

Sentencia T-636/11

Referencia: expediente T-3111841.

Acciones de tutela de Isabel Cristina Tenjo Hernández contra Nueva EPS.

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011).

I. ANTECEDENTES

A. De los hechos y la demanda de tutela.

La señora Isabel Cristina Tenjo Hernández interpuso acción de tutela contra Nueva EPS por considerar que esa entidad vulneró sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la igualdad. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes hechos:

La accionante padece de epilepsia, condición médica que le fue diagnosticada a los dos años de edad. Para el manejo de la enfermedad consume dos medicamentos anticonvulsionantes (“ácido valproico” y “Kepra”).

El treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011), su médico tratante le informó que se encontraba en estado de embarazo, con un período de gestación de seis semanas. El neurólogo tratante de la peticionaria le informó que los medicamentos citados representaban un riesgo para la salud del feto, quien podría nacer con malformaciones congénitas. En valoración con especialista en ginecología, el dictamen fue ratificado.

Con base en esos conceptos médicos, la accionante solicitó al ginecólogo Carlos Arturo Gómez Mejía la práctica de una intervención quirúrgica para suspender la gestación, considerando que su caso se enmarcaba en uno de los supuestos de despenalización del aborto, de acuerdo con lo establecido por la Corte en sentencia C-355 de 2006.

El citado especialista le indicó que efectuaría la intervención quirúrgica de interrupción del embarazo (IVE) si existía una orden judicial en ese sentido.

Intervención de la entidad demandada.

Nueva EPS, accionada en este trámite de tutela, intervino en el trámite de la primera instancia, solicitando denegar el amparo, con base en las siguientes razones: (i) la carga de la prueba sobre la existencia de malformaciones corresponde a la peticionaria y no a la EPS ni al juez de tutela; en este caso

solo se determinó la existencia de un embarazo de alto riesgo, pero no de malformaciones graves en el feto; (ii) la EPS no *“se ha negado a realizar la interrupción del embarazo, por el contrario, según la valoración practicada por el ginecólogo Carlos Arturo Gómez, el médico está atento a interrumpir el embarazo cuando por lo menos exista una indicación médica”*; (iii) la señora debió agotar las *“instancias”* pertinentes ante la IPS antes de acudir al juez de tutela para que allí le realizaran las valoraciones tendientes a determinar la necesidad y viabilidad de la interrupción del embarazo; (iv) la interrupción del embarazo con seis meses de gestación¹ no es viable porque *“en esta ocasión la vida ya se ha dado, por tal razón sí se puede concluir que allí ha existido un asesinato hacia una criatura que aún no ve la luz (...)”*. Finalmente, conceptuó que (v) *“La adopción una de las tantas soluciones propuestas por los expertos en la materia es la más sensata, ya que de una u otra manera la criatura que ya vive tendrá una vida como la de cualquier otro y la madre no va hacerse (sic) cargo de un niño que no desea criar”*.

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Sexto (6º) Penal Municipal con función de control de garantías de Armenia (Quindío), actuando como juez constitucional de primera instancia, mediante providencia de catorce (14) de abril de dos mil once (2011), decidió denegar el amparo, considerando que el caso concreto no se subsume en ninguno de los supuestos en que se encuentra permitida la interrupción voluntaria del embarazo de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006, pues en el asunto bajo estudio no se comprobó la existencia de malformaciones de gravedad en el feto que hicieran inviable su vida.

Sentencia de segunda instancia.

El Juzgado Quinto (5º) Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Armenia (Quindío) profirió sentencia de segunda instancia el veinte (20) de mayo de dos mil once (2011). El *ad quem* decidió confirmar el fallo de primera instancia, en el sentido de denegar el amparo al derecho a la salud por ausencia de prueba sobre malformaciones graves en el feto que pudieran hacer inviable su vida.

Complementó, sin embargo, las órdenes dictadas por el *a quo*, advirtiendo a la EPS accionada sobre su deber de realizar los controles y exámenes a la paciente para establecer si la gestación de la accionante *“encuadra en una de las circunstancias que permitan la interrupción del embarazo; y de considerar el galeno [que] el procedimiento [es necesario o procedente] deberá hacerlo en forma oportuna y sin imponerle barreras de ningún tipo que afecten sus derechos constitucionales”*.

Prueba telefónica practicada por la Corte Constitucional.

¹ La mención de “seis meses” de embarazo se debe a que, en la demanda de tutela, la peticionaria habló de seis meses; posteriormente, corrigió esa información y explicó que se trataba de seis semanas de embarazo.

Dados los antecedentes del caso y el hecho de que, al momento de seleccionar la tutela de la referencia (30 de junio de 2011), según la información contenida en el expediente, la accionante se encontraba en el quinto mes de embarazo, la Sala Novena decidió establecer comunicación telefónica con la señora Isabel Cristina Tenjo Hernández para establecer si resultaba necesaria la adopción de una medida provisional de protección de sus derechos. La información brindada por la accionante muestra que el escenario fáctico ha variado de manera sustancial, lo que condicionará el análisis de la Sala:

En comunicación telefónica sostenida el once (11) de agosto de 2011, la peticionaria informó que (i) después de la presentación de la acción de tutela le fueron practicados diversos exámenes a partir de los cuales se pudo concluir que el feto no presentaba malformaciones congénitas; (ii) en consecuencia, desistió de su interés por interrumpir la gestación y actualmente cuenta con siete meses de embarazo. Aclaró que su solicitud inicial se debió a que el médico tratante le habló de una “*alta probabilidad de malformaciones congénitas*”. Como posteriormente se desvirtuó esa información, indica que actualmente no desea solicitar la IVE.

II. CONSIDERACIONES

Competencia.

Problema jurídico.

El asunto planteado por las partes ante los jueces constitucionales involucraba una discusión sobre la procedencia de la IVE en el caso de la peticionaria, dada la existencia de información científica sobre la probabilidad de que los medicamentos que consume para el control de la epilepsia produjeran malformaciones en el feto. Actualmente, las circunstancias del caso han variado y la pretensión material de la peticionaria, la práctica de la intervención para suspender la gestación, no se mantiene.

Por esa razón, la Sala reiterará brevemente la jurisprudencia constitucional sobre el concepto de *hecho superado* y efectuará algunas consideraciones destinadas a garantizar que las mujeres afiliadas a la EPS Nueva, que soliciten la IVE por considerar que tienen derecho a acceder a ese servicio de salud reciban un trato digno y una atención en salud adecuada.

CONSIDERACIONES

1. Hecho superado. Reiteración de jurisprudencia.

1.1 La acción de tutela fue concebida en el ordenamiento constitucional colombiano como un recurso judicial especialmente diseñado para la protección de los derechos fundamentales, ante la amenaza o vulneración efectiva de los mismos, producida por cualquier autoridad pública (artículo 86

C.P.). Consecuencia necesaria del sentido constitucional de la acción, y de su relación inescindible con la protección de los derechos fundamentales, es que si la amenaza o la vulneración a los mismos se suspende, la acción pierde su razón de ser, o su objeto constitucional.

Por otra parte, desde una perspectiva práctica, si se repara en que la protección constitucional a los derechos fundamentales, se concreta en órdenes perentorias a las autoridades competentes o concernidas con la protección del derecho afectado, resulta evidente que ante la cesación del hecho que da lugar a la presentación de la tutela, cualquier orden resulta por completo inocua o superflua. Este fenómeno ha sido estudiado por la jurisprudencia constitucional bajo la categoría de *hecho superado*, entendido como la carencia de objeto sobre el cual deba pronunciarse el juez de tutela.²

Del caso concreto.

En el caso objeto de estudio, la señora Isabel Cristina Trejos solicitó la interrupción voluntaria del embarazo, cuando contaba con 6 semanas de gestación. Esa solicitud fue motivada por el concepto de médicos tratantes en neurología y ginecología, quienes le indicaron que los medicamentos que utilizaba para el control de la epilepsia podrían producir malformaciones en el feto.

Frente a su solicitud, el médico especialista Carlos Arturo Gómez Mejía le informó que realizaría la intervención siempre que mediara una orden judicial que la autorizara. La EPS accionada, en su intervención ante el juez constitucional de primera instancia, formuló diversos argumentos contra la procedencia de la tutela. Así, (i) indicó que la peticionaria no probó la existencia de malformaciones en el feto que hicieran viable su vida; (ii) argumentó que la EPS no negó el procedimiento sino que le advirtió a la

² -Una situación similar, en cuanto a la eficacia de la acción de tutela, como medio de protección de derechos fundamentales, se presenta cuando la vulneración efectiva de un derecho ha causado ya un daño que no puede ser reparado mediante la acción, o una situación de lesión a los derechos fundamentales, que no puede ser revertida; es decir, cuando se llega a un estado de cosas, en el cual es imposible regresar al estado previo a la vulneración.

En este evento, caben en parte las mismas consideraciones relativas al *objeto y eficacia* de la acción, que se mencionaron para el *hecho superado*. Sin embargo, no se trata de situaciones idénticas, pues no podría el juez constitucional ser indiferente a un daño de tal magnitud en los derechos fundamentales.

En tal sentido, la Corte Constitucional, en ejercicio de su función de *guardiana de la Constitución* y garante primordial de los derechos fundamentales, ha decidido pronunciarse en casos de graves vulneraciones a derechos fundamentales consumadas, persiguiendo fines tales como: (i) la no repetición de situaciones similares; (ii) la unificación de la jurisprudencia constitucional, particularmente en casos en que los fallos de instancia resultan ajenos a los fines de la acción, o a la doctrina vigente en la jurisdicción constitucional; (iii) la investigación de responsabilidad particular, o colectiva de las autoridades y funcionarios públicos involucrados en la vulneración, o protección indebida de los derechos fundamentales.

Este supuesto se conoce como “*daño consumado*” y, por lo general, las órdenes que se derivan de su constatación, son la prevención a las autoridades involucradas en la violación del derecho fundamental, así como el envío del expediente a las autoridades competentes para investigar a fondo las diversas responsabilidades.

Algunas precisiones conceptuales de interés en relación con la diferenciación entre conceptos como *hecho superado*, *hecho consumado*, *daño consumado*, *sustracción de materia*, se encuentran en la sentencia SU-540 de 2007. En la misma sentencia, se aborda el estudio sobre la causa de la superación del hecho (voluntad de la autoridad, cumplimiento de un fallo de instancia), y las consecuencias en sede de Revisión.

accionante sobre la necesidad de contar con un concepto médico para llevarlo a cabo; (iii) alegó que la señora Trejos Hernández no agotó las instancias pertinentes ante la IPS que le presta los servicios de salud; (iv) afirmó que la interrupción del embarazo en el sexto mes supone un homicidio; y (v) y conceptuó que la adopción es la medida “más sensata” en un caso como el de la demandante. (*Ver, supra, intervención de la parte demandada*).

Finalmente, en reciente comunicación telefónica, la peticionaria informó que la EPS le prestó los servicios de salud requeridos para determinar la necesidad de la intervención y que, gracias a esas valoraciones, se estableció que su embarazo no presenta condiciones de riesgo extraordinarias razón por la cual desistió de solicitar la interrupción de la gestación.

En esos términos, la posible amenaza o vulneración a los derechos a la salud sexual y reproductiva de la accionante se encuentra superada. El motivo que la llevó a solicitar la IVE (i.e. la información que le brindaron los médicos tratantes sobre posibles malformaciones del feto) no persiste actualmente así que el proceso de gestación continuó y no hay ningún indicio de que la EPS le haya negado los servicios de salud requeridos en su condición. Por esas razones, la Sala declarará la improcedencia de la acción por carencia actual de objeto.

A pesar de ello, la información conocida por los jueces de instancia plantea determinados problemas que deben solucionarse para evitar que, en casos futuros, se desconozcan los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres afiliadas a la EPS Nueva que soliciten la IVE bajo los supuestos determinados en la sentencia C-355 de 2006.

En primer término, es injustificada la exigencia del Doctor Carlos Arturo Mejía Gómez de adjuntar una orden judicial a la solicitud del servicio en el caso de *graves malformaciones del feto que hagan inviable su vida*. Corresponde a los médicos tratantes, en virtud de su conocimiento científico, determinar en cada caso la existencia de malformaciones, su gravedad, y si estas harían “inviable”, ulteriormente, la vida en gestación. Es imperioso reiterar, en ese sentido, que en la sentencia C-355 de 2006 la Corte estableció la prohibición de exigir orden judicial para la práctica de la IVE cuando esta se fundamenta en la causal citada. Como lo expresó la Corte en la decisión de constitucionalidad citada:

“Cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado. Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del

embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión.” (Corte Constitucional. C-355 de 2006).

En ese sentido, la conducta del médico tratante y de la EPS accionada, es incompatible con la jurisprudencia constitucional y, por lo tanto, con el ordenamiento jurídico. La obligación de la EPS y de los médicos tratantes, en casos como el estudiado (sospecha de malformaciones en el feto) consiste en ordenar las valoraciones necesarias para que los especialistas en la salud determinen si el caso se enmarca en la hipótesis de grave malformación del feto que haga inviable su vida para determinar en ese marco, y bajo parámetros estrictamente científicos, la viabilidad de la intervención.

En segundo lugar, las afirmaciones sostenidas por la EPS demandada ante el juez de primera instancia causan profunda preocupación a la Sala.

Así, la EPS pretende imponer cargas a los pacientes que solo le corresponden a la entidad prestadora de los servicios de salud, como es la evaluación de la condición médica de la mujer embarazada y el feto, con el fin de comprobar si se presenta la causal de IVE mencionada a lo largo de este fallo.

El juicio de valor que califica al aborto después de seis meses como un homicidio de un ser indefenso es ajeno a las funciones de la entidad. Solo los conceptos médicos determinan cuándo es procedente la intervención en cada caso concreto. Si la experiencia enseña que a los seis meses no es aconsejable la intervención, ello debe ser establecido por los médicos tratantes, y no por la EPS de manera abstracta. Y si el juicio de valor constituye una desviación de su objeto, la calificación de la conducta como homicidio representa, además, una intromisión en el ámbito de competencia de los jueces penales de la república.

Finalmente, la opinión de la EPS sobre la adopción como la medida más “*sensata*” en casos en que la madre no quiere cuidar a su hijo, comporta un desconocimiento de la dignidad de la mujer y de sus derechos a la libertad sexual y reproductiva. No corresponde a la EPS censurar las decisiones autónomas de las mujeres sobre su salud y su autonomía sexual y reproductiva sino evaluar, desde el punto de vista de la prestación efectiva del servicio y la garantía del derecho al acceso a la salud, si la IVE es procedente en cada caso concreto, bajo criterios científicos y con observancia plena de la jurisprudencia de esta Corporación.

En virtud de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE

Primero. Revocar los fallos proferidos por el Juzgado sexto (6°) penal municipal con función de control de garantías de Armenia (Quindío), el catorce (14) de abril de dos mil once (2011), y el Juzgado quinto (5°) penal del circuito con funciones de conocimiento de Armenia (Quindío), en segunda instancia, el veinte (20) de mayo de dos mil once (2011), en los que se denegó el amparo a los derechos al acceso a servicios de salud y a la autonomía sexual y reproductiva de la señora Isabel Cristina Tenjo Hernández y, en su lugar, **declarar** la carencia actual de objeto por hecho superado.

Segundo. Advertir a la EPS Nueva sobre su obligación de acatar los fallos de esta Corporación y, particularmente, aplicar las reglas sentadas en la sentencia C-355 de 2006 al atender las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo.

Tercero. Prevenir a la EPS Nueva para que, en el futuro, se abstenga de proferir juicios de valor o juicios de responsabilidad penal sobre las mujeres afiliadas a la entidad que soliciten la práctica de la IVE. Sus actuaciones deberán dirigirse exclusivamente a determinar la procedencia o no procedencia de la interrupción del embarazo bajo parámetros científicos y con apego al orden jurídico vigente.

Cuarto. Por Secretaría General, **librense** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General