentencia C-335 de 2008, lejos de crear norma alguna, se limitó a aclarar la interpretación que debe hacerse sobre distintas disposiciones constitucionales existentes mucho antes del año 2006, para lo cual reiteró jurisprudencia ya consolidada en sentencias como la SU-047 de 1999, la C-836 de 2001 y la T-355 de 2007 entre otras. De este modo, ya antes de la sentencia C-335 de 2008 era claro el carácter vinculante de las decisiones de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional.

La novedad en los efectos de la sentencia C-355 de 2006 y los varios aspectos difíciles que el tema involucra hacen que en este caso no se haga lo que de ordinario correspondería y que será obligatorio en los casos futuros: compulsar copias tanto a la Fiscalía como al Consejo Seccional de la Judicatura para lo de su competencia. Lo anterior no obsta para que la Corte resalte la gravedad del proceder del juez de primera instancia y la necesidad de que una conducta así no vuelva a

presentarse y, por consiguiente, enfatice en que el desconocimiento de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional tiene consecuencias, máxime cuando dicha conducta afecte negativamente la protección debida a los derechos fundamentales.

En este lugar debe la Sala destacar, de nuevo, cómo por más profundas y respetables que sean las creencias religiosas de las autoridades judiciales en su ámbito personal, tales autoridades no pueden abstenerse de tramitar y decidir un caso puesto a su consideración aduciendo motivos de conciencia y tampoco pueden decidir con fundamento en sus propias convicciones morales desconociendo la obligación en cabeza suya de decidir de conformidad con la normatividad vigente, la cual, como se indicó, comprende no sólo la ley, en sentido estricto, sino también la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia emitida en sentencias de control de constitucionalidad de las leyes y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional cuando conlleva la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-335 de 2008. En otros términos: está vedado a quienes ejercen jurisdicción dictar lo que deben efectuar las personas en materia de valoraciones morales o abstenerse de aplicar la normatividad vigente y expedida en armonía con lo dispuesto en la Constitución Nacional, porque la consideran incompatible con sus propias creencias religiosas, morales, culturales o ideológicas. Si lo hacen, podrían incurrir en la hipótesis prevista para que se configurara el delito de prevaricato por acción. Por consiguiente surge la posibilidad de ser sancionadas penal y disciplinariamente.

Ha insistido la Corte Constitucional y lo reiteró en las consideraciones de la presente sentencia, en que las autoridades judiciales no pueden alegar la objeción de conciencia para abstenerse de autorizar solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer gestante se halla en los supuestos permitidos por la sentencia C-355 de 2006. Por demás, no existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano una disposición que permita a las autoridades judiciales declararse impedidas – como inicialmente alegó el *a quo* – para abstenerse de tramitar y de fallar tutelas en esas eventualidades. De una parte, y por los motivos indicados en las consideraciones de la presente sentencia, las funcionarias y los funcionarios judiciales emiten sus sentencias en derecho y no en conciencia. De otra, las causales de impedimento en el caso de las autoridades judiciales son taxativas – no prevén la objeción de conciencia – y son de interpretación restrictiva pues su ejercicio, como se explicó, significa un obstáculo al acceso a la administración de

justicia y, con ello, una denegación injustificada de justicia y ausencia de protección de los derechos constitucionales fundamentales en contravía con lo dispuesto por la Constitución Nacional (Arts. 2° y 6° C. N.).

Adicionalmente, encuentra la Sala que la solicitud efectuada por el médico ginecólogo encaminada a exigir orden judicial previa para proceder a efectuar la interrupción del embarazo constituye una práctica inadmisibles por entero contraria a la normatividad vigente. Es preciso subrayar, otra vez, que las entidades prestadoras del servicio de salud – sean ellas particulares o estatales, laicas o confesionales – deben abstenerse de exigir a las mujeres que optan por interrumpir su embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 un previo permiso judicial. Esta práctica resulta a todas luces inadmisibles y se convierte en una seria y grave afrenta contra los derechos constitucionales fundamentales de la mujer que, como lo recordó la referida sentencia, han de ser garantizados y plenamente protegidos. Dicho de otro modo: no pueden elevarse obstáculos adicionales no contemplados por la sentencia C-355 de 2006 que impliquen una carga desproporcionada y arbitraria a las mujeres que se encuentren bajo los supuestos previstos en la referida sentencia pues con ello se las coloca en situación de indefensión y se desconocen sus derechos constitucionales fundamentales.

Con apoyo en lo antedicho, confirmará la Sala el fallo emitido por el *ad quem* bajo las consideraciones expuestas y desarrolladas en la presente providencia. Adicionalmente, urgirá al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y hagan el debido seguimiento de tales campañas para poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que estas campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos.

Así mismo, instará a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPSs e IPSs – independientemente de si son públicas o privadas laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina y el personal

idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 sin incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por esta Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia – cuya existencia obstaculiza la puesta en práctica de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta observancia de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando de esta manera que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

De otra parte, ordenará la Sala que por Secretaría General se remita el expediente a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Seccional de la Judicatura para lo de su competencia. Por último, comunicará la presente decisión a la Superintendencia Nacional de Salud, al Defensor del Pueblo y al Procurador General de la Nación para que, dentro de la órbita de sus competencias, hagan un seguimiento del cumplimiento del fallo de la referencia e informe sobre el particular a la Sala de Decisión de la Corte Constitucional.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO.- CONFIRMAR, con fundamento en las consideraciones expuestas y desarrolladas en la presente providencia, la sentencia emitida el día 8 de septiembre de 2006 por el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta la cual revocó en todas sus partes el fallo de tutela emitido por el *a quo* y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida de la ciudadana AA.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera pronta, constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y **URGIR** a estas mismas entidades para que hagan el debido seguimiento de tales campañas con el objetivo de poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que las campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos.

CUARTO.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS – independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 así como se abstengan de incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por la Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia y bajo entera observancia de las exigencias determinadas en el fundamento jurídico 31 de la misma. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta consideración de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis establecidas en la sentencia C-355 de 2006.

QUINTO.- COMUNICAR la presente decisión a la Superintendencia Nacional de Salud, al Defensor del Pueblo y al Procurador para que, dentro de la órbita de sus competencias, hagan seguimiento del cumplimiento de la presente sentencia e informen del mismo dentro del término de tres (3) meses a la Corte Constitucional.

SEXTO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Así mismo, **ORDENAR** a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen

las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de la peticionaria y de su esposo.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JUAN CARLOS HENAO PÉREZ A LA SENTENCIA T-388 DE 2009
MAGISTRADO PONENTE: DR. HUMBERTO SIERRA PORTO**

OBLIGACION DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD DE PRACTICAR ABORTO-No tiene justificación constitucional (Aclaración de voto)

PRECEDENTE DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006 SOBRE OBJECION DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL-Adolece de argumentación (Aclaración de voto)

La mayoría de la Sala compartió la tesis según la cual la prohibición de la objeción de conciencia institucional tuvo origen en la sentencia C-355/06, con base en la siguiente expresión: “Cabe recordar además, 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 señaladas en esta sentencia.” Este mismo extracto se reitera en otras decisiones jurisprudenciales. Sin embargo, tanto en la primera como en las segundas sentencias no hubo una argumentación sobre tan importante tema. No se puede concluir entonces, que existe una postura decantada con relación a la prohibición de la objeción de conciencia institucional o de persona jurídica en la jurisprudencia constitucional colombiana. Simplemente se ha dado por cierta una afirmación que se repite en ciertos fallos, a pesar de que no se ha argumentado debidamente sobre este problema jurídico. Aunado a que este tema no fue discutido por la Sala Plena durante la elaboración de la sentencia C-355 de 2006, en la presente sentencia tampoco se argumentó lo suficiente sobre el mismo.

SISTEMAS JURIDICOS EN EL DERECHO COMPARADO-Diferentes elementos de juicio a aquellos en que se sustentó la decisión mayoritaria (Aclaración de voto)

La decisión que adoptó la mayoría de la Sala no tuvo en cuenta interesantes elementos de juicio que otorga el derecho comparado y que, mínimo, de haber sido analizados, hubieren permitido profundizar en tan importante tema. En efecto, como se verá a continuación a nivel de ejemplo, en Francia y en Estados Unidos de Norteamérica, en los que

está permitida la interrupción voluntaria del embarazo, se autoriza a las instituciones prestadoras de salud privadas, cuyo fundamento ideológico sea confesional o religioso, a que se abstengan en algunas circunstancias de practicar la interrupción voluntaria del embarazo.

OBLIGACION DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD DE PRACTICAR ABORTO-Vulnera derechos a la libertad de conciencia, asociación, libertad religiosa y el pluralismo (Aclaración de voto)

Comparto plenamente el contenido de esta decisión porque implica un avance en el reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Pero, al margen de ello, la mayoría de la Sala compartió la tesis según la cual la prohibición de la objeción de conciencia institucional tuvo origen en esta sentencia, con base en la siguiente expresión: “Cabe recordar además, 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 señaladas en esta sentencia.” Este mismo extracto se reitera en otras decisiones jurisprudenciales. Sin embargo, tanto en la primera como en las segundas sentencias no hubo una argumentación sobre tan importante tema.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA-Facultad que tienen las personas para actuar, profesar y difundir sus convicciones de manera individual o colectiva (Aclaración de voto)

Al sintetizar el régimen constitucional, la construcción jurisprudencial y su referencia al bloque de constitucionalidad, se puede afirmar que la libertad de conciencia es la facultad que tienen las personas de actuar, profesar y difundir sus convicciones tanto de manera individual como colectiva. En virtud de esa disposición las personas tienen la facultad de asociarse con distintos propósitos acorde al desarrollo de estas convicciones. Correlativamente, el Estado tiene el deber de velar por el cumplimiento de dicho derecho, cuando se exprese de manera individual o de manera colectiva. En desarrollo de este derecho las personas pueden fundar clínicas privadas cuyo cometido fundamental sea profesar o difundir determinado credo o religión. Si bien las prácticas médicas de estos centros se desarrollarán conforme al estado del arte en materia clínica para proteger el derecho a la salud, los móviles que impulsarán dicha actividad son fundamentalmente religiosos, con el propósito de

difundir determinado credo o convicción. En razón de ello, sólo si es indispensable el Estado debe exigir un comportamiento contrario a dichas convicciones, porque también es un compromiso del Estado la salvaguarda de estas bases morales o éticas.

DERECHO DE ASOCIACION-Tanto personas naturales como jurídicas promulgan concepciones ideológicas, religiosas, políticas, culturales etc (Aclaración de voto)

Con la decisión que adoptó la mayoría de la Sala se afectó el derecho de asociación. Se desconoció, a mi juicio, que las asociaciones de personas tienen convicciones ideológicas, políticas, morales, éticas, filosóficas o económicas que justifican su vinculación a determinado tipo de organización. Son fines precisos los que se pretenden al vincularse a ciertas agrupaciones, que el ordenamiento jurídico debe salvaguardar. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las personas naturales no son las únicas que actúan para lograr la consecución de fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, etc. Las personas jurídicas, en virtud del derecho de asociación, tienen también el derecho de promulgar una concepción ideológica particular referida al asunto que amerita su asociación. La prohibición de la objeción de conciencia institucional, deviene en la negación jurídica de las convicciones ideológicas o filosóficas que sustentan ciertas asociaciones o comunidades de personas. Con esta determinación se niega la pluralidad de pensamiento e ideas, con lo cual en últimas, se afecta el pluralismo que es uno de los fundamentos de la democracia y de los estados constitucionales modernos.

LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CULTOS-Se puede ejercer de manera individual o colectiva (Aclaración de voto)

Cuando la Constitución reconoce que la libertad religiosa se puede ejercer de manera colectiva, enuncia la posibilidad de asociarse con propósitos religiosos para difundir determinado credo o religión. Es usual que dentro de los propósitos misionales de cierta comunidad religiosa se contemple la opción de difundir su fe mediante la prestación de servicios de salud, los cuales se orientarán por los dictados ideológicos de esa determinada comunidad religiosa. Exigirle a una comunidad religiosa que presta servicios de salud, en cuyos cánones se proscriben la interrupción voluntaria del embarazo, a practicar este procedimiento en todo momento, bajo toda circunstancia y cuando otro operador puede practicar el procedimiento, niega la libertad religiosa de esta asociación.

PLURALISMO-Coexistencia de distintas convicciones y nociones sobre la sociedad (Aclaración de voto)

La jurisprudencia constitucional ha definido al pluralismo como principio fundamental del Estado Social de Derecho. La relación entre el ordenamiento jurídico y aquella comunidad religiosa que preste servicios de salud, en desarrollo de sus convicciones morales o ideológicas, está mediada por la tolerancia y el respeto de las posturas que la comunidad pregona. Por ese motivo se pretende, en la mayor medida posible, que tales nociones ideológicas compaginen con los deberes que impone el sistema jurídico a los demás prestadores del servicio público de salud. El Estado Social de Derecho aboga por la coexistencia de distintas convicciones y nociones sobre la sociedad. En el grado de reconocimiento y protección de esta diferencia radica el grado de materialización que puede alcanzar el actual modelo de Estado, vigente desde la Constitución de 1991. Si a una comunidad religiosa que presta servicios de salud se le obliga a practicar la interrupción voluntaria del embarazo, en todos los casos, se le causaría un perjuicio a las convicciones que motivan la esencia de su comunidad.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER-Protección por otro medio alternativo y no por la obligación de las entidades de interrumpir voluntariamente el embarazo (Aclaración de voto)

La protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres colisiona con la libertad de conciencia, el derecho de asociación, la libertad religiosa y el pluralismo de aquellas instituciones prestadoras de salud privada, que tienen un fundamento religioso o moral que se opone a este tipo de procedimiento. Bajo esta perspectiva toda la red pública hospitalaria y las instituciones privadas, sin fundamento religioso, están obligadas a practicar la interrupción voluntaria del embarazo, según las causales de la sentencia C-355 de 2006. Por ello es notorio que existen otro tipo de medios que pueden emplearse para proteger los derechos de las mujeres sin necesidad de restringir la libertad de conciencia, el derecho de asociación, la libertad religiosa y el pluralismo de las instituciones prestadoras de salud que tienen un fundamento religioso.

**DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER-Casos específicos en que las entidades podrían estar obligadas a interrumpir voluntariamente el embarazo/
OBLIGACION DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE**

SALUD DE PRACTICAR ABORTO-Solo en casos de urgencia y que existan médicos capacitados y habilitados para practicar el procedimiento (Aclaración de voto)

No obstante, en la ponencia respecto de la cual aclaro el voto, se ha insistido en que las instituciones prestadoras de salud privada, con fundamento religioso, deben contar con personal capacitado y calificado para practicar en toda circunstancia la interrupción voluntaria del embarazo, según las causales de la sentencia C-355 de 2006. Pero ello contradice el enunciado que comparto y según el cual, solo debería ser así cuando no exista mecanismo alternativo para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Considero que esta situación se presenta en los siguientes casos: cuando se trata de un estado de urgencia, cuando corre peligro la integridad de la mujer o cuando este tipo de instituciones son las únicas que pueden practicar este procedimiento en un determinado lugar. Creo que en estos eventos no existe otro mecanismo alternativo para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual solo en estas hipótesis estos establecimientos deberán llevarlo a cabo.

CORTE CONSTITUCIONAL-Debe crear reglas que concilien, con base en el principio de proporcionalidad, los derechos que colisionan en la interrupción voluntaria del embarazo (Aclaración de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones que adopta la mayoría, me permito presentar la siguiente aclaración de voto, por cuanto no comparto la regla que se desprende de algunos de los argumentos con los cuales se motivó la decisión. Considero que se vulneran el derecho a la libertad de conciencia, a la asociación, a la libertad religiosa y al pluralismo, si se obliga a las instituciones prestadoras de salud privada, cuyo fundamento ideológico sea confesional o religioso, a practicar la interrupción voluntaria del embarazo cuando no se trate de un caso de urgencia o cuando dicha entidad de salud no sea la única entidad del lugar donde se requiera el servicio.

1. Parte resolutive de la sentencia T-388 de 2009

Las órdenes relevantes de la parte resolutive de la presente sentencia fueron:

“SEGUNDO.- CONFIRMAR, con fundamento en las consideraciones expuestas y desarrolladas en la presente providencia, la sentencia

emitida el día 8 de septiembre de 2006 por el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta la cual revocó en todas sus partes el fallo de tutela emitido por el a quo y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexión con la vida de la ciudadana AA.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera pronta, constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y **URGIR** a estas mismas entidades para que hagan el debido seguimiento de tales campañas con el objetivo de poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que las campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos.

CUARTO.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS – independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 así como se abstengan de incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por la Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia y bajo entera observancia de las exigencias determinadas en el fundamento jurídico 31 de la misma. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta consideración de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis establecidas en la sentencia C-355 de 2006.

QUINTO.- COMUNICAR la presente decisión a la Superintendencia Nacional de Salud, al Defensor del Pueblo y al Procurador para que, dentro de la órbita de sus competencias, hagan seguimiento del

cumplimiento de la presente sentencia e informen del mismo dentro del término de tres (3) meses a la Corte Constitucional.”⁵⁹

Comparto plenamente las órdenes impartidas. Sin embargo, no comparto alguna de las consideraciones que justifican las mismas, cuando indican que la objeción de conciencia es una decisión individual y no colectiva que no pueden alegar las personas jurídicas (Págs. 53 y 59, acápite 5.2.), cuando aseveran que este tipo de entidades no pueden negarse a practicar la interrupción voluntaria del embarazo en las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006 o cuando afirman que esa postura reitera el precedente de la sentencia C-355 de 2006 sobre las entidades que pueden presentar objeción de conciencia o sobre los sujetos obligados a practicar la interrupción voluntaria del embarazo (Págs. 41 y 50).

La regla que se desprende de esta sentencia obliga a las instituciones prestadoras de salud privadas, cuyo fundamento ideológico sea confesional o religioso, bajo todas las circunstancias, a practicar la interrupción voluntaria del embarazo. En mi parecer, por el contrario, este tipo de instituciones deben contar con personal médico capacitado y calificado para practicar la interrupción voluntaria del embarazo, sólo cuando se trate de estados de urgencia o cuando estas instituciones sean las únicas de un determinado lugar que puedan realizar este tipo de procedimientos.

Para sustentar mi aclaración adoptaré el siguiente esquema: (i) el precedente que se invoca de la sentencia C-355 de 2006 adolece de argumentación respecto de la llamada objeción de conciencia institucional; (ii) sistemas jurídicos de derecho comparado, como el francés y el norteamericano, muestran interesantes elementos de solución diferente al planteado por la sentencia de la cual me aparto y ; por último, (iii) la medida de la cual disiento afecta de manera innecesaria los derechos a la libertad de conciencia, a la libertad religiosa, al derecho de asociación y al pluralismo. Tras ese análisis propondré ciertas reglas que armonizan de una mejor forma los derechos que colisionan en el presente caso y que debieran ser adoptadas por la Corte Constitucional.

2. Fundamentos del disenso

⁵⁹ Corte Constitucional Sentencia T-388 de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Págs. 73 y 74.

2. a. El precedente que se invoca de la sentencia C-355 de 2006 adolece de argumentación respecto de la llamada objeción de conciencia institucional.

La parte resolutive de la sentencia C-355 de 2006 fue el siguiente: *“Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.”*⁶⁰

Comparto plenamente el contenido de esta decisión porque implica un avance en el reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Pero, al margen de ello, la mayoría de la Sala compartió la tesis según la cual la prohibición de la objeción de conciencia institucional tuvo origen en esta sentencia, con base en la siguiente expresión: *“Cabe recordar además, 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 señaladas en esta sentencia.”*⁶¹ Este mismo extracto se reitera en otras decisiones jurisprudenciales⁶². Sin embargo, tanto en la primera como en las segundas sentencias no hubo una argumentación sobre tan importante tema.

El salvamento de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil comprueba que este asunto no se discutió en la Sala Plena al momento de proferir la sentencia C-355 de 2006: *“Aclaremos que estas razones se refieren exclusivamente a los asuntos debatidos y decididos en Sala Plena, y no a aquellos otros que, como la improcedencia de la objeción de conciencia institucional (...) no fueron definidos dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del*

⁶⁰ Sentencia C-355 de 2006. Magistrados Ponentes: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA y Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ Pág. 301.

⁶¹ *Ibidem*. Pág. 291

⁶² Ver. T-209 de 2008 y T-946 de 2008, entre otras.

*fallo, como puede corroborarse con la lectura de las actas correspondientes.*⁶³

No se puede concluir entonces, que existe una postura decantada con relación a la prohibición de la objeción de conciencia institucional o de persona jurídica en la jurisprudencia constitucional colombiana. Simplemente se ha dado por cierta una afirmación que se repite en ciertos fallos, a pesar de que no se ha argumentado debidamente sobre este problema jurídico. Aunado a que este tema no fue discutido por la Sala Plena durante la elaboración de la sentencia C-355 de 2006, en la presente sentencia tampoco se argumentó lo suficiente sobre el mismo.

En efecto, en la sentencia de la cual disiento se afirmó: *“Esta característica es ajena a las personas jurídicas, que en su constitución y ejercicio pueden concretar principios como la libertad de empresa o derechos fundamentales de sus socios, mas éstos no podrán nunca transmitirles caracteres éticos y morales propios y exclusivos de las personas naturales.”*⁶⁴ Y en relación con la distinción entre personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado, señaló: *”Las principales razones serán que se trata de la prestación del servicio público de salud, dentro del sistema público de salud establecido por el Estado, en donde se ve involucrada la protección de derechos fundamentales de los usuarios. En estos eventos no se está ante una institución privada que presta el servicio de salud en condiciones establecidas por un acuerdo privado basado en la mera liberalidad de las partes involucradas; por el contrario, se trata de la implementación del sistema de salud público, creado y vigilado en su ejecución por el Estado y financiado con recursos públicos, en el que, aunque tienen oportunidad de participar personas jurídicas particulares, las reglas son muy lejanas a aquellas que regulan la primera situación mencionada.”*⁶⁵

No obstante, es preciso aclarar que la postura que estoy afirmando, no implica que tenga el propósito de modificar el fondo de la sentencia C-355 de 2006.

2. b Existen sistemas jurídicos en el derecho comparado que otorgan interesantes y diferentes elementos de juicio a aquellos en los cuales se sustentó la decisión mayoritaria

La decisión que adoptó la mayoría de la Sala no tuvo en cuenta interesantes elementos de juicio que otorga el derecho comparado y que,

⁶³ *Ibídem.* Pág. 574.

⁶⁴ Pág. 54

⁶⁵ *Ibídem.*

mínimo, de haber sido analizados, hubieren permitido profundizar en tan importante tema. En efecto, como se verá a continuación a nivel de ejemplo, en Francia y en Estados Unidos de Norteamérica, en los que está permitida la interrupción voluntaria del embarazo, se autoriza a las instituciones prestadoras de salud privadas, cuyo fundamento ideológico sea confesional o religioso, a que se abstengan en algunas circunstancias de practicar la interrupción voluntaria del embarazo.

2. b. 1. Francia

En este país se diferencian dos tipos de sujetos para prestar los servicios de salud: los hospitales públicos y las entidades privadas. Tal clasificación tiene repercusiones sobre la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Los hospitales públicos son financiados con fondos públicos y aseguran una misión de servicio público. En consecuencia, deben atender a todos los pacientes, sin diferenciar sobre los procedimientos que se pueden llevar a cabo. Estos establecimientos deben operar bajo el principio de neutralidad ética, que obliga a atender todo tipo de tratamientos o de procedimientos, sin considerar las implicaciones ideológicas que acarrea uno u otro.

Los establecimientos públicos actúan en el respeto de principios contenidos en el Código de la Sanidad Pública, como el respeto de la dignidad del enfermo⁶⁶, o la prohibición de las discriminaciones⁶⁷.

Las obligaciones son distintas cuando se trata de establecimientos privados, los cuales no están obligados a acogerse al principio de neutralidad ética. Se diferencia entre aquellos establecimientos privados sin orientación religiosa, cuya motivación es el lucro, de aquellos establecimientos que promueven ciertos valores religiosos o éticos, generalmente católicos.

En este último caso, la relación entre el paciente y la clínica privada religiosa contiene una motivación moral e ideológica, que compagina los propósitos de la institución con las convicciones del paciente. Los pacientes comprenden con antelación que en este tipo de establecimientos la atención se atiende a cierto tipo de razones éticas. Por lo tanto, es incompatible que en estos se practique la interrupción

⁶⁶ Artículo L. 1110-2 Código de la Salud Pública de Francia

⁶⁷ Artículo L. 1110-3 Código de la Salud Pública de Francia

voluntaria del embarazo, salvo que no exista otro establecimiento que pueda responder a las necesidades locales.⁶⁸

2. b. 2. Estados Unidos de Norteamérica

El Congreso de los Estados Unidos, como consecuencia de la sentencia *Roe vs Wade* de 1973 que despenalizó el aborto, implementó legalmente las cláusulas de conciencia⁶⁹. Con estas se permite a las entidades médicas negarse a practicar la interrupción voluntaria del embarazo invocando razones religiosas o morales. También se prescribió la prohibición de discriminar a las entidades e individuos que se rehúsen practicar este procedimiento y se ampara los derechos de aquellos médicos que se vinculan al servicio de salud e invocan sus convicciones morales para abstenerse de realizar este tipo de procedimiento o uno similar.

El análisis de los ordenamientos jurídicos que se han citado permite inferir que no existe una regulación universal y uniforme con relación al tema. Al contrario, estos casos ilustran que las clínicas privadas, cuyo fundamento ideológico sea de tipo confesional o religioso, no se encuentran compelidas a practicar en toda circunstancia procedimientos que ordene el sistema jurídico, en particular la interrupción voluntaria del embarazo. Al contrario, la regulación que se hace en estos países reconoce, respeta y tolera las diversas convicciones que motivan la existencia y funcionamiento de estos establecimientos, con lo cual se avala que durante el desarrollo ordinario de su actividad se distancien de ciertas prácticas que pueden realizar otros sujetos y que consideran contrarias a sus convicciones.

2. c. La regla que se desprende de la decisión que fijó la mayoría de la Sala no armoniza debidamente los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con la libertad de conciencia, el derecho de asociación, la libertad religiosa y el pluralismo

⁶⁸ Artículo L. 2212-8 Código de la Salud Pública de Francia. En su tenor literal dice el artículo: “(...) *Un establecimiento privado de salud puede negarse a que, en sus instalaciones, se practiquen interrupciones voluntarias del embarazo.*

Sin embargo, cuando el establecimiento pidió participar en la prestación del servicio público hospitalario o firmó un contrato de concesión, en virtud de las disposiciones de los artículos L. 6161-5 a L. 6161-9, únicamente puede negarse si otros establecimientos están en capacidad de responder a las necesidades locales (...)”

⁶⁹ Feder, Jody. “*The history and effect of abortion conscience clause laws*”. CRS Report for Congress. 14 de enero de 2005. En 1973 se promulgó “*The Church Amendment*,” mediante el cual se señaló que la práctica del aborto, o los procedimientos de esterilización, no eran obligatorios si eran contrarios a las convicciones religiosas del personal médico o de las entidades. Cinco años después, en 1978, prácticamente todos los Estados habían proferido leyes que prescribían cláusulas de conciencia.

La mayoría de la Sala acogió la regla de que las instituciones privadas, cuyo fundamento sea confesional o religioso, deben practicar en toda circunstancia la interrupción voluntaria del embarazo. Tal postura pretende salvaguardar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, el derecho a la vida y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, si se acoge como criterio general, sin excepciones, afecta y limita sin necesidad la libertad de conciencia, el pluralismo, el derecho de asociación y la libertad religiosa. Es decir, se impone una restricción a derechos constitucionales fundamentales sin que haya necesidad para ello, violando una regla que, además, es de sentido común: no se debe perturbar allí donde no sea necesario.

Para desarrollar la idea anterior, en primer lugar se determinará el peso preciso de cada uno de los derechos involucrados en el presente caso, para establecer, en segundo lugar, que la medida resulta desproporcionada por no cumplir con el subprincipio de necesidad del juicio de proporcionalidad. Por último, se propondrán ciertas reglas que tienen como propósito salvaguardar en mejor medida los derechos que colisionan en el presente caso.

2. c. 1 Peso concreto de los derechos en conflicto

Como se ha dicho, varios son los derechos que el presente caso hace colisionar, razón por la cual se estudiarán uno a uno.

2. c. 1. a. Derecho a la libertad de conciencia

El primer derecho que se vulnera, con la regla que elaboró la mayoría de la Sala, es la libertad de conciencia, en tanto este derecho se puede divulgar o profesar de manera individual o colectiva. La manifestación colectiva de la libertad de conciencia, a diferencia de lo prescrito en la Constitución Política en donde no se hace precisión específica sobre el tema,⁷⁰ se enuncia en el artículo 12 la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a la libertad de conciencia y de religión, en el cual se dispone que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad

⁷⁰ Constitución Política ARTICULO 18. “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.”

de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. *Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.*

3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.*

4. *Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.” (Subrayados fuera del texto)*

De esta disposición se deduce que las personas tienen la posibilidad de difundir de manera colectiva sus convicciones, ligadas a la libertad de conciencia y religiosa, en público o en privado. El segundo aspecto a destacar es que las limitaciones que se efectúen a este derecho deben ser indispensables para salvaguardar la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia ha fijado el contenido de este derecho: “79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida.”⁷¹

La sentencia T-1319 de 2001 compiló y sistematizó la teoría de la Corte Constitucional sobre el bloque de constitucionalidad. Para sustentarlo se recurrió al artículo 93 de la Constitución Política de 1991, según el cual, los deberes y los derechos de las personas deben ser interpretados conforme a los “tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia”. Con base en esta sentencia se podría afirmar que una de las principales características del bloque de constitucionalidad es complementar el contenido de los derechos fundamentales a la luz de los derechos humanos que integran las disposiciones constitucionales. Para

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)

el presente caso, es imprescindible integrar el contenido de la libertad de conciencia, prescrito en la Carta, con los enunciados normativos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que ha sido incorporada al derecho interno.⁷² La razón de ello, aparte de una motivación formal, consiste en que la Constitución no prescribe unívoca y expresamente una manifestación colectiva de la libertad de conciencia. Es decir, del texto constitucional colombiano podría surgir una duda que, por fortuna, puede ser resuelta gracias a las citadas normas que se integran en el bloque de constitucionalidad.

Es así como el respeto a esta libertad constituye uno de los pilares de la democracia constitucional. Implica la salvaguarda del plan de vida de todas aquellas personas que han dispuesto, para el desarrollo de su personalidad, la actuación conforme a los dictados de un determinado credo o religión. La exigencia pluralista que emana de la Constitución es el respeto y la garantía de que las personas puedan actuar acorde a sus convicciones y creencias.

La libertad de conciencia, en su manifestación colectiva, también es reconocida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 9: *“Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2 La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”⁷³ (Subrayado fuera del texto). En este Tratado los límites a la libertad de conciencia también se relacionan directamente con el criterio de la necesidad, es decir, que su restricción sólo debe ser por vía excepcional, cuando no

⁷² Ley 16 del 30 de diciembre de 1972. *“Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”*.(D.O. 33.780, febrero 5 de 1973)

⁷³ Art. 9 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo no 11 completado por los Protocolos no 1 y 6

exista otro mecanismo alternativo para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas y las libertades o derechos de los demás.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha construido un concepto basado en la esfera o expresión individual de la libertad de conciencia:

“2.2. Según lo dispone el artículo 18 de la Constitución Política, nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.

La conciencia, como una expresión de la dignidad humana, es entendida como la propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta; como el conocimiento interior del bien y del mal o el conocimiento exacto o reflexivo de las cosas[2]. Es la conciencia la que da sentido y valor a los actos de la persona; la que permite al individuo distinguir racionalmente la licitud o ilicitud de sus actuaciones, de conformidad con los parámetros que guían el obrar humano.

La libertad de conciencia constituye, en un régimen democrático, pluralista y participativo, una de las libertades básicas del hombre, puesto que “ninguna democracia puede tenerse por auténtica y completa si en ella se desconoce o se menosprecia el derecho de todo ser humano a seguir su propio sentido ético: a no traicionar esa voz apremiante que le dicta, desde su interior, la regla del comportamiento”[3].

El derecho a la libertad de conciencia consagrado constitucionalmente como un derecho fundamental de aplicación inmediata, es el que tiene toda persona para actuar en consideración a sus propios parámetros de conducta, sin que pueda imponérsele actuaciones que estén en contra de su razón. Este derecho es reconocido igualmente por el derecho internacional de los derechos humanos (artículo 12 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y artículo III de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre)”⁷⁴ A pesar de señalar que la libertad de conciencia tiene una manifestación individual, este pronunciamiento de la Corte Constitucional reconoce el valor normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 12, el cual, como se ha expresado, prescribe igualmente otra manifestación de la libertad de conciencia.

⁷⁴ Sentencia T-332 de 2004 Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Ver también sobre esta postura la sentencia T-1059 de 2001, T-588 de 1998 y T-345 de 2002.

Al sintetizar el régimen constitucional, la construcción jurisprudencial y su referencia al bloque de constitucionalidad, se puede afirmar que la libertad de conciencia es la facultad que tienen las personas de actuar, profesar y difundir sus convicciones tanto de manera individual como colectiva. En virtud de esa disposición las personas tienen la facultad de asociarse con distintos propósitos acorde al desarrollo de estas convicciones. Correlativamente, el Estado tiene el deber de velar por el cumplimiento de dicho derecho, cuando se exprese de manera individual o de manera colectiva.

En desarrollo de este derecho las personas pueden fundar clínicas privadas cuyo cometido fundamental sea profesar o difundir determinado credo o religión. Si bien las prácticas médicas de estos centros se desarrollarán conforme al estado del arte en materia clínica para proteger el derecho a la salud, los móviles que impulsarán dicha actividad son fundamentalmente religiosos, con el propósito de difundir determinado credo o convicción. En razón de ello, sólo si es indispensable el Estado debe exigir un comportamiento contrario a dichas convicciones, porque también es un compromiso del Estado la salvaguarda de estas bases morales o éticas.

2. c. 1. b. Derecho de asociación

Con la decisión que adoptó la mayoría de la Sala se afectó el derecho de asociación. Se desconoció, a mi juicio, que las asociaciones de personas tienen convicciones ideológicas, políticas, morales, éticas, filosóficas o económicas que justifican su vinculación a determinado tipo de organización. Son fines precisos los que se pretenden al vincularse a ciertas agrupaciones, que el ordenamiento jurídico debe salvaguardar.

En la sentencia C-865 de 2004, la Corte Constitucional definió el derecho de asociación de la siguiente manera: *“En el artículo 38 de la Constitución Política de 1991 se reconoce el derecho fundamental de asociación. Dicha disposición lejos de definir el alcance y la naturaleza jurídica del citado derecho fundamental, tan sólo se limita a establecer el objetivo esencial de su reconocimiento, consistente en permitir el desarrollo conjunto o colectivo de las distintas actividades que las personas por sí solas no podrían realizar en comunidad.*

La doctrina define el citado derecho como la libertad o facultad autónoma de las personas para unir sus esfuerzos y/o recursos, en aras de impulsar conjuntamente la realización de propósitos o finalidades comunes, mediante la adopción para el efecto de distintas formas

asociativas, tales como, las asociaciones, corporaciones, sociedades, cooperativas, etc.”⁷⁵

En esta providencia la Corte Constitucional reconoció que las personas jurídicas tienen convicciones ideológicas: *“Así las cosas, los tratados internacionales de derechos civiles y políticos destacan que las personas jurídicas creadas al amparo del derecho de asociación persiguen el logro de fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole*⁷⁶. *Precisamente, en la Constitución Política de Colombia, como modalidades de personas jurídicas producto del ejercicio de la libertad de asociación se reconocen, entre otros, a los sindicatos (C.P. art. 39), a las asociaciones empresariales (C.P. art. 39), a los partidos políticos (C.P. art. 40), a las cooperativas (C.P. arts. 60 y 189-24), a los establecimientos educativos (C.P. art. 68) y a las sociedades mercantiles (C.P. art. 189-24).*”⁷⁷

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las personas naturales no son las únicas que actúan para lograr la consecución de fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, etc. Las personas jurídicas, en virtud del derecho de asociación, tienen también el derecho de promulgar una concepción ideológica particular referida al asunto que amerita su asociación.

Las personas jurídicas o las asociaciones de personas tienen convicciones ideológicas: los sindicatos, las comunidades étnicas, los partidos políticos o las comunidades religiosas pueden predicar cierto tipo de convicciones. El Estado debe brindar las condiciones jurídicas y fácticas para salvaguardarlas y permitir su difusión en la sociedad, ya que tales creencias enriquecen la diversidad de opiniones y pareceres que deben presentarse en una sociedad pluralista.

La prohibición de la objeción de conciencia institucional, deviene en la negación jurídica de las convicciones ideológicas o filosóficas que sustentan ciertas asociaciones o comunidades de personas. Con esta determinación se niega la pluralidad de pensamiento e ideas, con lo cual en últimas, se afecta el pluralismo que es uno de los fundamentos de la democracia y de los estados constitucionales modernos.

⁷⁵ Sentencia C-865 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Esa sentencia decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 252 (total) y 373 (parcial) del Código de Comercio.

⁷⁶ Véase, artículo 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pág. 40.

⁷⁷ Sentencia C-865 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Esa sentencia decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 252 (total) y 373 (parcial) del Código de Comercio. Pág. 41

2. c. 1. c. Libertad religiosa y libertad de cultos

La Corte Constitucional ha precisado paulatinamente, en sentencias de constitucionalidad o de tutela, el contenido preciso de los derechos fundamentales. En materia de libertad religiosa y libertad de cultos ha sentenciado: *“La religión comporta no sólo una creencia o acto de fe, sino, básicamente, una relación personal del hombre con Dios, que se traduce en el seguimiento de un sistema moral y en la práctica de un culto. De esta manera, el núcleo esencial de la libertad de religión es, justamente, la facultad de una relación con Dios. Por lo tanto, si bien se relaciona con la libertad de opinión y pensamiento, en cuanto que la religión lleva a adoptar una determinada cosmovisión, la libertad religiosa contiene un elemento propio que la diferencia claramente de aquellas, y que es, precisamente, la relación con Dios que resulta ser protegida como derecho.*

En relación con la libertad de cultos, es fácil apreciar que ésta no es más que un aspecto de la libertad religiosa, el aspecto externo que se comprende en ella. No es, por tanto, un derecho autónomo. En efecto, como se ha dicho, la religión consiste en una relación personal con Dios, la cual se expresa exteriormente a través del culto público o privado; el culto, por su parte, es el conjunto de demostraciones exteriores presentados a Dios; luego, sin la relación con Dios, esto es sin religión, no se da un culto. De donde se concluye que la libertad de cultos no es más que una consecuencia de la libertad religiosa. El culto, cuando es público y colectivo, es expresión de la doble dimensión religiosa y social del hombre.

Por ello el artículo 19 de la Constitución Política se refiere conjuntamente a la libertad religiosa y a la libertad de cultos en estos términos: “se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva.”⁷⁸

⁷⁸ Sentencia C-616 de 1997. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 166, 167 y 172 (todos parcialmente) del Decreto 100 de 1980; 27, 46, 266, 279, 282, 285, 287, 288, 292, 295, 316, 393, 432 (todos parcialmente) del Decreto 2700 de 1991; 94 (parcial) de la Ley 136 de 1994; 524, 528 y 529 (todos parcialmente) del Decreto 2550 de 1988; 71 y 129 (todos parcialmente) de la Ley 200 de 1995; 37 (parcial) del Decreto 2591 de 1991, y 47, 55, 75, 78, 80, 92, 101, 133, 161, 192, 202, 208, 211, 212(total), 222, 223, 227, 228, 236, 243, 273, 274, 298, 299, 315, 318, 320, 338, 417, 418, 446, 476, 495, 513, 514, 570, 592, 600, 620, 659 y 681 (todos parcialmente) del Código de Procedimiento Civil. Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Esta postura fue reiterada por otras sentencias como la T-602 de 1996 y la T-1033 de 2001: *“La Constitución asegura a las personas su libertad de practicar, individual o colectivamente, los cultos, devociones y ceremonias propios de su credo religioso y la difusión de la doctrina espiritual a la que él se acoge (artículo 19 C.N.). Las libertades de religión y de cultos comprenden no sólo la posibilidad de ejercer de forma activa una fe*

Cuando la Constitución reconoce que la libertad religiosa se puede ejercer de manera colectiva, enuncia la posibilidad de asociarse con propósitos religiosos para difundir determinado credo o religión. Es usual que dentro de los propósitos misionales de cierta comunidad religiosa se contemple la opción de difundir su fe mediante la prestación de servicios de salud, los cuales se orientarán por los dictados ideológicos de esa determinada comunidad religiosa.

Exigirle a una comunidad religiosa que presta servicios de salud, en cuyos cánones se proscribía la interrupción voluntaria del embarazo, a practicar este procedimiento en todo momento, bajo toda circunstancia y cuando otro operador puede practicar el procedimiento, niega la libertad religiosa de esta asociación.

2. c. 1. d. Pluralismo

El principio de pluralismo también se afecta con la regla construida en el presente caso. El ordenamiento jurídico debe procurar integrar las distintas convicciones existentes sobre la sociedad, siempre y cuando respeten la Constitución y la Ley. El Estado Constitucional aboga por la inclusión de todos los sectores que conforman la sociedad, procurando salvaguardar sus derechos e intereses.

La jurisprudencia constitucional ha definido al pluralismo como principio fundamental del Estado Social de Derecho. En la sentencia C-251 de 2002⁷⁹, en referencia a otra jurisprudencia de la Corte, afirmó: *“Es posible imaginar y justificar democráticamente un sistema pluralista que busque la protección de los derechos humanos, tal como se entienden en la democracia constitucional occidental, pero no es posible justificar un sistema que pretenda instaurar la protección de estos derechos humanos a partir de condiciones no pluralistas. Dicho brevemente: puede haber*

o creencia sin intervención del Estado, sino también el ejercicio pasivo de las mismas, esto es, el derecho a no ser obligado a profesar o divulgar una religión. Sin embargo, estas libertades no son absolutas. Encuentran sus límites en el imperio del orden jurídico, en el interés público y en los derechos de los demás. Su ejercicio abusivo, como el de cualquier otro derecho, está expresamente proscrito por el artículo 95, numeral 1, de la Constitución (Es deber de la persona respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios). Se abusa de la tolerancia propia de un régimen democrático cuando so pretexto del ejercicio de la libertad se desconocen los derechos del otro. Los derechos y libertades consagrados en la Constitución implican deberes y responsabilidades que deben guiar las actuaciones de las personas.”

⁷⁹ Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 684 de 2001, y sus artículos 3, 6, 13, 20 literal a), 25, 38, 42, 50, 54, 55 (parcial), 57 parágrafo, 58 (parcial), 59, 60, 62 y 72. Magistrados Ponentes: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT Y Dra. CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ.

*pluralismo sin estado social de derecho pero no puede haber estado social de derecho sin pluralismo.*⁸⁰ Esta premisa evidencia que el pluralismo es un concepto que comprende nociones capitales de la actual estructura societaria, incluso el propio concepto de Estado Social de Derecho.

Hay distintas esferas jurídicas en las cuales se manifiesta el pluralismo jurídico. Para el presente caso, es relevante la tolerancia que se pregona en materia religiosa: *“12.- Ahora bien, la sentencia C- 152 de 2003, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la expresión que definía la titulación de la llamada “Ley María” (Ley 755 de 2002), estableció cinco criterios concretos a manera de guía para el análisis de las normas que presuntamente vulneran los principios de pluralismo religioso y la separación entre Estado- Iglesia. Dijo la Corte en dicha sentencia que a las regulaciones en materia religiosa, para ser acordes con la Constitución, les estaba vedado (i) establecer una religión o iglesia oficial, (ii) identificar explícitamente al Estado con una determinada religión o iglesia, (iii) determinar la realización oficial por parte del Estado de actos de adhesión a una religión o iglesia particular, incluso si son simbólicos, (iv) determinar la toma de decisiones por parte del Estado que tenga objetivos religiosos o que expresen preferencias por alguna religión o iglesia particular o, (v) prescribir la adopción de políticas cuya manifestación práctica sea promover, beneficiar o perjudicar alguna religión o iglesia determinada (C-152 de 2003).”*⁸¹

La relación entre el ordenamiento jurídico y aquella comunidad religiosa que preste servicios de salud, en desarrollo de sus convicciones morales o ideológicas, está mediada por la tolerancia y el respeto de las posturas que la comunidad pregona. Por ese motivo se pretende, en la mayor medida posible, que tales nociones ideológicas compaginen con los deberes que impone el sistema jurídico a los demás prestadores del servicio público de salud.

El Estado Social de Derecho aboga por la coexistencia de distintas convicciones y nociones sobre la sociedad. En el grado de reconocimiento y protección de esta diferencia radica el grado de materialización que puede alcanzar el actual modelo de Estado, vigente desde la Constitución de 1991. Si a una comunidad religiosa que presta servicios de salud se le obliga a practicar la interrupción voluntaria del

⁸⁰ *Ibídem*, Fundamento 2.2.5.

⁸¹ Sentencia C-1175 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 152 (parcial) del Decreto-Ley 1355 de 1970 *“Por el cual se dictan normas sobre policía”*.

embarazo, en todos los casos, se le causaría un perjuicio a las convicciones que motivan la esencia de su comunidad.

2. c. 2. Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

Los derechos fundamentales que vienen de ser descritos así como el principio que de su aplicación deriva, colisionan con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. El presente expediente de tutela, del cual aclaro mi voto, resume de manera adecuada la construcción jurisprudencial que ha hecho la Corte Constitucional sobre el particular:

“

- (ix) *Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo.*
- (x) *Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como en el Decreto 4444 de diciembre 13 de 2006 “Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”.*
- (xi) *Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar **disponibles en todo el territorio nacional** - bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia - y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran.*
- (xii) *Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atiende la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se*

convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.

- (xiii) *Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.*
- (xiv) *Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la **suficiente disponibilidad de servicios de la red pública** con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad.*
- (xv) *Ninguna entidad prestadora de salud – sea pública o privada, confesional o laica - puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 – cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia -.*

Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C-355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos.” (...) “*Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.*”

El sustento normativo de este derecho radica en la protección de la dignidad humana de las mujeres, en la salvaguarda de su autonomía y en la posibilidad de exteriorizar su voluntad de manera libre y voluntaria. Sobre este tópico estoy completamente de acuerdo. Sin embargo, partir de dichos conceptos para ordenar a todas las instituciones prestadoras de salud, - confesionales o laicas, públicas o privadas- a practicar la interrupción voluntaria del embarazo según las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006, no tiene, bajo mi perspectiva, justificación constitucional.

Como se ha demostrado, la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres colisiona con la libertad de conciencia, el derecho de asociación, la libertad religiosa y el pluralismo de aquellas instituciones prestadoras de salud privada, que tienen un fundamento religioso o moral que se opone a este tipo de procedimiento. Según la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 12, la limitación de la libertad de conciencia sólo debe ocurrir cuando no exista otro mecanismo para proteger los derechos y principios del Estado Social de Derecho.

Bajo esta perspectiva toda la red pública hospitalaria y las instituciones privadas, sin fundamento religioso, están obligadas a practicar la interrupción voluntaria del embarazo, según las causales de la sentencia C-355 de 2006. Por ello es notorio que existen otro tipo de medios que pueden emplearse para proteger los derechos de las mujeres sin necesidad de restringir la libertad de conciencia, el derecho de asociación, la libertad religiosa y el pluralismo de las instituciones prestadoras de salud que tienen un fundamento religioso.

No obstante, en la ponencia respecto de la cual aclaro el voto, se ha insistido en que las instituciones prestadoras de salud privada, con fundamento religioso, deben contar con personal capacitado y calificado para practicar en toda circunstancia la interrupción voluntaria del embarazo, según las causales de la sentencia C-355 de 2006. Pero ello contradice el enunciado que comparto y según el cual, solo debería ser así cuando no exista mecanismo alternativo para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Considero que esta situación se presenta en los siguientes casos: cuando se trata de un estado de urgencia, cuando corre peligro la integridad de la mujer o cuando este tipo de instituciones son las únicas que pueden practicar este procedimiento en un determinado lugar. Creo que en estos eventos no existe otro mecanismo alternativo para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual solo en estas hipótesis estos establecimientos deberán llevarlo a cabo.

2. c. 3. La regla de la cual disiento afecta de manera innecesaria los derechos a la libertad de conciencia, la libertad religiosa, el derecho de asociación y el pluralismo.

El propósito de este acápite consiste en dilucidar la proporcionalidad de la regla que se desprende de la decisión de la mayoría de la Sala. El principio de proporcionalidad ha sido empleado en el constitucionalismo colombiano, de manera ordinaria, para precisar los mandatos derivados

del artículo 13 constitucional que prescribe el principio de igualdad. La Corte Constitucional en las sentencias C-022 de 1996 y C-093 de 2001, ha desarrollado esta teoría y expresó lo que se ha denominado el test de igualdad, que comprende tres tipos de escrutinios con base en el tipo de medida que se analice: escrutinio débil, estricto e intermedio.

Otra aplicación práctica diferente del principio de proporcionalidad resulta al momento de establecer los límites a los derechos fundamentales. Estos se presentan, entre otros casos, cuando colisionan entre sí estos derechos y por tanto se hace necesario establecer la regla precisa que resolverá el caso concreto. La regla que se construye tras este ejercicio interpretativo que realiza el juez funge como precedente para decisiones judiciales semejantes y posteriores.

El principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. En sede de idoneidad se analiza si la injerencia en el derecho fundamental persigue un fin constitucionalmente legítimo, lo cual supone dos exigencias precisas: la legitimidad constitucional del propósito y la idoneidad de la medida. Con el subprincipio de necesidad se verifica si la injerencia que se realiza en el derecho fundamental es el único mecanismo alternativo para alcanzar el fin planteado y que este sea el más benigno con el derecho fundamental afectado. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto evalúa, para que la injerencia sea legítima, el grado de realización del objetivo de la injerencia que debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.

En el presente caso el subprincipio de idoneidad se satisface. El fin perseguido es constitucionalmente legítimo: la salvaguarda de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. No obstante, el subprincipio de necesidad no se cumple porque existe otro mecanismo alternativo para alcanzar el fin constitucional que se persigue y que resulta más benigno con el derecho fundamental afectado. La red pública hospitalaria y las instituciones privadas, sin fundamento religioso, están compelidas a practicar este procedimiento sin que tal obligación afecte ningún derecho fundamental.

¿Si existe otro tipo de institución que puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo, sin ningún tipo de objeción moral o técnica, cuál es la razón constitucional para obligar a realizarlo a una institución privada que tiene convicciones morales que se contraponen con dicho procedimiento? En virtud del derecho a la libertad de conciencia, al derecho de asociación, a la libertad religiosa y de cultos y al principio

del pluralismo, se debe permitir a las instituciones prestadores de salud-IPS, cuyo fundamento y razón de ser sea confesional o religiosa, a no realizar la interrupción voluntaria del embarazo, siempre y cuando este tipo de instituciones no sean las únicas de un determinado lugar o cuando la mujer no acuda a la institución en estado de urgencia que ponga en peligro su vida o su integridad física. Sólo para estas hipótesis tendrán que contar con personal médico capacitado y habilitado para practicar este tipo de procedimiento, porque sólo en tales casos hay ausencia de otro medio alternativo que pueda satisfacer los derechos fundamentales de las mujeres.

Las administradoras del sistema de salud tendrán una carga en la organización de esta regla. Las Entidades Prestadores de Salud, EPS, remitirán a las mujeres que soliciten la interrupción voluntaria de su embarazo, sin la más mínima dilación, a las instituciones que practiquen la interrupción voluntaria del embarazo.

Cuando las entidades privadas confesionales o religiosas conozcan un caso de interrupción voluntaria del embarazo, conforme con las causales de la sentencia C-355 de 2006, que no cumpla con las causales aquí expresadas, no pueden alegar objeción de conciencia para negarse a remitir inmediatamente a un paciente a determinada institución para practicar la interrupción voluntaria del embarazo. Esta práctica constituiría un obstáculo al libre ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Debido a que no se cumplió con el subprincipio de necesidad, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto no requiere analizarse en el presente caso.

2. d. Reglas que armonizan de una mejor manera los derechos fundamentales en conflicto.

Con base en la postura que he expuesto en la presente aclaración, considero que la Corte Constitucional debe crear ciertas reglas que concilien de la mejor manera posible, con base en el principio de proporcionalidad, los derechos que colisionan en la interrupción voluntaria del embarazo:

1. Permitir a las instituciones prestadores de salud-IPS, cuyo fundamento y razón de ser sea confesional o religiosa, no realizar la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), siempre y cuando, este tipo de instituciones no sean las únicas de un determinado lugar o cuando la

mujer acuda a la institución en estado de urgencia que ponga en peligro su vida o su integridad física. En estas situaciones tendrán que contar con personal médico capacitado y habilitado para practicar el procedimiento.

2. Las Entidades Prestadores de Salud, EPS, remitirán a las mujeres que soliciten la interrupción voluntaria de su embarazo, sin dilación alguna, a las instituciones que practiquen la interrupción voluntaria del embarazo.

La razón de esta regla es que las Entidades Prestadores de Salud, EPS, son las administradoras del sistema de seguridad social en salud. Dentro de sus funciones se encuentra remitir a los pacientes a las instituciones prestadoras de salud que consideren pertinentes para el procedimiento que se solicite.

3. Las entidades confesionales o religiosas no pueden alegar objeción de conciencia para negarse a remitir a un paciente a determinada institución para la práctica de la IVE.

4. Los hospitales de la red pública hospitalaria y las instituciones privadas sin fundamento confesional o religioso sí están obligados a practicar la interrupción voluntaria del embarazo y no les está permitido alegar la objeción de conciencia como personas jurídicas. Por tanto, tienen el deber de contar con un personal médico calificado y capacitado para practicar dicho procedimiento en todas las circunstancias previstas por la sentencia C-355 de 2006.

5. Se permite a los médicos alegar objeción de conciencia ante la práctica de la IVE. No obstante, en aquellas IPS que practiquen ordinariamente este procedimiento, está prohibido realizar pactos colectivos de objeción de conciencia entre el personal médico cuyo contenido tienda a anular los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

6. Ante la eventual objeción de conciencia de un médico que se niegue a practicar la IVE, este deberá remitirlo de inmediato a un médico que cuente con las convicciones que le permitan realizar la IVE.

7. Las instituciones prestadoras de salud privadas, cuyo fundamento ideológico sea confesional o religioso, que no practiquen la interrupción voluntaria del embarazo deben indicarlo públicamente, precisando los límites de este derecho.

La Corte Constitucional en su función de proteger los derechos fundamentales, debe procurar que tales libertades se armonicen de la mejor manera posible, velando por la eficacia de cada uno de los

derechos involucrados en cada caso concreto. Creo que con estas reglas se logra este cometido para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, conforme con las hipótesis de la sentencia C-355 de 2006.

En los términos anteriores, dejo expuestas las razones de mi discrepancia parcial respecto de la motivación de la decisión adoptada por la Sala de Revisión mediante la Sentencia T-388 de 28 de mayo de 2009.

Fecha *et supra*,

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Magistrado