

**SALVAMENTO DE VOTO  
MAGISTRADA CRISTINA PARDO SCHLESINGER**

**Sentencia:** SU-096 de 2018

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

**Magistrada Ponente:**  
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

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

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

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

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

subjetivo fundamental a la vida. A partir de dicha Sentencia, el hilo argumentativo con el que se sustenta la IVE aborda la vida del ser humano en gestación en la categoría de valor o bien abstracto y desconoce no sólo el hecho biológico de la vida humana naciente, sino que se trata de un derecho fundamental.

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

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

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

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

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

A juicio de la suscrita, debe hacerse énfasis en el hecho de que el individuo humano es viviente, y que la vida es de suyo un proceso, un irse manifestando en el tiempo, un continuo desarrollo. Siendo la vida humana *un único proceso*, y

no una sucesión de vidas de distinta entidad, hay que concluir que la humanidad que se predica de la vida en general debe predicarse también de todas las etapas y *estados del proceso vital*. En este sentido, la apariencia, el grado de desarrollo, el grado de sensibilidad y demás características de una etapa específica de la vida humana, son tan humanos como las características que el individuo humano adquiere en las etapas antecedentes y subsiguientes del proceso vital.

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

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

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

Las explicaciones que pretenden fijar el inicio de la vida humana a partir de otros criterios como el grado de desarrollo neuronal, la estructura corporal, el funcionamiento cerebral, o en un hecho puntual como el nacimiento, son arbitrarias y carecen de una fundamentación biológica o filosófica, básicamente

porque ningún hecho o grado de desarrollo determina la naturaleza del individuo como miembro de la especie humana. Es únicamente la estructura del genoma en el núcleo de las células desde la formación del cigoto lo que determina si se trata de un humano y si se trata de un individuo (diferente a cualquier otro).

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

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

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

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

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

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

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

*segundo, cuando se causa contra el consentimiento de la mujer embarazada, que se sanciona de manera más drástica”<sup>1</sup>.*

Así, en los Códigos Penales de 1837 y 1890 –que simplemente reprodujo a su antecesor- se establecían penas de 1 a 3 años de presidio para quien mediante violencia (empleando bebidas, alimentos, golpes o cualquier otro medio) procurara que una mujer embarazada abortara sin su consentimiento (art. 638 CP 1890), incrementando esta pena de 5 a 10 años cuando efectivamente se presentara el aborto (art. 639 CP 1890). En estos mismos estatutos, se disponía que la pena para la mujer en el aborto consentido era de 1 a 3 años de reclusión cuando el aborto se causare, y 6 meses a 1 año, cuando el mismo no resultaba, pena que se reducía para el aborto *honoris causa* de 3 a 6 meses de prisión cuando no se verificara el aborto, y de 5 a 10 meses si se consumaba (art. 642 CP 1890).<sup>2</sup>

Igualmente, desde nuestros primeros Códigos Penales, se ha establecido, unas veces de manera explícita y otras no, la causal de justificación del delito de aborto cuando se cause para salvar la vida de la madre gestante (denominado *aborto terapéutico*), estableciendo, que esta causal opera igualmente para el médico que produce el aborto terapéutico<sup>3</sup>.

El Código Penal de 1936, vigente hasta 1980, criminalizó el delito de aborto consentido (Art. 386 CP 1936) cuando la mujer causaba su aborto o permitía que otro lo cause, con pena de 1 a 4 años de prisión y el aborto no consentido (art. 387 CP 1936) con pena de 1 a 6 años.<sup>4</sup> Desde este Código desaparece la regulación específica sobre el denominado aborto terapéutico- el que se causa para salvar la vida de la mujer- en el entendido que se trata de un evento de estado de necesidad, que excluye la ilicitud del comportamiento.

El Código Penal de 1980 mantuvo la clasificación entre aborto consentido (Art. 343 CP 1980) con pena de 1 a 3 años de prisión, y aborto no consentido (Art. 344 CP 1980) con pena de prisión de 3 a 10 años e introdujo un atenuante punitivo para el aborto causado cuando el embarazo sea producto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida (Art. 345 CP).

Por último, el Código Penal de 2000 mantiene la clasificación entre aborto consentido (Art. 122 CP 2000) con pena de prisión de 16 a 54 meses de prisión y no consentido (Art. 123 CP 2000) con pena de prisión de 64 a 180 meses de

---

<sup>1</sup> BERNATE, F. Universidad del Rosario, *A propósito de una nueva reforma del aborto*. Febrero de 2016.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, el CP 1890 establecía que no se incurría en pena alguna cuando se causare el aborto como “medio absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer ni cuando en conformidad con los sanos principios de la ciencia médica, sea indispensable el parto prematuro artificial” (CP 1890 art. 640).

<sup>4</sup> El Código Penal de 1936 establece una disminución punitiva para el denominado *aborto honoris causa* (Art. 390 CP 1936), fundamentada en el derecho penal español.

prisión. Mantiene, al igual que su antecesor, una disminución de pena (art. 124 CP 2000) en el evento en que el embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, e incluye la posibilidad de no imponer la pena señalada en esos casos siempre y cuando la mujer obre en *extraordinarias condiciones de motivación* (art. 124. Par. CP 2000).<sup>5</sup>

El primer pronunciamiento de la Corte respecto de la tipificación del aborto en la Ley 599 de 2000 se hizo en la Sentencia C-647 de 2001, en la que la Corte Constitucional señaló que la atenuación punitiva, cuando el embarazo sea producto de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas era conforme a la Constitución.

La Sentencia C-355 de 2006 estableció la despenalización del aborto bajo tres causales taxativas. Pero con la autorización del aborto en dichas causales, que se fundan en las atenuaciones punitivas y eximentes de responsabilidad previstos en la ley penal colombiana frente al delito de aborto, la Corte Constitucional no quiso significar que desconoce la protección que el Estado debe al que está por nacer. Por el contrario, en aquella sentencia la Corte reiteró el compromiso del Estado en proteger la vida del *nasciturus*, y manifestó que por lo tanto no pende de una decisión unilateral de la madre gestante.

Al respecto dijo la Corte en la parte conclusiva de la decisión sobre la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal:

“El punto de partida del análisis de exequibilidad lo constituye la afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección. En efecto, la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, como se expuso con anterioridad, diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido.

Por esa misma razón, no puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la

---

<sup>5</sup> Universidad del Rosario, *A propósito de una nueva reforma del aborto*. Febrero de 2016. Según explica Bernate, “En este último supuesto, se reitera que la mujer que causa su aborto en estas condiciones ha cometido un delito, pero el funcionario judicial podrá prescindir de la pena, es decir, nuestro código actual no entiende que en este evento haya una causal que excluye la responsabilidad.” En: <http://www.urosario.edu.co/Revista-Nova-Et-Vetera/Vol-2-Ed-12/Omnia/A-proposito-de-una-nueva-reforma-al-delito-de-abor/>

amenaza de sanciones penales. (...) En el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del *nasciturus* es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador.”<sup>6</sup>

Desde entonces y en repetida jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que una de las formas en que el legislador protege la vida del que está por nacer es a través de la penalización del aborto, pero, que dicha penalización está excluida en los casos en que (i) el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la madre gestante, (ii) el feto es inviable y (iii) el embarazo es producto de una violación, por cuanto penalizar la interrupción del embarazo en estos casos podría suponer, siempre que así lo demuestren las circunstancias concretas, anular los derechos fundamentales a la vida,<sup>7</sup> la integridad y dignidad de la mujer.

### ***1.2. La adecuación de las causales de la IVE a los embarazos que superan la edad gestacional en que el feto alcanza el desarrollo suficiente para lograr su viabilidad autónoma***

Ahora bien, como sistema por despenalización en determinados supuestos, que se sostiene únicamente en decisiones de la Corte Constitucional y no ha sido desarrollado por el Congreso de la República, la despenalización del aborto en Colombia cuenta con vacíos, principalmente por la inexistencia de plazos en los que las causales de despenalización resulten acordes con la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida, en particular teniendo en cuenta el carácter gradual e incremental de la protección de la vida por el Estado, que la suscrita no comparte porque estima que la vida humana merece protección plena desde la concepción, pero que ha sido admitido por la Corte Constitucional y por la Corte IDH, según la jurisprudencia nacional e internacional vigente.

En efecto, las causales de despenalización del aborto se sostienen en la protección de derechos fundamentales de la madre gestante bajo un test de proporcionalidad que protege de forma reforzada los derechos de la mujer a la vida, la integridad y la dignidad, sobre la protección de la vida del *nasciturus*, pero sin desconocer esta última.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006 (MP

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). La Corte justifica su decisión en una distinción que hace respecto del derecho a la vida y el valor vida: “el ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene el mismo fundamento ontológico. Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del *nasciturus*. De ahí que la ley pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. Puede, incluso, diseñarse una política pública de punición penal para esos efectos.”.

Sin embargo, la postura acogida por esta Corporación<sup>8</sup> y sostenida igualmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>9</sup> indica que la vida del ser humano existe desde el momento de la concepción y el ser humano se va desarrollando durante la gestación, lo que implica que su protección resulta gradual e incremental hasta el momento en que la viabilidad autónoma del ser humano permita el mayor nivel de protección de su vida.

En particular es importante partir de que, en la lógica de la jurisprudencia vigente, que la suscrita no comparte, el objetivo de la IVE no es acabar con la vida del que está por nacer, sino proteger los derechos de la madre gestante, pues solo en ese sentido la medida resulta éticamente aceptable y jurídicamente admisible. Ahora bien, lo que puede generar un peligro para los derechos de la mujer, en la gran mayoría de los casos, es la condición de embarazo, y no la vida del que está por nacer. En el estado actual de la medicina, quizá en las primeras semanas de gestación ambas cuestiones están ligadas, de tal forma que la interrupción del embarazo va unida ligada necesariamente a la terminación de la vida del que está por nacer, pero conforme la edad gestacional aumenta, el desarrollo del *nasciturus* va separando ambas cuestiones, al punto que el consenso científico actual es que al menos a partir de la semana 24, se considera que el feto tiene viabilidad autónoma, es decir que puede sobrevivir por fuera del vientre de la gestante.

En ese punto, esto es a partir de la semana 24 cuando el que está por nacer puede, con apoyo de la tecnología médica actualmente disponible, sobrevivir autónomamente, es posible, en algunos casos, interrumpir el embarazo a través de un parto inducido, sin necesidad de generar el sacrificio de la vida del que está por nacer.

En ese sentido, una medida de IVE que según la jurisprudencia pudiera resultar proporcional y razonable en las primeras semanas de embarazo, puede no resultarlo a partir de la semana 24, cuando el desarrollo que le permite tener viabilidad autónoma implica un grado mayor de protección a la vida del *nasciturus*, el tiempo restante de duración del embarazo es mucho menor, y los riesgos para la madre gestante de un feticidio intrauterino puedan resultar notablemente más altos que los de un parto inducido.

Las causales de despenalización del aborto establecidas por la sentencia C-355 de 2006, al fundamentarse en la ponderación de la protección gradual e incremental de la vida del *nasciturus* según su desarrollo, frente a los derechos a la vida, la integridad y la dignidad de la mujer, no constituyen reglas absolutas e irreflexivas que desconozcan las realidades biológicas del desarrollo humano, ni mucho menos, que desatiendan la obligación de proteger la vida cuando haya lugar a ello. La Corte Constitucional debió ser consciente de la necesidad de revisar los límites que la edad gestacional y particularmente la viabilidad

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-327 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Sentencia del caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica.



autónoma del feto plantean ante los fundamentos de las causales de autorización de la IVE en Colombia.

### **1.3. *Análisis de derecho comparado sobre la limitación de la IVE por la edad gestacional***

#### *El concepto de “viabilidad del feto”*

Una revisión de la bibliografía médica especializada evidencia que el concepto de “*viabilidad del feto*” ha sido evolutivo y controversial. Para finales del siglo XIX, los tratados de obstetricia sostenían que “*cuando el feto no tiene vicio de conformación orgánica importante; cuando su viabilidad no ha estado comprometida durante el parto, y cuando nace a término es viable, es decir, apto para vivir la vida extra-uterina*”.<sup>10</sup>

Hacia comienzos del siglo XX, se consideraba que la viabilidad no la alcanzaba el feto hasta las 26 o 28 semanas posteriores a la fecundación. De igual manera se afirmaba que “*la longitud de feto, para ser considerado viable, no puede ser inferior a los treinta y cuatro centímetros y su peso no puede bajar de los 1200 grs. Este límite que señalamos puede, de modo excepcional, descender algo, pero en términos generales podemos decir que un feto que nazca por debajo de las cifras apuntadas no tiene condiciones para vivir la vida exterior y, por lo tanto, no es viable*”<sup>11</sup>.

Para finales del siglo pasado, la variable del peso del feto perdió importancia en relación con el número de semanas de gestación. Lo anterior, por cuanto “*las expectativas en cuanto a la supervivencia neonatal están influidas por la edad gestacional y la madurez y no simplemente por el peso. Por ejemplo, se ha informado la supervivencia de un lactante de 380 grs. pero la edad gestacional confirmada fue de 25.3 semanas*”.<sup>12</sup> De allí que la frontera de la supervivencia ha sido desplazada, en forma progresiva, hacia un momento más temprano de la gestación.

Los estudios contemporáneos apuntan a señalar que, al ser la medicina esencialmente probabilística, se ha entendido que “*es viable un feto desde que su probabilidad de vida alcanza determinada magnitud*”<sup>13</sup>. Conforme a la literatura científica existente, se considera que un feto es absolutamente inviable a las 22 semanas o antes (500 grs) y siempre es viable pasadas las 26 semanas (750 grs).<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Ribemont y Lepage, *Précis d'obstétrique*, París, 1896.

<sup>11</sup> Recasens Girol, *Tratado de obstetricia*, Madrid, 1920.

<sup>12</sup> Williams, *Obstetricia*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

<sup>13</sup> Raúl Nico, *Un tema perinatólogico: sobre el concepto de viabilidad fetal*, Mar del Plata, Argentina, 2000.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

La Organización Mundial de la Salud, en su Resolución 461, define el aborto como “*la interrupción de la gestación antes de la viabilidad fetal, que se define como la expulsión o extracción de un embrión o feto de 500 gramos o menos. Este peso corresponde a una gestación de 20 a 22 semanas*”<sup>15</sup>. La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, por su parte, especifica la semana 22 como el límite en cuanto a la viabilidad fetal.

FECOLSOG sostiene que la viabilidad autónoma del feto es un concepto relativo ya que depende de la tecnología disponible para asistir de forma artificial la vida neonatal para llevarla a un punto donde pueda ser verdaderamente autónoma. No obstante, agrega que ninguna publicación científica considera la sobrevivencia antes de las 22 semanas. Como ejemplo de ello, destaca lo señalado por el Colegio de Obstetricia y Ginecología del Reino Unido donde existe consenso sobre la ausencia de esperanza de vida extrauterina a las 22 semanas, y a las 22 semanas 6 días se considera el límite de la viabilidad extrauterina humana “*en condiciones de máximo soporte tecnológico.*”

Las discusiones que se han tenido en el derecho comparado han partido, en buena medida, del concepto de “*viabilidad del feto*”. De allí que, en un número importante de países, se establecen mayores exigencias para la práctica del aborto en dicho período. Cuando no existe duda alguna sobre la viabilidad del feto, se permite la IVE sólo en casos muy excepcionales (peligro de vida para la gestante o malformaciones del feto que lo hagan inviable para tener vida extrauterina).

Los conceptos científicos rendidos ante la Corte Constitucional coinciden en afirmar que el concepto de viabilidad fetal justifica la imposición de límites temporales a la práctica de la IVE. Así, en los países donde el aborto se encuentra liberalizado, lo está en las fases iniciales de gestación, es decir, cuando el feto aún no es viable. Por el contrario, conforme transcurre el término de gestación, las diversas legislaciones imponen mayores condiciones o causales para la realización del aborto. Lo anterior, precisamente, debido a la viabilidad del feto.

Para el caso específico de Colombia, ambos conceptos señalan que el legislador debería imponer un límite temporal a la tercera causal señalada en la Sentencia C- 355 de 2006, esto es “*Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto*”. Coinciden en señalar que, aunque no es lo más aconsejable practicar un aborto en el último trimestre de embarazo, debido a los elevados riesgos que ello implica para la mujer, las otras causales

---

<sup>15</sup> Lía Ornat Clemente, *El aborto provocado en la Comunidad Autónoma de Aragón: estudio epidemiológico de la población española e inmigrante*. Tesis doctoral. Universidad de Zaragoza, 2012.

previstas en la Sentencia C-355 de 2006 no deben ser objeto de fijación de límites temporales.

### *Los aportes del derecho comparado*

Las anteriores consideraciones se sustentan en los aportes que brinda el derecho comparado. Tras revisar la legislación de países de distintas latitudes, se confirma la existencia de una interacción entre las causales aprobadas para la práctica del aborto y los límites temporales establecidos según la etapa de desarrollo del feto, priorizándose una división basada en los trimestres de gestación.

Como muestra de ello, se referencian las correspondientes legislaciones vigentes en quince (15) Estados: España, Francia, Alemania, Austria, Japón, Chile, Estados Unidos, India, Sudáfrica, México (Distrito Federal), Indonesia, Canadá, Australia (incluidos los ocho Estados que la integran) y Turquía.

	<b>Legislación</b>	<b>Causales con límite temporal entre las semanas 14 – 22 <sup>16**</sup></b>	<b>Causales sin límite temporal</b>
<b>Alemania</b>	Código Penal Alemán <sup>17</sup>	Es posible abortar entre la semana 22 y 24:  -Si se presenta un peligro para la vida de la mujer, o un grave riesgo para su salud, y no existe otro medio para evitarlo <sup>18</sup> .	Todas las causales tienen un límite temporal.
<b>Austria</b>	Ley Federal No. 60, 1974 <sup>19</sup>	Durante el segundo semestre de embarazo se requiere:  -Que exista riesgo para la salud de la mujer, y no	Todas las causales están limitadas temporalmente.

<sup>16</sup> (\*\*) El límite temporal varía en algunos países entre la semana número veinte y la veinticuatro.

<sup>17</sup> Federal Ministry of Justice and Consumer Protection. (2016). German Criminal Code. Disponible en: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html#p1816](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1816)

<sup>18</sup> The Law Library of Congress. Global Legal Research Center. (2015). Abortion Legislation in Europe. P. 14. Disponible en: <https://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/abortion-legislation.pdf>

<sup>19</sup> International Planned Parenthood Federation (2012) Abortion. Legislation in Europe. Disponible en: [http://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final\\_Abortion%20legislation\\_September2012.pdf](http://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final_Abortion%20legislation_September2012.pdf) P. 11

		<p>haya otro medio distinto al aborto para evitarlo.</p> <p>-Que exista un peligro inmediato para la vida de la madre gestante, y no pueda evitarse por un medio distinto.</p> <p>-Que hallan serias malformaciones fetales.</p> <p>-Que la mujer sea menor de catorce años.</p>	
<b>España</b>	<p>Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Modificada por la Ley Orgánica 11/2015.<sup>20</sup></p>	<p>Entre las semanas 14 y 22, es posible la interrupción del embarazo en las siguientes causales:</p> <p>-Que exista un grave riesgo para la salud o vida de la madre gestante.</p> <p>-Que el feto presente serias anomalías.</p>	<p>Con posterioridad a las 22 semanas, se permite si el feto tiene malformaciones incompatibles con la vida, o cuando se le diagnostique una enfermedad extremadamente grave e incurable.</p>
<b>Francia</b>	<p>Ley 588 de 2001. Código de Salud Pública. Segunda parte, Libro II, Título I, Capítulos 1-2.<sup>21</sup></p>	<p>No existen causales que se limiten a las 22 semanas de gestación.</p>	<p>Es posible llevar a cabo el aborto con posterioridad a las 12 semanas:</p> <p>-Si existe un serio riesgo para la salud de la madre gestante, certificado por un comité multidisciplinario de cuatro profesionales de la salud.</p> <p>-Si el feto tiene una alta probabilidad de sufrir una enfermedad particularmente severa, reconocida como incurable, certificada por</p>

<sup>20</sup> Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514&b=22&tn=1&p=20150922#a13>

<sup>21</sup> Legifrance. Code de la Santé Publique. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&idArticle=LEGIARTI000006687544&dateTexte=&categorieLien=cid>

			un centro multidisciplinario de diagnóstico prenatal.
<b>Gran Bretaña</b>	Ley de Aborto de 1967 <sup>22</sup>	Hasta la semana 24, es posible la interrupción del embarazo:  -Si existe riesgo para la salud o vida de la madre gestante.	No existe un límite temporal: -Cuando existe un riesgo sustancial de anomalías que hicieren inviable al feto.  -Si se previene una grave y permanente afectación a la vida o salud de la madre gestante, certificada por dos médicos.
En Australia no existe regulación federal sobre el aborto, por lo que cada Estado tiene su propia regulación en la materia.	<b>Victoria:</b> Ley de Reforma al Aborto. 2008 <sup>23</sup>  <b>Australian Capital Territory:</b> Ley de abolición del delito de aborto. 2002 <sup>24</sup>  <b>Queensland:</b> Código Penal de Queensland.	No existen causales que limiten su aplicación con anterioridad al plazo señalado.  Después de las 12 semanas de gestación se requiere la aprobación de un panel de médicos para llevar a cabo el procedimiento.  No existen causales con un límite temporal específico entre las semanas 12 y 22.	Después de la semana 24, debe ser aprobado por dos doctores que certifiquen la pertinencia del procedimiento en ese estado de gestación.  En el último trimestre de embarazo, se requiere la aprobación mencionada.  No se permite el aborto después de la semana 22 de gestación.

<sup>22</sup> UK Legislation. Abortion Act 1967. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents>

<sup>23</sup> Victoria Current Acts. (2008). Abortion Law Reform Act 2008. Disponible en: [http://www5.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol\\_act/alra2008209/s5.html](http://www5.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/alra2008209/s5.html)

<sup>24</sup> Australian Capital Territory. (2002). Crimes (Abolition of Offence of Abortion) Act 2002. Disponible en: <http://www.legislation.act.gov.au/a/2002-24/20020909-2735/pdf/2002-24.pdf>

	<p>Secciones 224, 225 and 226.<sup>25</sup></p> <p><b>New South Wales:</b></p> <p>NSW Ley Criminal. Secciones 82,83 y 84<sup>26</sup></p> <p><b>Northern Territory:</b></p> <p>Ley de servicios médicos. Sección 11<sup>27</sup></p> <p><b>South Australia:</b></p> <p>Consolidado de la Ley Criminal. Secciones 81 y 82<sup>28</sup></p>	<p>No existen causales con un límite temporal específico entre las semanas 12 y 22.</p> <p>Entre las semanas 14 y 23, es posible en caso de una intervención necesaria para prevenir un serio daño a la salud de la embarazada</p> <p>No existen causales con un límite temporal específico entre las semanas 12 y 28.</p> <p>No existen causales con un límite temporal específico entre las semanas 12 y 22.</p>	<p>No es posible la práctica del aborto con posterioridad a la semana 20.</p> <p>Después de la semana 23, el aborto se encuentra permitido solo para salvar la vida de madre gestante.</p> <p>A partir de la semana 28, solo se permite si se requiere para salvar la vida de la mujer.</p> <p>No hay límite temporal, si dos médicos aprueban el procedimiento, en caso de</p>
--	---	--	---

<sup>25</sup>Queensland. Criminal Code Act. 1899. Disponible en: <https://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/C/CriminCode.pdf>

<sup>26</sup> New South Wales Consolidated Acts. Crimes Act 1900. Disponible en: [http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol\\_act/ca190082/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/ca190082/)

<sup>27</sup> Northern Territory Consolidated Acts. Medical Services Act. Disponible en: [http://www.austlii.edu.au/au/legis/nt/consol\\_act/msa153/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/nt/consol_act/msa153/)

<sup>28</sup> Government of South Australia. South Australia Legislation. Criminal Law Consolidation Act. Disponible en: <https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/CRIMINAL%20LAW%20CONSOLIDATION%20ACT%201935.aspx>

	<p><b>Tasmania:</b></p> <p>Ley de Salud Reproductiva. 2013<sup>29</sup></p> <p><b>Western Australia:</b></p> <p>Ley de Salud. Secciones 334 y 335<sup>30</sup></p>	<p>Hasta la semana número 20 es posible abortar en las causales señaladas.</p>	<p>peligro para la vida de la madre gestante, o la existencia de anomalías en el feto.</p> <p>Se permite el aborto en caso de malformaciones fetales.</p>
<b>India</b>	<p>Ley de terminación médica del embarazo de 1971, Acto No. 34 de 1971, reformada por la Ley 64 de 2002<sup>31</sup>.</p>	<p>Entre las semanas 12 y 20, está contemplada la interrupción del embarazo, en los siguientes casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Si se acredita riesgo para la vida de la gestante.</li> <li>-Si la mujer tiene riesgo de sufrir un grave daño a su salud.</li> <li>-Si existe el peligro sustancial para el feto, de sufrir una anomalía que devenga en una discapacidad grave.</li> </ul>	<p>Se permite el aborto con posterioridad a la semana 20, únicamente si se requiere de manera inmediata para salvar la vida de la mujer.</p>
<b>Indonesia</b>	<p>Regulación Presidencial No. 61 de 2014 de Salud Reproductiva<sup>32</sup></p>	<p>No existen causales que se encuentren limitadas a la semana 22.</p>	<p>Se permite el aborto sin límite temporal si se requiere para salvar la vida de la gestante.</p>

<sup>29</sup> Tasmania Numbered Acts. Reproductive Health Act 2013. Disponible en: [http://www.austlii.edu.au/au/legis/tas/num\\_act/rhta201372o2013481/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/tas/num_act/rhta201372o2013481/)

<sup>30</sup> Western Australia. Health Act 1911. Disponible en: <https://www.health.wa.gov.au/publications/documents/HealthAct1911.pdf>

<sup>31</sup> Department of Public Health & Family Welfare. India. The Medical Termination of Pregnancy Act, 1971. <http://www.health.mp.gov.in/acts/mtp%20Act.pdf>

<sup>32</sup> National Commission on Violence against Women (2014). Press release responding to Government Regulation No. 61/2014 on Reproductive Health. Disponible en:

<b>Japón</b>	Ley de protección maternal. 1996, que modifica la Ley Eugenesica Nacional de 1940. <sup>33</sup>	Es posible abortar con anterioridad a la viabilidad del feto (22 semanas) en las siguientes causales:  -Si la salud de la mujer podría verse seriamente afectada.  -Si el embarazo fue producto de una conducta delictiva.	Todas las causales tienen un límite temporal.
<b>Turquía</b>	Ley de Control Poblacional No. 2827 de 1983 <sup>34</sup>	No existen causales que se encuentren limitadas a la semana 22.	Con posterioridad a la semana 10, es posible en las siguientes causales:  -Si el embarazo representa peligro para la vida de la madre gestante.  -Si dos especialistas en obstetricia y ginecología certifican que el feto presenta malformaciones.
<b>Sudáfrica</b>	Ley de Decisión de Terminación del Embarazo. <sup>35</sup>	Entre las semanas 12 y 20 de gestación, es posible realizar el aborto:  -Si hay riesgo para la salud de la mujer.  -Si existe el riesgo substancial para el feto de sufrir una anormalidad severa.	-Si dos médicos certifican que hay peligro para la vida de la mujer  -Si dos médicos certifican que la continuación del embarazo resultaría en una severa malformación del feto.

<http://en.komnasperempuan.go.id/2014/09/press-release-responding-to-government-regulation-no-61-2014-on-reproductive-health/>

<sup>33</sup>Harvard University. School of Public Health. (s, f) Japan. The Maternal Protection Law. Disponible en: <https://www.hsph.harvard.edu/population/abortion/JAPAN.abo.htm>

<sup>34</sup>Harvard University The Population Planning Law. Law No. 2827 de 1983. Disponible en: <https://cyber.harvard.edu/population/abortion/Turkey.abo.htm>

<sup>35</sup>South African Government. (1996). Choice on Termination of Pregnancy Act. Disponible en: <http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/Act92of1996.pdf>



		-Si el embarazo es causa de una violación o incesto.  -Si se afectan las circunstancias sociales o económicas de la mujer.	
<b>Canadá</b>	Corte Suprema de Canadá. 1988. <sup>36</sup>  Canadian Medical Association. CMA Policy. Induced Abortion. <sup>37</sup>	De acuerdo a la Asociación Médica Canadiense, el aborto está limitado a la viabilidad del feto (20 semanas) <sup>38</sup> .	Si se presentan circunstancias excepcionales, como el peligro de muerte de la mujer, se permite la realización del aborto.
<b>Chile</b>	Código Penal Chileno <sup>39</sup>  Código Sanitario Chileno <sup>40</sup>  Proyecto de ley No. 1230-362. <sup>41</sup>	No existen causales que se encuentren limitadas a la semana 22.	No tiene límite temporal para las siguientes causales:  -Si la mujer se encuentra en peligro vital.  -Si el feto padece una alteración estructural incompatible con la vida extrauterina.
<b>Estados Unidos de América</b>	Caso <i>Roe v. Wade</i> <sup>42</sup>  Caso <i>Planned Parenthood v. Casey</i> . <sup>43</sup>	Las causales que rigen entre las semanas 12 y 22 varían en cada Estado, teniendo como parámetro general, la protección de la vida o salud de la mujer, y la facultad de interrumpir	La Corte Suprema ha establecido que, pasado el periodo de viabilidad, la protección estatal de la vida debe primar, con lo cual, se permite el aborto

<sup>36</sup> *R v Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. Supreme Court of Canada. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/288/index.do>

<sup>37</sup> Association Médicale Canadienne – Canadian Medical Association. (1998). Induced Abortion CMA Policy. Disponible en: <http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD88-06.pdf>

<sup>38</sup> *Ibidem*. “*Induced abortion, as interpreted by the CMA, is the active termination of a pregnancy before fetal viability. In this context viability is the ability of the fetus to survive independently of the maternal environment. According to current medical knowledge viability is dependent on fetal weight, degree of development and length of gestation; extrauterine viability may be possible if the fetus weighs over 500 g or is past 20 weeks’ gestation, or both (Gestation begins at conception).*”

<sup>39</sup> Código Penal Chileno. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>

<sup>40</sup> Código Sanitario de Chile. Disponible en: <http://www.ispch.cl/documento/18460>

<sup>41</sup> Secretaria General de la Presidencia. República de Chile. (31 de enero de 2015). Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Disponible en: <http://3causales.gob.cl>

<sup>42</sup> Caso *Roe v. Wade*, 22 de enero, 1973, Corte Suprema, U.S. Reports, vol. 410, 1973, p. 113.

<sup>43</sup> Caso *Planned Parenthood v. Casey*, 29 de junio, 1992, Corte Suprema, U.S. Report, vol. 505, p. 845-846.

		<p>el embarazo en casos de malformaciones del feto.</p> <p>El Instituto Guttmacher ha certificado que más de 43 Estados tienen límites temporales claros en su legislación.<sup>44</sup></p>	<p>solo para salvaguardar la vida de la mujer.<sup>45</sup></p>
<p><b>México</b></p> <p><b>(Distrito Federal)</b></p>	<p>Código Penal para el Distrito Federal</p> <p>Ley de Salud del Distrito Federal.</p> <p>Reglamento de la Ley de Salud del Distrito Federal.<sup>46</sup></p>	<p>Se permite la interrupción del embarazo entre la semana 12 y 20:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Cuando el embarazo es resultado de una conducta punible.</li> <li>-Cuando la salud de la mujer corra peligro de afectación grave.</li> <li>-Cuando el feto presenta alteraciones que pongan en riesgo su sobrevivencia.</li> </ul>	<p>Todas las causales tienen un límite temporal</p>

A partir de la revisión realizada por esta Corporación sobre la regulación del aborto en el derecho comparado es posible extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, se destaca que más que una diferenciación clara y precisa entre un sistema de indicadores y uno de plazos, existe una interacción continua entre ambas variables. De esa manera, la regulación de la IVE varía en cada país entre alguna las siguientes alternativas: (i) la fijación de un período de acceso libre al aborto para las primeras semanas de gestación y la adopción de un sistema de causales para el resto del embarazo, presentándose una limitación mayor en el tercer trimestre; (ii) el establecimiento de grupos de causales diferenciales, según el trimestre de gestación; (iii) la adopción de causales de despenalización para la práctica del aborto únicamente para los dos primeros trimestres, y la

<sup>44</sup> Guttmacher Institute. (2017). State policies on later abortions. Disponible en: <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/state-policies-later-abortions>

<sup>45</sup> Saldarriaga, E. (2005). Intervención ciudadana en coadyuvancia de la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Mónica del Pilar Roa contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 (Exp. D-5764).

<sup>46</sup> Cámara de Diputados. Estados Unidos Mexicanos. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. (2014). Regulación del aborto en México. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-32-14.pdf>

imposibilidad absoluta de llevar a cabo el procedimiento en el tercero; (iv) El establecimiento de indicadores sólo para las primeras semanas de embarazo, y una etapa posterior de completa prohibición; y, por último, (v) la existencia de dos grupos de causales aplicables a cada uno de los dos primeros trimestres de gestación, y la posibilidad de abortar en el tercero únicamente para proteger la vida de la madre gestante.

En segundo lugar, se evidenció la ausencia de países que liberalicen por completo la práctica del aborto, sin considerar causales o plazos en sus ordenamientos. Se constata la existencia de una progresiva protección del *nasciturus*, según su etapa de desarrollo, y la fijación de supuestos más estrictos para el último trimestre de embarazo, teniendo como presupuesto la viabilidad del feto.

Aunado a lo anterior, se destaca la particularidad del caso colombiano, al basar su regulación únicamente en un sistema de indicadores y no fijar límites temporales para la práctica del aborto. En Colombia no existe una ley que regule a profundidad la materia y contemple los distintos aspectos de salud pública que involucra el embarazo y su eventual interrupción, tales como los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, la protección de la vida en el vientre materno, las condiciones de acceso a la IVE, la fijación de beneficios para la maternidad, la atención psicológica para la mujer, entre otros.

En tercer lugar, respecto al último semestre de gestación (con su inicio en la semana 22 o 24), el derecho comparado incluye las siguientes fórmulas de regulación: (i) una prohibición total del aborto en esta etapa, (ii) la restricción de llevar a cabo el procedimiento sólo para proteger la vida de la madre gestante; (iii) la aprobación de la IVE, únicamente, si está en grave peligro la vida o salud de la mujer, o si el feto presenta malformaciones que hagan inviable su vida.

En todo caso, las opciones que se han resumido, se aplican en consideración al principio de protección gradual e incremental reconocido por la jurisprudencia internacional. Por eso, para realizar el análisis del caso concreto en la presente oportunidad bajo el principio de gradualidad conforme al desarrollo del feto, la Corte debió tener en cuenta dos aspectos. El primero es que existe un consenso médico - científico en que, a partir de la semana 24 de gestación se entiende que el feto ha logrado su viabilidad autónoma.<sup>47</sup> El segundo aspecto, relacionado

---

<sup>47</sup> Al respecto, la semana 24 es la edad de gestación a partir de la cual, en Colombia es obligatorio realizar el feticidio como parte del protocolo de IVE. La Sociedad de Cirugía de Bogotá explicó que: “Aborto se define como la terminación espontánea o provocada de una gestación antes de la vigésima semana (20), cuando el feto no es capaz de sobrevivir fuera del vientre materno, aproximadamente el feto pesa 500 gramos para esta edad gestacional (OMS). Posterior a esta edad gestacional se considera feto viable, con la posibilidad de sobrevivir”. Fecolsog indica que: “el Colegio de Obstetricia y Ginecología del Reino Unido sostiene que hay consenso internacional sobre la ausencia de esperanza de vida extrauterina a las 22 semanas y de las 22 semanas 6 días se considera el límite de la viabilidad extrauterina humana en condiciones de máximo soporte tecnológico”. En años recientes, el Nuffield Council for Bioethics revisó los aspectos éticos, sociales, económicos y legales que enmarcan el manejo apropiado para estos recién nacidos. En términos generales, este documento sugiere que antes de las 23 semanas de gestación no es apropiado intervenir; además se deberá discutir con los padres la provisión de una intervención activa versus una paliativa de acuerdo a las circunstancias del caso. En tanto que, a partir de las 24 semanas de gestación, se ha de proceder con la

con el primero, es que, como consecuencia de la viabilidad autónoma alcanzada, los protocolos nacionales e internacionales sobre aborto seguro exigen, que previa a la interrupción del embarazo se realice el *feticidio* (muerte provocada del feto), porque de no hacerlo el feto nacería vivo y la muerte provocada luego del nacimiento se considera homicidio y no aborto.<sup>48</sup>

En consecuencia, resulta indispensable que la aplicación de las causales de IVE tengan en cuenta esta diferenciación entre IVE y feticidio, en particular a partir de la semana 24 de gestación, a la luz de la protección gradual e incremental de la vida del feto de acuerdo con su grado de desarrollo, para lograr medidas ética y jurídicamente adecuadas no solo a la Constitución Política y sus principios axiales, sino a los cimientos de la medicina y a los avances tecnológicos disponibles.

Con fundamento en lo anterior, es claro que el derecho colombiano, desde su Constitución Política y en una larga tradición jurídica que refleja la voluntad de la población colombiana, protege la vida del que está por nacer y que dicha protección se da desde el momento mismo de la concepción, en concordancia con el Bloque de Constitucionalidad (CDPD y CADH).

Esta protección a la vida en gestación por parte del derecho colombiano, no solo se traduce en la penalización del aborto como regla general,<sup>49</sup> sino en otras medidas de protección de la vida en gestación, que surgen de lo consagrado la Carta Política<sup>50</sup> y se incorpora legalmente a través del Código de Infancia y Adolescencia que reconoce y brinda al niño en gestación medidas de protección en materia de prevención del contagio de enfermedades, garantía de alimentación, atención médica suficiente, restablecimiento de derechos de las mujeres gestantes y acompañamiento a las mujeres gestantes en casos de

---

intervención activa y cuidados intensivos, a no ser que las condiciones del recién nacido sean de muy mal pronóstico”.

<sup>48</sup> Al respecto señala el Ministerio de Salud, según el protocolo para la prevención del aborto inseguro en Colombia: “cuando se utilizan medicamentos para la terminación del embarazo en edades gestacionales que superen las 23 semanas, debe aplicarse antes de iniciar el procedimiento una inyección intracardiaca o en el cordón umbilical de cloruro de potasio o intraamniótica/intrafetal de digoxina, para evitar la viabilidad al momento de la expulsión, ya que con un producto vivo como resultado final, no se considera una IVE”.

<sup>49</sup> Con la excepción de la causales en que está permitida según la Sentencia C-355 de 2006

<sup>50</sup> La Constitución Política de Colombia reconoce el derecho a la vida en dos disposiciones: la primera de orden general, en el artículo 11 que indica: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”; la segunda, resalta específicamente a los niños como sujetos de derecho, y en ella se expresa que: “Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

embarazos no deseados.<sup>51</sup> Además, otras medidas de protección a la gestación se traducen en la protección de la madre gestante, al reconocer que el Estado tiene un deber de especial asistencia y protección frente a ella (Art. 43 Superior), lo que se refleja en su protección en el ámbito laboral (SU-070 de 2013) la priorización que brinda el Código Nacional de Policía y el reconocimiento legal de la obligación especial del Estado frente a la mujer embarazada del artículo 7 de la ley sobre igualdad de oportunidades.<sup>52</sup>

De otro lado, desde una perspectiva protectora de los derechos humanos, y en correspondencia con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (que respecto del derecho a la vida hace referencia a “*todo individuo*” y no a la persona, y establece que la personalidad jurídica es un derecho de “*todo*

---

<sup>51</sup> Entre otros, Ley 1096 de 1998 “**ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN.** Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: 14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.” “**ARTÍCULO 41. OBLIGACIONES DEL ESTADO.** El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá: (...) 10. Apoyar a las familias para que estas puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual, por lo menos hasta que cumplan los 18 años de edad. 11. Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar.(...) 5. Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes.” **ARTÍCULO 46. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes: (...) 3. Diseñar, desarrollar y promocionar programas que garanticen a las mujeres embarazadas la consejería para la realización de la prueba voluntaria del VIH/SIDA y en caso de ser positiva tanto la consejería como el tratamiento antirretroviral y el cuidado y atención para evitar durante el embarazo, parto y posparto la transmisión vertical madre-hijo.” “**ARTÍCULO 60. VINCULACIÓN A PROGRAMAS DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA PARA EL RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS VULNERADOS.** Cuando un niño, una niña o un adolescente sea víctima de cualquier acto que vulnere sus derechos de protección, de su integridad personal, o sea víctima de un delito, o cuando se trate de una adolescente o mujer mayor de 18 años embarazada, deberán vincularse a un programa de atención especializada que asegure el restablecimiento de sus derechos. (...) **PARÁGRAFO 2o.** El Gobierno Nacional y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expedirán la reglamentación correspondiente al funcionamiento y operación de las casas de madres gestantes y los programas de asistencia y cuidado a mujeres con embarazos no deseados de que trata el presente artículo, durante los 12 meses siguientes a la expedición de la presente ley.” **ARTÍCULO 116. DERECHOS EN CASO DE MATERNIDAD.** Sin perjuicio de los derechos consagrados en el Capítulo V del Título VIII del Código Sustantivo del Trabajo, la jornada de la adolescente mayor de quince (15) y menor de dieciocho (18) años, no podrá exceder de cuatro horas diarias a partir del séptimo mes de gestación y durante la lactancia, sin disminución de su salario y prestaciones sociales.

<sup>52</sup> Ley 823 de 2003 “Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres” Artículo 7°. Conforme a lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de seguridad social. Dentro de los doce meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional establecerá un programa de subsidio alimentario para la mujer embarazada que estuviere desempleada o desamparada.

*ser humano*)<sup>53</sup> y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (cuyo artículo 10 señala “*Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos*”) es claro que la protección de la vida no está ligada al reconocimiento de la personalidad jurídica, sino a la pertenencia del individuo como miembro de la especie humana. Así mismo, desde la perspectiva de los tribunales constitucionales de diversos países, la Corte constató la recurrente aplicación de un test de ponderación entre los derechos fundamentales de la mujer y la protección de la vida del *nasciturus*, cuyo resultado depende del tiempo de gestación.

La revisión de la regulación del aborto en quince (15) países de distintas latitudes permite comprobar la existencia de una progresiva protección del *nasciturus*, según su etapa de desarrollo, y la fijación de supuestos más estrictos para el último trimestre de embarazo, teniendo como presupuesto la viabilidad del feto. Hacia ese escenario debe encaminarse el ordenamiento jurídico colombiano, para generar una protección acorde con el grado de desarrollo del que está por nacer en tanto ser humano con viabilidad autónoma.

La Sentencia C-355 de 2006, al basar su regulación únicamente en un sistema de causales, y no fijar límites temporales para la práctica del aborto, está incurriendo en vacío de protección respecto de las vidas humanas autónomas y viables a partir de la semana 24 de gestación, por lo que es necesario avanzar en su correcta y proporcional protección.

En el estado actual de la ciencia, existe consenso en que, si bien la autonomía depende de la tecnología disponible entre la semana 22 y 24, a partir de la semana 24 de gestación el feto tiene el desarrollo suficiente para lograr su viabilidad autónoma. Los estudios científicos contemporáneos apuntan a señalar que, al ser la medicina esencialmente probabilística, se ha entendido que “*es viable un feto desde que su probabilidad de vida alcanza determinada magnitud*”<sup>54</sup>. Por tanto, conforme a la literatura científica, se considera que un feto es absolutamente inviable antes de las 20 semanas (500 grs) y es viable pasadas las 24 semanas (750 grs).<sup>55</sup>

Así se concluye del hecho de que, según la Organización Mundial de la Salud, el procedimiento para practicar aborto a partir de la semana 22 de edad gestacional, consiste en la realización de un feticidio (la muerte provocada del feto) y un posterior parto (o cesárea) inducido, puesto que si se no se realiza el feticidio, el niño nacería vivo, tendría autonomía suficiente para vivir, y los médicos deberían adelantar las tareas necesarias para proteger sus derechos.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

<sup>54</sup> Raúl Nico, *Un tema perinatólogo: sobre el concepto de viabilidad fetal*, Mar del Plata, Argentina, 2000.

<sup>55</sup> Así lo sostuvieron las entidades médico-científicas intervinientes, además de la literatura médica disponible.

<sup>56</sup> Según la intervención del Ministerio de Salud referida en este acápite de manera precedente.

El feticidio a través de una inyección de cloruro de sodio o solución salina en el corazón latiente del feto demuestra, justamente, que a partir de cierta edad gestacional hay un ser humano autónomo, que bien podría sobrevivir fuera del vientre materno, y por el hecho de encontrarse aún en el vientre, puede ser privado de su vida, ya que no se le reconoce ningún derecho.

La gestación luego de la semana 24 es importante para facilitar el desarrollo del feto, pero no es indispensable para su supervivencia y por lo tanto, la dependencia ambiental entre el feto y la madre gestante no podría entenderse de tal forma que distorsione la realidad biológica y desconozca la existencia de un ser individual, con viabilidad autónoma, perteneciente a la especie humana, y como tal, un ser humano cuya vida debe ser protegida.

Pretender que entre el feto con 24 semanas de gestación y un niño nacido (con igual o mayor número de semanas de gestación) existe por este último hecho una diferencia tal que justifica que solo al segundo se le reconozca como persona humana, mientras que al primero se le trate como un objeto excluido del derecho a vivir, es una ficción contraria a la realidad biológica que desconoce abiertamente los elementos definitorios de la naturaleza humana y pretende convertir el nacimiento en el acto mágico en el cual aparece un ser humano.

**En ese sentido, dado el estado actual de la medicina y de la tecnología, la Corte Constitucional debió reconocer que a partir de la semana 24 de gestación en que la viabilidad autónoma de un ser humano permite al *nasciturus* no depender de la madre gestante,<sup>57</sup> la vida e integridad de ese ser humano autónomo es ampliamente protegida constitucionalmente. Los hechos del caso marcaban el momento ideal para remarcar que, la protección de la vida e integridad del que está por nacer, especialmente luego de alcanzar su viabilidad autónoma, debe hacerse en respeto de la dignidad humana y sin ningún tipo de discriminación, en especial respecto de las diversidades funcionales que puedan ocasionar a futuro algún tipo de discapacidad.**

Lamentablemente, y en desmedro de los derechos de los más vulnerables, en la Sentencia SU-096 de 2018 la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió desaprovechar la oportunidad para adecuar las causales de la IVE a una protección adecuada de la vida del que está por nacer cuando sobrepase las 24 semanas de gestación.

## **2. CON LA SENTENCIA SU-096 DE 2018 LA CORTE CONSTITUCIONAL DECIDIÓ AVALAR LA PRÁCTICA DE**

---

<sup>57</sup> Aunque en las últimas semanas la gestación permite al feto desarrollarse en su etapa final, lo que repercute en sus mayores probabilidades de supervivencia, y en mejores condiciones de salud futura, el feto puede sobrevivir fuera del vientre materno.

## **ABORTOS POR DISCRIMINACIÓN Y DESCONOCER EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

El sistema jurídico del Estado colombiano está construido sobre la base del reconocimiento pleno de la dignidad en iguales condiciones de todos los seres humanos. Por esa razón, en Colombia se reconoce la diversidad de la sociedad como un elemento connatural a la especie y un valor que enriquece a la humanidad. Desde esa perspectiva, toda forma de discriminación y exclusión es repudiada por la Constitución Política de Colombia y bajo su égida no resulta admisible que en este país el derecho patrocine prácticas dirigidas a eliminar la vida de seres humanos en razón de su diversidad funcional, o de cualquier otro criterio que, fundado en paradigmas y estereotipos, procure construir un modelo de sociedad homogénea y excluyente. Sin embargo, pese a la evidencia obrante en el expediente, la decisión mayoritaria de la Sala Plena decidió voluntariamente omitir un pronunciamiento de rechazo frente al caso de un feticidio motivado por el prejuicio sobre el sufrimiento que implicaría la maternidad y la vida de un ser humano con posibles discapacidades, según la información sesgada y discriminatoria que recibió la mujer gestante.

**Al respecto, la jurisprudencia pacífica y ampliamente reiterada había sido clara hasta ahora en la exigencia de la certificación médica sobre la inviabilidad del feto como requisito indispensable para que se configure la causal. Desafortunadamente, la Sentencia SU-096 de 2018 borra de un solo brochazo esta exigencia y abre la puerta para que en Colombia, la discriminación fundada en la discapacidad, sea una causal para abortar e incluso para realizar feticidios.**

### ***2.1. La causal de autorización de la IVE por malformación que haga inviable la vida del feto. Aproximación jurisprudencial.***

Con la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional reconoció la existencia de un principio general en el ordenamiento jurídico colombiano según el cual el aborto es un delito en cualquier etapa del embarazo y, por tanto, debe ser desaprobado. No obstante, en la decisión que como se dijo no comparto, también reconoció que este principio no tiene una aplicación absoluta ni puede anular los derechos de las mujeres embarazadas, sino que, por el contrario, existen circunstancias en las que la protección de la vida del no nacido debe ceder ante los derechos de las mujeres para evitar cargas desproporcionadas. Estas excepciones al tipo penal, desarrolladas en tres causales específicas<sup>58</sup>,

---

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería; Clara Inés Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; AV Manuel José Cepeda Espinosa). En la sentencia la Corte despenalizó parcialmente la IVE en Colombia y declaró exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), en el entendido que “no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el



constituyen los límites que deben respetar las autoridades para que la prohibición del aborto no se convierta en una exigencia que vulnere de manera intolerable los derechos de la mujer embarazada.

Específicamente frente la causal que permite el aborto “*cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida*”, la Corte hizo referencia a un escenario completamente distinto a la simple identificación de alguna malformación en el feto que, aunque pueda resultar incurable, no sea incompatible con la vida.<sup>59</sup> Es decir, la Sentencia planteo una causal muy diferente a lo que en algunos países se estima como aborto eugenésico.<sup>60</sup> En aquella decisión, la Corporación fue enfática al señalar que si bien existen diferentes clases de malformaciones, la despenalización del aborto solo procede ante un escenario donde el feto “*probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación*”<sup>61</sup>. Lo anterior significa que para la configuración de la causal se necesita como mínimo contar con una certificación médica, acorde a los estándares éticos de la profesión, que contenga los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia: (i) la verificación de la existencia de la malformación y (ii) la calificación de esta como incompatible con la vida del feto. Se reitera: **no basta con que se certifique la malformación.**

En la sentencia T-171 del 2007<sup>62</sup>, la Corte Constitucional reiteró el deber de las entidades judiciales y de salud de proteger el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) de una mujer cuando se determina médicamente la existencia de una grave malformación del feto que hace inviable su vida extrauterina. En su decisión, la Corte buscó proteger los derechos de la madre sin transgredir o sobrepasar las causales específicas en que la jurisprudencia constitucional permitió el aborto. En efecto, la sentencia reafirmó lo establecido previamente por la jurisprudencia sobre la causal de malformación: la interrupción voluntaria del embarazo está autorizada cuando se verifica

---

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”.

<sup>59</sup> Mónica Fernández Muñoz “*El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. Reflexión desde el derecho colombiano*” (2017) <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v30n2/art14.pdf> citado en: Jaramillo, C., “Derecho Privado”, Ibáñez – Universidad Javeriana, Tomo IV, Responsabilidad Civil, Volumen 2, Bogotá, 2014, p. 865.

<sup>60</sup> Bermeo, E., Aborto eugenésico, diagnóstico prenatal y bioética personalista, Editorial Universidad del Valle, Cali, 2012. González Salvat, R. y González Labrador, I., “Eugenesia y diagnóstico prenatal”, en Revista Cubana Obstet Ginecol, vol. 28, n. 2 (mayo-agosto 2002), tomado de: Mónica Fernández Muñoz “*El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. Reflexión desde el derecho colombiano*” (2017) <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v30n2/art14.pdf>

<sup>61</sup> Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería; Clara Inés Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; AV Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>62</sup> Corte Constitucional, sentencia T-171 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño). La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional conoció del caso de una mujer que solicitó la realización de un aborto ante el hallazgo en el feto de cinco meses de gestación de una malformación denominada anencefalia. Esta malformación es un defecto en la formación del tubo neural del bebé durante el desarrollo. Un bebé que nació con anencefalia puede nacer muerto o sobrevivir solo algunas horas o días después del nacimiento.

médicamente –como se hizo en ese caso particular, incluso mediante varios diagnósticos– la existencia de una malformación grave en el feto **que hace inviable su vida**.

En la Sentencia T-388 de 2009, siguiendo lo expuesto en la sentencia C-355 de 2006, la Corte indicó que, si bien la malformación del feto que haga inviable su vida extrauterina constituye una de las causales que permiten la realización de la IVE, era **indispensable** contar previamente con un certificado médico para realizar el procedimiento. Bajo tal hipótesis, la Corte manifestó:

“[E]l deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí, que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médico, se encuentra en tales condiciones (...).”<sup>63</sup>

Recientemente, en la sentencia T-301 de 2016,<sup>64</sup> la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia en el sentido de que la causal establecida en la sentencia C-355 de 2006 no se habilita simplemente por las malformaciones que puedan ser diagnosticadas en un feto, sino que es indispensable que dichas malformaciones sean de tal magnitud que hagan inviable su vida. Más allá de ello, la Corte reiteró que cuando exista una grave malformación del feto, debe mediar certificación médica respecto de la inviabilidad de su vida “*conforme a los estándares éticos de su profesión*”, para que se adecue a la causal permitida por la sentencia C-355 de 2006.<sup>65</sup> En ese sentido, esta Corporación reiteró:

“Frente a la inviabilidad del feto, conviene destacar que con base en lo expuesto en la jurisprudencia esta causal tiene dos requisitos para su configuración: (i) la verificación de la existencia de una malformación; y (ii) la inviabilidad de la vida de la criatura por causa de esta. (...) **requiriéndose como requisito *sine qua non* para la configuración de la causal el concepto médico que indique la inviabilidad del feto, pues sólo con esta verificación se puede decir que el deber de protección de**

---

<sup>63</sup> Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto). En este punto cobra sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a término el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

<sup>64</sup> Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo). La Sala Tercera de Revisión estudió el caso de una mujer que solicitó la interrupción del embarazo con base en la causal de malformación. Sin embargo, la EPS accionada opuso barreras para la realización de dicha intervención, particularmente respecto del acceso a un diagnóstico oportuno, toda vez que la mujer se encontraba en estado de gestación avanzado, por lo que los riesgos de la interrupción aumentaban con el transcurso del tiempo. Así, la Corte reiteró su precedente sobre los términos de resolución de las peticiones relacionadas con el aborto legal y, al condenar en abstracto a las EPS accionadas, recordó que se trata de un derecho fundamental que merece la protección del Estado.

<sup>65</sup> Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006 (MP Jaime Araújo Rentería; Clara Inés Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis; AV Manuel José Cepeda Espinosa). La Corte destacó que esta es una causal calificada, pues implica no solo la identificación de una malformación en el que está por nacer, sino que dicha malformación debe conducir a que la criatura no tenga la posibilidad de vivir

**la vida del *nasciturus* pierde peso, al ser evidente médicamente que es improbable su supervivencia**<sup>66</sup>

Los médicos en estos casos, como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, deben sopesar las circunstancias médicas del *nasciturus* y determinar razonablemente, según los estándares éticos que rigen su profesión, que éste no sobrevivirá por causa de las afecciones que padece.

En atención a los parámetros establecidos por la jurisprudencia sobre malformación, era de esperarse que la sentencia de la cual me aparto exigiera a los operadores o prestadores del servicio de salud una certificación médica otorgada conforme a los estándares éticos de su profesión, en la cual se expresara que la malformación del feto era de tal gravedad que hacía inviable la vida futura de la criatura por sí misma. Esto por cuanto, como lo ha dicho la propia Corte, sin el certificado emitido bajo estas condiciones no resulta posible “*ni para las EPS, ni para los jueces de instancia, dar por cumplido el requisito de la certificación médica, para activar el derecho fundamental a IVE bajo la causal de grave malformación del feto que haga inviable su vida*”<sup>67</sup>.

**2.2. En el caso concreto no existió certificación de inviabilidad del feto, y la malformación detectada NO ERA INCOMPATIBLE CON LA VIDA.**

En la Sentencia SU-096 de 2018 la Corte desconoció sus precedentes pacíficos y reiterados en la materia, y concluyó que, pese a la evidencia científica, la inexistencia de un certificado médico sobre la incompatibilidad de la malformación con la viabilidad del feto que sirviera de sustento a la decisión judicial<sup>68</sup> y, pese a que obraba en el expediente una certificación que expresamente manifestaba que la malformación detectada no era incompatible con la vida de la niña por nacer, se cumplieron los requisitos para ordenar, en el caso concreto, la realización de una IVE como medida provisional.

Al respecto afirma la sentencia que “*Sala Plena encuentra cumplida la causal: cuando exista grave malformación que haga inviable su vida, certificada por un médico*”.

Sin embargo, ello no corresponde a las pruebas obrantes en el expediente. En efecto, según los documentos y pruebas que se anexaron a la acción de tutela y constan en el expediente, es evidente que la solicitud de IVE se fundamentó únicamente en prejuicios discriminatorios y que no existió certificado sobre la

---

<sup>66</sup> Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo). Negrillas fuera del original.

<sup>67</sup> Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo).

<sup>68</sup> Esto pues si bien obra en el expediente un documento en que se afirma tal cosa, el mismo es de fecha 6 de enero de 2018, es decir un día después de que la decisión provisional de realizar la IVE fuera ordenada por la Juez. El documento corresponde a la evaluación de ingreso que se realizó a la paciente para la realización de la IVE.

inviabilidad del feto, con anterioridad a la decisión del juez de tutela de ordenar la IVE por medida provisional.

En efecto, tanto de las afirmaciones de la accionante como del conjunto de sus condiciones personales -33 años, casada y profesional,<sup>69</sup>- se evidencia que el embarazo, finalmente interrumpido, fue el resultado de una decisión consciente y responsable.

Consta en los documentos anexos a la tutela que durante el embarazo asistió a los controles, e incluso que estuvo atenta a los signos de riesgo y se sometió a los tratamientos médicos que se hicieron necesarios frente a las amenazas de aborto en las semanas 9 y 10,<sup>70</sup> lo que le exigió llevar reposo absoluto, fruto de cuyos cuidados pudo continuar el embarazo hasta la semana 21 en que el examen ecográfico detectó la posible diversidad funcional.

Luego de transcurridas 21 semanas de gestación, se realizó el examen ecográfico de control y el informe del Comité Técnico Científico del laboratorio de Diagnóstico Ecográfico OBGYN, para segunda opinión de casos difíciles, de fecha 4 de diciembre de 2017, con la firma de 5 médicos, concluye:

“HALLAZGOS: Ventriculomegalia límite bilateral, ausencia del cavum del septum pellucidum, fusión completa de las astas anteriores de los ventrículos laterales, el cuerpo calloso se observa íntegro, fosa posterior normal cortes parasagitales sin alteraciones, espina normal, desarrollo de circunvoluciones normal.

**POSIBLES DIAGNÓSTICOS: Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar.**

**PLAN DE MANEJO:** Estudio citogenético, Se explica el mal pronóstico en el **neuro desarrollo futuro.**”<sup>71</sup>

En este documento, anexo a la acción de tutela y por lo tanto disponible para la Juez que conoció de la misma, claramente se concluye “*mal pronóstico en el neuro desarrollo futuro*”, sin que haya ninguna anotación sobre la inviabilidad del feto, y por el contrario, al prever un desarrollo futuro asume el diagnóstico que la malformación detectada no resulta incompatible con la vida del feto. De hecho, en el mismo resultado del examen ecográfico emitido por OBGYN, respecto de las demás condiciones del feto se concluye: “*Valoraciones anatómicas y biofísica satisfactoria*”.

El 20 de diciembre de 2018, Compensar EPS autorizó la realización de IVE para la accionante. En el expediente consta una solicitud médica del 15 de diciembre, pero en dicha solicitud no existe ninguna certificación o al menos una mención sobre la inviabilidad del feto, por el contrario, en todos los documentos se hace mención de la causal como “*malformación*”. Se reitera que

---

<sup>69</sup> Expediente T-6612909., cuaderno 2, folio 28.

<sup>70</sup> Expediente T-6612909, cuaderno 2, folios 50 a 53.

<sup>71</sup> Expediente T-6.612.909, folio 19. Negrillas fuera del texto original.

hasta ese momento y a partir de la evaluación que dio lugar a la decisión de la accionante, ningún médico advirtió, y menos aún certificó la incompatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto.

El posible diagnóstico fue luego confirmado por el Informe de Ecografía Obstétrica del Hospital San José, que en un detallado examen concluye con el resultado de normalidad en la anatomía y funcionamiento de cara, cuello, tórax, pulmones, corazón, diafragma interno (estómago, hígado, vasos interhepáticos, intestino, riñones, vejiga, pared abdominal), columna vertebral, extremidades y falanges.<sup>72</sup> Del examen realizado, la junta médica del Hospital San José concluye en su análisis que:

““(…) EN REUNION REALIZADA CON LA DRA PINTO Y EL DR ROJAS SOBRE EL CASO SE CONSIDERA QUE LOS HALLAZGOS PRESENTES EN EL FETO **NO SON INCOMPATIBLES CON LA VIDA**. LAS POSIBLES SECUELAS QUE PUEDE PRESENTAR EL NEONATO PUEDEN SER VARIABLES DESDE LEVES HASTA SEVERAS NO PREDECIBLES MEDIANTE ECOGRAFÍA. LA PACIENTE Y SU ESPOSO SOLICITAN INTERRUPCIÓN DE LA GESTACIÓN, ACTUALMENTE NO CUMPLE CON LOS CRITERIOS CONTEMPLADOS POR LA SENTENCIA C-355 DE 2006 PARA ESTE PROCEDIMIENTO. (...)”<sup>73</sup>

Todos estos documentos obran en el expediente como anexos de la acción de tutela. En cambio, no constaba en el expediente ningún documento en donde se afirme, diagnostique y menos en donde se certifique, que el diagnóstico del feto resultaba incompatible con su vida. Esa información estuvo disponible para que la Juez la valorara a fin de tomar su decisión, en particular sobre las medidas provisionales a tomar.

Por otra parte, consta también en el expediente el concepto emitido por una médica general de Profamilia el 29 de diciembre de 2017, en la que, sin que se hubiere realizado ningún examen adicional al feto, se sostiene: “PACIENTE CON CUADRO DEPRESIVO Y ANSIEDAD DESENCADENADO POR EL EMBARAZO, ADEMÁS FETO PRESENTA HOLOPROSENCEFALIA VS DISPLACIA SEPTO-ÓPTICA. CERTIFICO CAUSAL DE SALUD Y MALFORMACIÓN CONGÉNITA.” En este “*certificado*” no consta absolutamente nada de lo que hasta entonces exigía la jurisprudencia, esto es, la manifestación de que lo que denomina “*malformación congénita*” resulte incompatible con la vida del feto.

Ahora bien, es evidente que el certificado del Hospital San José, en el que claramente se manifiesta que “LOS HALLAZGOS PRESENTES EN EL FETO NO SON INCOMPATIBLES CON LA VIDA” y la afirmación posterior de Profamilia que certifica causal de “MALFORMACIÓN CONGÉNITA”

<sup>72</sup> Expediente T-6.612.909, folio 29.

<sup>73</sup> Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 30.

debieron generar en el juez de tutela una duda suficiente sobre si se cumplían con las exigencias constitucionales en materia de IVE y por ende se requería una verificación antes de cualquier decisión.

Bajo esas consideraciones, en una primera etapa del trámite, esta Corte consideró necesario verificar si, en efecto, el resultado del examen que fue comunicado a la madre gestante resultaba compatible con la vida del feto. Para tal fin, ofició una serie de preguntas a entidades científicas de cuyas respuestas coinciden en que el diagnóstico de Holoprosencefalia lobar Vs. displasia septo óptica ***“es compatible con la vida, con un grado variable de discapacidad”***.<sup>74</sup> Ninguna de las entidades que enviaron su respuesta sostuvo que la malformación detectada resultara incompatible con la vida del feto.

Más allá de ello, las respuestas enviadas sostienen que el examen de ecografía realizado en el caso concreto, evalúa únicamente la morfología del feto y no el funcionamiento neuronal, por eso, el diagnóstico no tiene siquiera la sensibilidad suficiente para distinguir entre dos anomalías cuyos efectos son bastante distintos -la Holoprosencefalia lobar (la más leve forma de holoprosencefalia) y de displasia septo óptica- y mucho menos puede predecir, el pronóstico de los efectos futuros de dicho diagnóstico, que puede variar entre un margen muy amplio de posibilidades.<sup>75</sup> En todo caso, lo que sí se conoce, es que las posibles enfermedades que coinciden con el resultado del examen, no significan la inviabilidad del que está por nacer.

Esto significa que no existía duda sobre la circunstancia de que la malformación detectada no afectaba la viabilidad del feto y mucho menos si se tenía en cuenta la avanzada edad gestacional y los buenos resultados de los demás exámenes realizados que no indicaron ningún otro hallazgo respecto de diversidad

---

<sup>74</sup> Respuesta de la Sociedad de Cirugía de Bogotá, que concuerda con la respuesta de Fecolsog. En su concepto la Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Medicina Responde que, *“ni la displasia óptica ni la holoprosencefalia lobar son incompatibles con la vida del feto”*. Por su parte, la Universidad Javeriana, respondió que *“la supervivencia de los neonatos con DSO que son diagnosticados tempranamente, manejados en forma apropiada y que sobrepasan el primer año es alta”*.

<sup>75</sup> Al respecto, en su respuesta la Sociedad de Cirugía de Bogotá explica que: *“Pronóstico de holoprosencefalia lobar, los datos disponibles son limitados. Se ha publicado que los individuos afectados pueden llevar una vida normal, pero son frecuentes el retraso mental y secuelas neurológicas. Pronóstico de displasia septo-óptica es controvertido, la alteración visual es generalmente presente, pero la ceguera es rara, si cursa con hipoplasia del nervio óptico se asocia con una incidencia aumentada de parálisis cerebral, retraso mental y convulsiones.”* Por su parte la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología – Fecolsog en su respuesta inicia por explicar los posibles efectos de los tipos más severos de holoprosencefalia (alobar y semilobar) y explica que en cuanto a la holoprosencefalia lobar *“los datos disponibles son limitados sin embargo se ha publicado que los individuos no pueden llevar una vida normal ya que son muy frecuentes el retraso mental y las secuelas neurológicas”*. Sostiene además que *“la discapacidad motora severa observada en la holoprosencefalia semilobar y alobar es menos frecuentemente vista en el tipo lobar”*. Concluye finalmente que el pronóstico depende del grado de malformación en cada paciente. En cuanto al pronóstico de displasia septo-óptica sostiene que es controvertido; *“la alteración visual está generalmente presente, pero la ceguera es rara.”*

funcional o malformación del feto, sino que, por el contrario, concluían el normal desarrollo y funcionamiento de los órganos y estructuras del cuerpo de la *nasciturus*.

***2.3. En el caso concreto la IVE se motivó en la información sesgada y discriminatoria que entregaron a la mujer embarazada sobre futuras discapacidades de la bebé por nacer.***

El embarazo inicialmente deseado se convirtió en una fuente de angustia para la madre gestante como resultado de la forma en que se le comunicó el resultado del diagnóstico resultante de la ecografía realizada el 30 de noviembre de 2017. Si bien dicho diagnóstico nunca se refirió a la inviabilidad del feto o a un riesgo para la vida de la madre, en cambio, se le informó de tal forma que reaccionó negativamente ante la posibilidad de continuar su embarazo y dar vida a una hija con posibles discapacidades. Así lo consignó en su escrito de tutela con las siguientes palabras:

“tengo 26 semanas de embarazo y en uno de los controles que me hicieron fui diagnosticada de Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar, esta es una alteración que se origina en la división del prosencéfalo (lóbulo embrionario) causando problemas en el desarrollo cerebral y de la cara de mi bebe, **adicionalmente los médicos me informaron que la bebe puede nacer con trastorno psicomotor (...) neurológico, endocrino, óptico olfatorio y psicomotriz, puede nacer ciega o lo peor podría nacer muerta o le dan poco tiempo de vida**, por tal razón el médico tratante me ordenó el procedimiento llamado ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO.”

Esta clase de información imprecisa, con alto grado de subjetividad y sin ningún sustento científico, se entregó irresponsablemente a la madre gestante promocionando un acto de discriminación.

Ahora bien, al consultar a instituciones expertas en la materia, se pudo comprobar que, de los hallazgos del examen de ecografía realizado a la paciente, no era posible extraer ninguna de las conclusiones a las que hace referencia la accionante. Esto porque como claramente lo expone en su demanda y aparece consignado a lo largo del expediente, el examen es estrictamente morfológico y no puede distinguir siquiera entre dos diagnósticos con efectos totalmente diferentes: *Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar*, mucho menos determinar los efectos que puede tener en la vida futura del niño. Según concluye la facultad de Medicina de la Universidad Nacional en su concepto “**EL DIAGNÓSTICO CONFIRMADO PRENATAL ES MUY DIFÍCIL, la ecografía solo lo puede sospechar**”.

En el caso concreto, las entidades encargadas de prestar el servicio de salud, esto es, quienes evaluaron y realizaron el diagnóstico con fundamento en el examen ecográfico, omitieron realizar un pronunciamiento sobre la

compatibilidad o incompatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto. Esa información era de vital importancia en el caso concreto y hubiese sido determinante para evitar todos los problemas que surgieron a continuación. En cambio de ello, y de haber brindado la información objetiva y el acompañamiento que requería *la madre gestante* sobre la viabilidad de su futura hija, la información que ella dice haber recibido le produjo angustia y rechazo.

En la evaluación que realiza la IPS donde se realizó finalmente la IVE con posterioridad a la medida provisional emitida por la Juez de tutela, se consigna el siguiente análisis:

**“MUJER DE 33 AÑOS QUIEN CURSA UNA GESTACIÓN DE 26 SEMANAS, SOLICITA DE MANERA LIBRE Y ESPONTÁNEA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO, DECISIÓN QUE TOMÓ LUEGO DE SER INFORMADA DE LOS HALLAZGOS Y EL PRONÓSTICO FETAL EN LA ECOGRAFÍA DEL DÍA 30/11/2017 REALIZADA POR EL DRA. DIANA MARCELA CEPEDA, QUE SE ANEXA A LA HISTORIA. ELLA MANIFIESTA QUE NO ESTÁ DISPUESTA A ASUMIR LO QUE RESTA DEL EMBARAZO Y EL ROL MATERNO POR EL MAL PRONÓSTICO. (...)”<sup>76</sup>**

En la misma acta se consignan las razones que presenta la paciente como fundamento de su decisión, así:

**(...) NO DESEA CONTINUAR ESTE EMBARAZO NI ASUMIR EL ROL MATERNO EN ESTE MOMENTO YA QUE NO TIENE LAS CONDICIONES PERSONALES, EMOCIONALES NI ECONÓMICAS PARA HACERLO. CUANDO SE ENTERÓ DE LA PATOLOGÍA FETAL PRESENTÓ DEPRESIÓN, LLANTO FÁCIL, ANODINIA, INSOMNIO Y SE PREGUNTÓ EN PAREJA POR QUE ESTABA SUCEDIENDO ESTA SITUACIÓN. REFIERE QUE POR ESTAS CONDICIONES Y [PORQUE] LA CALIDAD DE VIDA DEL FETO ES MALA POR EL MAL PRONÓSTICO FETAL INFORMADO POR LA ECOGRAFÍA Y EN JUNTA MÉDICA COMO CONCLUSIÓN MAL PRONÓSTICO EN EL NEURODESARROLLO A FUTURO.**

Llama fuertemente la atención que, pese a toda esta información disponible, la decisión mayoritaria de la Sala Plena en este caso sea la de evadir el análisis del contexto de discriminación en que se presentó la solicitud de IVE y en cambio, pese a las pruebas, afirme que el procedimiento se dio por la inviabilidad del feto y afirme además que se cumplieron los requisitos para que se configure la causal. Es necesario recordar que las obligaciones constitucionales en virtud del artículo 13 superior y en virtud de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que hace parte del Bloque de Constitucionalidad,

---

<sup>76</sup> Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 123.



implica no solo evitar discriminar, sino también actuar frente a los actos de discriminación que se cometan contra las personas con discapacidad o que pongan en riesgo su vida. La decisión de la cual me aparto, es un grave retroceso en la materia.

En efecto, no basta con afirmar en la Sentencia que no se trata de la autorización de abortos eugenésicos, o que no se atenta contra la CDPD porque esta solo protege los derechos de las “personas” que ya han nacido, porque en realidad la decisión mayoritaria acogió la tesis por la cual un feticidio cuya única motivación era evitar los supuestos sufrimientos que significaría la maternidad de una niña con malformaciones, cuando justamente ello provenía de prejuicios discriminatorios y de información sesgada que se entregó a la madre. Decir que la CDPD protege la vida y la no discriminación únicamente de las personas nacidas, y por lo tanto discriminarlas y acabar con su vida antes que nazcan resulta compatible con la Convención es, abiertamente, una violación del artículo 26 de la Convención de Viena que consagra el principio *pacta sunt servanda* por el cual las partes están obligadas a cumplir los tratados de buena fe. El aborto basado en discriminación va contra el objeto y el fin de la CDPD y contra el principio pro homine, pero particularmente atenta contra el artículo 10 de la Convención que puntualmente sostiene:

Artículo 10 Derecho a la vida. Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de **todos los seres humanos** y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

La garantía primaria del derecho a la vida de las personas con discapacidad empieza por evitar los abortos discriminatorios, razón por la cual el Comité CDPD ha recomendado a los Estados eliminar las cláusulas que autorizan el aborto por malformación. Por ello, en el caso colombiano, la causal sólo resulta compatible con la Carta si se exige el certificado médico de inviabilidad del feto. Lamentablemente y aunque afirme engañosamente lo contrario, la Sentencia SU-096 de 2018 prohijó la decisión que autorizó un aborto discriminatorio, y con ello abre una puerta para el aborto eugenésico en Colombia.

#### ***2.4. La Sentencia Su-096 de 2018 funda su decisión en consideraciones imprecisas y en una incorrecta valoración probatoria.***

Para concluir que, en efecto existía certificación sobre la causal de malformación que implique inviabilidad del feto en el caso examinado, sostiene la Corte en el párrafo 132 de la sentencia:

32. De lo expuesto la Sala Plena encuentra que: (i) desde el 30 de noviembre el feto fue diagnosticado con una enfermedad denominada “*holoprosencefalia lobar*”; (ii) el médico tratante de la accionante, el 20 de

diciembre de 2018 ordenó la práctica de la IVE por malformación del sistema nervioso central del feto, hizo solo referencia la (sic) “*holoprosencefalia*”; (iii) la EPS remitió a la accionante a la IPS Hospital San José donde consideraron que la accionante no cumplía con los presupuestos jurisprudenciales para acceder a la IVE, sin embargo, la remitieron a otra institución por no tener los medios para practicar un “feticidio”; (iv) el mismo día, un profesional de la de Profamilia certificó que la accionante se encontraba incurso en la causal malformación del feto; y (v) finalmente, 21 días después de expedida la orden médica del galeno tratante de la accionante, un profesional de la salud del Hospital La Victoria certificó la procedencia de la IVE por incompatibilidad del feto con la vida” -ello sin tener conocimiento como quedó demostrado de la medida provisional, que si bien es cierto se emitió por auto del 5 de enero de ese año, solo se notificó 5 días después, y el procedimiento se practicó el fin de semana previo a la notificación del auto-.

Esa conclusión está repleta de imprecisiones. En primer lugar, sobre el “*diagnóstico*”, en el folio 23, que contiene el documento fechado el 30 de noviembre, claramente está indicado que corresponde a la interpretación de la ecografía y en el mismo documento se cita a junta médica y se solicita complementar con estudio citogenético. El documento en que constan la conclusión definitiva del examen es el que obra en el folio 19 del expediente, con fecha 4 de diciembre de 2017, titulado “COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO PARA SEGUNDA OPINIÓN DE CASOS DIFÍCILES”, con la firma de cinco médicos del mismo laboratorio en que se realizó el examen y que concluye: “**POSIBLES DIAGNÓSTICOS: *Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar***”.

Las palabras utilizadas resultan de enorme relevancia para entender el alcance del concepto y sus consecuencias. En primer lugar, como ya se explicó y consta ampliamente en las respuestas de las entidades científicas a las que les preguntó la Corte Constitucional en el trámite de la tutela, el examen ecográfico es simplemente morfológico y por lo tanto no puede dar un diagnóstico definitivo, sino únicamente presuntivo sobre enfermedades del sistema nervioso central. Por esta razón, no se emite un diagnóstico sino un POSIBLE DIAGNÓSTICO, que es la conclusión que la experiencia médica da frente a una malformación detectada.

Esto concuerda además con el hecho de que el posible diagnóstico no define una, sino dos posibles anomalías: *Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar*, porque cómo fue ampliamente explicado por las entidades consultadas, el examen no permite establecer entre estos dos posibles diagnósticos. En cualquier caso, tal como unánimemente respondieron las entidades científicas consultadas, este posible diagnóstico no es incompatible con la vida, sino que puede generar secuelas que impliquen posibles discapacidades futuras, las cuales, en todo caso, son imposibles de predecir con el examen prenatal.

En segundo lugar, no es cierto que, el 20 de diciembre de 2018, el médico tratante haya ordenado la IVE y mucho menos por la razón indicada en el

párrafo transcrito de la sentencia. El único documento con esa fecha es el que consta en el folio 9 del expediente, que es la “*AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS HOSPITALARIOS*” emitida por la EPS y dirigida a la Fundación Santafé de Bogotá, para el procedimiento “*695101 ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO*”. Nada se indica en dicho documento acerca de la causal y mucho menos se trata de una certificación sobre la inviabilidad del feto. Lo que sí se evidencia, es que se autoriza un procedimiento que, claramente resultaba incompatible con la edad gestacional de la mujer en embarazo, y que de haberse realizado pudo haber puesto en grave riesgo su vida y su salud.

En efecto, resulta muy extraño que un médico ginecobstetra ordene el procedimiento de “*ASPIRACIÓN AL VACIO DE UTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO*”, cuando dicho procedimiento, según toda la documentación disponible en la materia y en particular en el manual OMS y en la cartilla sobre aborto seguro en Colombia del Ministerio de Salud, sólo puede realizarse hasta la semana 12 de embarazo y en este caso superaba las 21 semanas de gestación.

Más grave aún resulta, que tres IPS se hayan negado a realizar el procedimiento por no ser compatible con la edad gestacional, y que la juez de tutela, de todas maneras, haya ordenado la realización de ese procedimiento específico en su decisión de medida provisional.

En tercer lugar, sostiene la Sentencia que la EPS remitió a la accionante a la IPS Hospital San José, lo cual es impreciso, porque la remitió a 3 IPS, la primera de las cuales, según consta en el expediente, fue la Fundación Santafé de Bogotá y también omite que en las 3 IPS le indicaron que el procedimiento ordenado no era compatible con la edad gestacional. Además, omite explicar que en la IPS San José se le brindó atención, se hicieron nuevamente los exámenes médicos y ecográficos, y de ellos resultó que se confirmaron los hallazgos “*suggestivos*” del primer examen, y se examinó el caso a tal punto que en análisis del concepto señala:

“(…) EN REUNION REALIZADA CON LA DRA PINTO Y EL DR ROJAS SOBRE EL CASO SE CONSIDERA QUE LOS HALLAZGOS PRESENTES EN EL FETO NO SON INCOMPATIBLES CON LA VIDA, LAS POSIBLES SECUELAS QUE PUEDE PRESENTAR EL NEONATO PUEDEN SER VARIABLES DESDE LEVES HASTA SEVERAS NO PREDECIBLES MEDIANTE ECOGRAFIA.”

Este concepto se corresponde perfectamente con la larga jurisprudencia de esta Corporación respecto de las obligaciones de debida diligencia y cuidado que el personal médico tiene frente a la protección efectiva del derecho a la salud. Es un concepto proferido con fundamento médico, con base en resultados de laboratorio y de la reunión de tres médicos de la institución, en el que claramente se pronuncian sobre la compatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto. Sin embargo, la afirmación que hace sobre este punto la

decisión mayoritaria de la Sala Plena de la Corte en la Sentencia SU-096 es un reproche contra el concepto emitido. Al respecto sostiene la sentencia:

“13 7. Así las cosas, resulta incongruente que la profesional de la medicina pese a no tener la certeza sobre las secuelas que podría presentar el neonato, las cuales podrían llegar a ser severas -acorde con su propio concepto-, Y sin tener en consideración el dictamen del médico tratante de la accionante quien ordenó la IVE, concluya que los hallazgos presentes en el feto lo hacen compatible con la vida.”

La decisión mayoritaria de la Sala decidió cambiar de un golpe la centenaria tradición de los principios éticos de la medicina que protegen ante todo la vida humana. La sentencia no solo parece obviar que al hablar de las posibles secuelas en el “*neonato*”, justamente el concepto médico se está refiriendo **al que nace con vida** y que por lo tanto esta conceptuando que **no es inviable**, sino que la Sala Plena pretende reprochar a tres doctores en medicina, especialistas en ginecología y obstetricia porque consideraron, tal como los estándares médicos lo determinan, que las posibles secuelas futuras de las malformaciones detectadas, no significan que su vida no exista y sea digna de ser vivida y protegida. La sentencia además le reprocha a la médica el haber sido diligente en la determinación de la viabilidad del feto, “*sin tener en consideración el dictamen del médico tratante que ordenó la IVE*”, ello pese a que en ninguna parte del expediente hay un certificado del médico tratante que ordenó la IVE en el que, tal como lo exige la jurisprudencia de la Corte desde la Sentencia C-355 de 2006, se certifique que la malformación detectada es incompatible con la vida del feto.

**No es claro si esa lamentable consideración de la sentencia se debe a la falta de información sobre el significado de la palabra neonato, o si en realidad, se pretende crear un precedente jurisprudencial por el cual se exige al personal médico que considere a quienes tienen secuelas severas orgánicas o funcionales como seres sin vida humana y sin derecho a ella. Sea como sea, una afirmación semejante solo significa un abrupto retroceso en la protección de la vida y la dignidad humana en Colombia, que resulta especialmente grave desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad.**

Finalmente, en un extraño giro argumentativo y pese a la claridad de los hechos anunciados en el escrito de tutela, la Sentencia de la cual me aparto concluye que en el caso se cumplió con el requisito del certificado médico sobre la inviabilidad del feto. Eso no es cierto. La solicitud de servicio u orden médica emitida por el médico tratante de la EPS el 15 de diciembre de 2017, que obra en el folio 10 del expediente y cuya firma es ilegible, textualmente dice lo siguiente: “*Embarazo 20 sem. Malformación SNC fetal – Holoprosencefalia. SS. [Se solicita] Interrupción Voluntaria del Embarazo.*”

Nada indica la orden médica acerca de si la malformación es o no compatible con la vida del feto, o si se configura una de las causales de la Sentencia C-355 de 2006. La jurisprudencia constitucional, (no solo la sentencia T-301 de 2016

de la que dice apartarse esta nueva decisión) ha sido reiterativa en explicar que para que opere la causal se requiere concepto médico previo que certifique la inviabilidad del feto. Este requisito NO se satisfizo en el caso concreto, porque la orden médica nada certifica al respecto.

Además, respecto de la certificación emitida por una médica general de Profamilia el 29 de diciembre de 2017, es decir, luego de que la EPS ya había proferido la autorización para la realización del procedimiento de IVE (el 20 de diciembre de ese año), es claro que no se le realizó al feto ningún examen distinto a los ya existentes. El concepto dice: “PACIENTE CON CUADRO DEPRESIVO Y ANSIEDAD DESENCADENADO POR EL EMBARAZO, ADEMÁS FETO PRESENTA HOLOPROSENCEFALIA VS DISPLACIA SEPTO-ÓPTICA. CERTIFICO CAUSAL DE SALUD Y MALFORMACIÓN CONGÉNITA.”

Tampoco dicho documento cumple con el requisito exigido por la jurisprudencia. Justamente, no se trata de la causal malformación, sino de la malformación que haga inviable la vida del feto y eso no fue explicitado por ninguno de los certificados que se presentaron en la acción de tutela y que sirvieron de fundamento a la decisión de la Juez de tutela en materia de medidas provisionales.

En el expediente solo obra una certificación que eventualmente cumpliría con el requisito constitucional, pero que, en todo caso, se dio el día 6 de enero de 2018, en la evaluación de ingreso para la realización de la IVE que se realizó ese mismo día. Esta certificación es posterior a la fecha en que fue interpuesta la acción de tutela, se decidió su procedencia y la Juez dictó la orden, como medida provisional, de realizar el procedimiento. Es decir, esta certificación no existía en el momento en que la Juez ordenó que se realizara la IVE.

Pero en cualquier caso, en dicha certificación, justamente, se evidencia la contradicción entre el fundamento de la causal segunda de la IVE y lo que realmente sucedió en el caso concreto. **La certificación deja en evidencia, no solo que el feto era viable, sino que la motivación de la IVE estaba fundada en estereotipos frente a la posible discapacidad futura de la que estaba por nacer.** Al respecto se lee textualmente del escrito:

MUJER DE 33 AÑOS QUIEN CURSA UNA GESTACION DE 26 SEMANAS. SOLICITA DE MANERA LIBRE Y ESPONTANEA INTERRUPCION DEL EMBARAZO, DECISION QUE TOMO LUEGO DE SER INFORMADA DE LOS HALLAZGOS Y EL PRONOSTICO FETAL EN LA ECOGRAFIA DEL DIA 30/11/2017 REALIZADA POR LA DRA DIANA MARCELA CEPEDA, QUE SE ANEXA A LA HISTORIA. **ELLA MANIFIESTA QUE NO ESTA DISPUESTA A ASUMIR LO QUE RESTA DEL EMBARAZO Y EL ROL MATERNO POR MAL PRONOSTICO.** YO CERTIFICO QUE LA MALFORMACION FETAL DIAGNOSTICADA ES INCOMPATIBLE CON LA VIDA, LO ANTERIOR TIPIFICA CAUSAL

LEGAL DE INTERRUPCION DEL EMBARAZO Y LA CERTIFICACION MEDICA LLENA LOS REQUISITOS LEGALES VIGENTES. **SE BRINDA AMPLIA INFORMACION SOBRE EL PRONOSTICO E IMPLICACIONES FETALES Y POS NATALES**, SUS DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA. SENTENCIA C355/2006, ASESORIA DE ANTICONCEPCION (DESEA UTILIZAR JADELLE) Y **ALTERNATIVAS A LA INTERRUPCION COMO CONTINUAR EL EMBARAZO BAJO SEGUIMIENTO MULTIDISCIPLINARIO O ADOPCION DEL RECIEN NACIDO**. ELLA PERSISTE EN SU IDEA DE INTERRUMPIR SU EMBARAZO. (...)

En la Sentencia SU-096 de 2018 la Corte abiertamente decidió evadir su deber constitucional y legal de examinar y valorar las pruebas bajo la lupa del ordenamiento constitucional, y de la jurisprudencia vigente. A cambio de ello, la decisión se limita a afirmar, sin ningún raciocinio ni lectura de los textos, que se cumplieron los requisitos de la IVE y que se certificó la inviabilidad del feto. Más allá de eso, en el párrafo 138 la sentencia critica la labor probatoria adelantada inicialmente por la Corte y afirma que pedir del juez ius fundamental que analicé y evalué las ordenes médicas de IVE se constituye en una barrera a ese derecho.

La decisión aprobada por la mayoría de la Sala Plena no solo avala el aborto eugenésico, sin ninguna certificación, en retroceso de la jurisprudencia en la materia, sino que pretende convertir al juez constitucional en un ente inerte, que deba permanecer inmutable y abstenerse de verificar el cumplimiento de los requisitos que la propia Corte Constitucional ha determinado para la procedencia de la IVE. La Sentencia de la que me aparto claramente inclina la balanza a favor de una presunción de inviabilidad de los fetos frente a cualquier malformación que en ellos se detecte, excluyendo la obligación de certificar la incompatibilidad con la vida y abriendo con ello la puerta a los abortos eugenésicos y discriminatorios que tan repugnantes resultan a la tradición constitucional de este país y de todo el hemisferio.

**La Sentencia SU-096 de 2018, en su párrafo 138, socava profundamente la integridad de la labor del juez ius fundamental y caricaturiza la imagen de la justicia vendada, para cambiar el sentido de la venda, ya no para evitar parcializaciones o prejuicios, sino para que el juez se tape los ojos ante la evidencia, y evada su compromiso de indagar la verdad, en fiel reflejo de lo que hace la Corte Constitucional en la decisión de la cual me aparto.**

En efecto, la decisión mayoritaria de la Sala Plena prefirió pasar por alto que, de la lectura del escrito de tutela y de los documentos obrantes en el expediente, surge con total claridad que la única motivación para que la mujer y su esposo hayan deseado terminar con el embarazo fue la información sesgada e incompleta que acompañó al diagnóstico, la falta de acompañamiento psicológico e institucional a la madre gestante y los prejuicios contra las personas con discapacidad por parte de las entidades que brindaron información subjetiva, estereotipada e incorrecta a los futuros padres. Todo ello generó el

rechazo a la idea de asumir el rol de padres de una hija con diversidades funcionales y anatómicas que pudieran traducirse en discapacidades.

La Corte debió pronunciarse al respecto, rechazar enfáticamente el accionar discriminatorio de las entidades que brindaron información basada en estereotipos de discriminación y establecer con claridad las obligaciones de las entidades de Salud en materia de información objetiva y acompañamiento a las mujeres en gestación cuando de los exámenes médicos surjan diagnósticos de posibles malformaciones. Desafortunadamente, la decisión mayoritaria de la Sala Plena fue la de aceptar como válido el actuar abiertamente discriminatorio que se evidencia en el caso.

### ***2.5. El modelo social de la discapacidad como parámetro de control constitucional contrariado por la sentencia SU-096 de 2018***

Los modelos de abordaje de la discapacidad son básicamente las diferentes formas en que las sociedades asumen la discapacidad y con fundamento en los cuales se garantizan los derechos de las personas con discapacidad. Estos modelos “*coexisten y permean los marcos jurídicos y las prácticas legales, políticas y culturales sobre el tema*”.<sup>77</sup>

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) de las Naciones Unidas se construye bajo el modelo social de la discapacidad.

El modelo social de discapacidad pone el acento en la interacción entre la persona con una diversidad funcional y las barreras y obstáculos sociales, que la “*discapacitan*”, ello se debe a que se deja de considerar a la discapacidad como una limitación individual para pasar a considerarla como un fenómeno complejo, integrado por causas individuales, pero también, y en gran medida, por causas y limitaciones sociales.

Este modelo es expresamente abordado en la CDPD, cuyo artículo 1.2 establece que: “*(...) Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás*”, Esas barreras que menciona el artículo pueden ser de diversa índole (arquitectónicas, comunicacionales, actitudinales, etc.).

De especial importancia resulta el artículo 8° de la Convención denominado “*Toma de conciencia*”, en el que los Estados partes se comprometen a realizar campañas de sensibilización y comunicación dirigidas a la superación de prejuicios, costumbres o estereotipos usualmente existentes en relación con las personas discapacitadas, al reconocimiento de sus méritos y

---

<sup>77</sup> Paiis, escrito de *Amicus Curiae* enviado a la Corte Constitucional para el presente asunto.

habilidades, y a la viabilidad de su plena inclusión social. Esas acciones deberán adelantarse en diversos ámbitos, incluyendo el familiar, el educativo y el laboral.

Según lo ha explicado esta Corporación:

“Estas disposiciones se enmarcan en el contexto de un modelo de abordaje de la discapacidad a partir de las barreras sociales, en que la noción de persona en situación de discapacidad se basa, más allá de la diversidad funcional de las personas, en las barreras que genera la propia sociedad. De este modo, se realiza una distinción entre la diversidad funcional y lo que se entiende por discapacidad. El modelo social está íntimamente ligado al respeto por la dignidad y la vida independiente, pero acompañada de unos Principios Fundamentales que describen la discapacidad como una forma específica de opresión social. Estos principios hacen una distinción entre diversidad funcional u orgánica —la condición del cuerpo y de la mente— y ‘discapacidad’, respecto de las restricciones sociales que se experimentan”.<sup>78</sup>

La CDPD hace parte del Bloque de Constitucionalidad y del marco legal en Colombia<sup>79</sup>. El Estado colombiano depositó su instrumento de ratificación frente a la Convención el día 10 de mayo de 2011, luego de la promulgación de la Ley 1346 de 2009 y su correspondiente declaración de constitucionalidad en la Sentencia C-293 de 2010. En dicha Sentencia, la Corte Constitucional analizó con detenimiento la Convención y concluyó que parte importante de su propósito era el de actualizar la normativa para ajustarla al modelo social de la discapacidad.<sup>80</sup>

El reconocimiento de la Convención DPD como parte del Bloque de Constitucionalidad ha tenido efectos en cuanto al modelo de abordaje de la discapacidad que la Corte ha adoptado. Así, en el año 2012, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad”* esta Corporación consideró que la palabra discapacidad engloba: *“aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con*

<sup>78</sup> Corte Constitucional, sentencia C-042 de 2017 (MP Aquiles Arrieta Gómez).

<sup>79</sup> Así por ejemplo la Ley 1618 de 2013 *“Por Medio de la cual se establecen las Disposiciones para Garantizar el Pleno Ejercicio de los Derechos de las Personas con Discapacidad”* describe a las personas con discapacidad con apego al modelo social, así: *“Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

<sup>80</sup> Corte Constitucional, sentencia C-293 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla): La Corte sostuvo que *“(…) la aprobación de la Convención implica entonces un importante esfuerzo de reformulación y actualización de las normas internacionales sobre la materia, frente a los grandes cambios sociales y culturales observados durante los años recientes, incluso respecto al concepto mismo de discapacidad, que el tratado reconoce como cambiante y evolutivo, (...)”*



los demás”.<sup>81</sup> Ello resulta conforme con el modelo social adoptado por la CDPD.

En efecto, la Corte Constitucional en su sentencia C-767 de 2014 mencionó la definición establecida por la CDPD y sostuvo: “*Al respecto, vale destacar que este instrumento representa la adopción normativa del modelo social de la discapacidad, estableciendo una nueva forma de entender este concepto, que busca tanto igualar las condiciones de las personas con discapacidad como fortalecer su participación plena, eliminando barreras*”.<sup>82</sup> Postura que ha reiterado en su jurisprudencia.<sup>83</sup>

En la reciente Sentencia C-147 de 2017, la Corte Constitucional usó concretamente el modelo social de la discapacidad, como parte del parámetro de control en consonancia con los artículos 1 y 13 de la Carta Política. En dicha decisión la Corte reprocha la expresión demandada por considerar que la misma se concentra en la condición de discapacidad para definir a una persona, pero desconoce que su esencia radica en que se trata de un ser humano. Al respecto sostuvo la Corte:

“La expresión demandada es inconstitucional pues desconoció el deber de neutralidad del Legislador y no tiene la naturaleza de definición técnico jurídica. Por el contrario, **configuró un escenario de vulneración de la dignidad humana de las personas en condición de discapacidad, pues redujo su identificación a su condición de discapacidad y desconoció su esencia misma de ser humano.**

De igual manera, **se apartó de los artículos 1° y 13 de la Constitución porque no introdujo el modelo social de la discapacidad como referente de interpretación que trate a las personas con dignidad,** en el sentido de que el Legislador utilizó

---

<sup>81</sup> Corte Constitucional, sentencia C-606 de 2012 (MP Adriana María Guillen Arango).

<sup>82</sup> Corte Constitucional, sentencia C-767 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En esta decisión la Corte Constitucional estudió y resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley 1106 de 2006 y 1 de la Ley 1421 de 2010.

<sup>83</sup> Corte Constitucional, sentencia C-458 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). La Corte sostuvo que con la ratificación de la “*Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*” se adopta en Colombia el modelo social de la discapacidad, condición que bajo este supuesto debe ser entendida de la siguiente forma: “(i) frente a la idea de que la discapacidad proviene de estados inmanentes e innatos a los individuos, el modelo social ubica la discapacidad en el entorno social, en tanto que considera que son las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales opresivas y excluyentes las que generan esta condición; (ii) frente a la idea de que a la discapacidad subyacen defectos, insuficiencias, anomalías, alteraciones o deficiencias de los individuos, para el modelo social se trata únicamente de diferencias que deben ser reconocidas y aceptadas, y que en ningún caso agotan la individualidad de las personas, las cuales tienen una vida más allá de los problemas derivados de sus diferencias; (iii) frente a la idea de que las personas con discapacidad deben ser tratadas desde una perspectiva médica, con el objeto de buscar su normalización, el modelo social propone una aceptación social de la diferencia, y en su lugar, una intervención, no en los individuos con discapacidad, sino directamente en las estructuras sociales de base, que son aquellas que impiden la realización y el pleno goce de los derechos de todas las personas.”

una expresión que desconoció la diversidad funcional de las personas”.<sup>84</sup>

Así, para la Corte, uno de los aspectos más relevante del modelo social de la discapacidad consiste en reconocer que, sin importar las condiciones físicas u orgánicas que nos diferencian, todos los seres humanos somos igualmente dignos. La dignidad del ser humano y el respeto de sus derechos no pueden estar ligados a las capacidades físicas o intelectuales. Por el contrario, el Estado y la sociedad deben adaptarse para permitir que todo individuo de la especie humana, con las diversidades mentales, orgánicas y funcionales que tenga, puedan disfrutar plenamente de sus derechos.

Esa es la postura de la Corte Constitucional, y así lo ratificó en la Sentencia C-042 de 2017<sup>85</sup> en la que sostuvo al respecto:

“4.3.12. Para la Constitución Política, **todos los seres humanos son iguales en derechos; son seres completos, integrales, y dignos.** La diversidad hace parte de la especie humana y enriquece a la sociedad colombiana.

4.3.13. Bajo ese entendido, la concepción actual de la discapacidad, que resulta además más cercana a la protección y el respeto de la dignidad humana, aborda la discapacidad como el efecto de las barreras sociales que impiden el pleno goce de los derechos en condiciones de igualdad y limitan la integración social como respuesta al funcionamiento orgánico o funcional diferente al de la mayoría de las personas. **La discriminación frente a las personas con diversidad funcional u orgánica resulta además artificial y peligrosa, porque parte de suposiciones erradas sobre la naturaleza humana, desconoce la infinita diversidad de la especie, las múltiples capacidades humanas y sus distintas formas de desarrollo y, en cambio da lugar a teorizar sobre parámetros funcionales u orgánicos que solo son útiles para excluir, como sucede con las teorías eugenésicas.** El funcionamiento de los órganos no tiene ninguna relación con el acceso a los derechos, si el Estado responde eficientemente a los requerimientos de todos los grupos sociales, la diversidad funcional no debería impedir el desarrollo adecuado del proyecto de vida individual. El problema no radica en la funcionalidad de los órganos de cada ser humano, sino en las barreras que la sociedad y el Estado ponen a ciertas personas”.

La Corte no debería admitir como válida ninguna diferenciación de la dignidad de los seres humanos fundada en la diversidad funcional, mental u orgánica que tenga como fin extinguir o restringir los derechos presentes o futuros de los seres humanos.

---

<sup>84</sup> Corte Constitucional, sentencia C-147 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>85</sup> Corte Constitucional, sentencia C-042 de 2017 (MP Aquiles Arrieta Gómez).

Pero a pesar de la consagración del modelo social en el derecho internacional, en la jurisprudencia constitucional y en la normatividad colombiana, aún persisten en el imaginario social y político los modelos de la prescindencia y con mayor énfasis el modelo médico rehabilitador.

El primero entiende que la discapacidad es una circunstancia que obliga a separar al “*afectado*” de los demás miembros de la sociedad que se consideran “*normales*”, pues su condición particular y catastrófica –consecuencia incluso del castigo divino - lo convierte en una carga innecesaria e inútil que lo aleja de los estándares de la vida en sociedad. El segundo acoge una visión científica y médica de la discapacidad, que sin embargo no es objetiva, sino que parte de la concepción de que la persona con discapacidad es inferior en destrezas y aptitudes, por lo que busca su *normalización* dentro de un parámetro marcado por la idea de un individuo estándar, que procura *curar* a la persona con discapacidad de su carga para participar en la sociedad “*en igualdad de condiciones*”.

De lo anterior se desprende que, incluso las categorías y teorías científicas sobre la discapacidad están cargadas de valoraciones subjetivas y juicios morales, políticos e ideológicos que, en la práctica, han llevado a la exclusión sistemática del goce de derechos personalísimos, fundamentales y patrimoniales de las personas con discapacidad. En materia de derechos sexuales y reproductivos tiene múltiples manifestaciones nefastas, como la esterilización forzada de personas con discapacidad, que ya ha sido analizada y condenada por esta misma Corte.

En el caso de la IVE, la prevalencia del modelo médico rehabilitador se manifiesta en el abordaje que, en algunos casos, se da a los exámenes prenatales, pues demuestra la persistencia del modelo médico de la discapacidad en el sistema de salud y un sesgo marcado en contra de cualquier diversidad funcional que pueda implicar una futura discapacidad.

La información incompleta y sesgada frente al diagnóstico de una diversidad funcional, que califican al que está por nacer a partir de estereotipos sobre deficiencias en capacidades y “*problemas*” futuros, y que pronostica una discapacidad como una carga de sufrimiento, es una valoración contraria al modelo social de la discapacidad y abiertamente atentatoria de los derechos de las personas con discapacidad.

#### *2.5.1. El modelo social de discapacidad en Colombia y la percepción del nasciturus como una carga de sufrimiento por efecto de la discriminación social.*

El aborto motivado por un diagnóstico de diversidad funcional u orgánica del *nasciturus*, sin que exista plena certeza de su inviabilidad, resulta abiertamente contrario al modelo social de discapacidad, a la Convención DPD y a la Constitución colombiana.

El aborto por discapacidad es una forma de discriminación, puesto que se produce como efecto de la interacción entre la diversidad funcional del *nasciturus* (denominada en la causal como “*malformación*”) y una barrera actitudinal que se traduce en la decisión de la madre gestante como resultado de los conceptos médicos e información basada en prejuicios respecto al menor valor de la vida de estas futuras personas o de su condición de carga para los padres y para la sociedad.

Aún si se parte de la idea de que la CDPD se aplica a personas nacidas y no al *nasciturus*, es innegable que un aborto que se motiva en estimar que un hijo con diversidad funcional es una carga y un sufrimiento, o una vida que no es digna de ser vivida, es la manifestación de prejuicios de discriminación y exclusión contra las personas con discapacidad.

Al permitir la realización de abortos por la causal de malformación sin exigir la certeza sobre la inviabilidad del feto, se genera claramente un trato diferenciado que les impide a las futuras personas con posible discapacidad gozar de la protección de su vida (aun antes de nacer) en igualdad de condiciones con el resto de personas (sin diversidad funcional). Ello tiene su razón en una decisión basada en prejuicios sociales y valoraciones discriminatorias que violarían el objeto mismo de la CDPD, que se resume en asegurar que las personas con discapacidad gocen plenamente y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos,<sup>86</sup> lo que por supuesto requiere, como condición fundamental, que se les permita nacer.

Según lo explicó en su intervención uno de los actuales miembros del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: “*para el Comité la experiencia muestra que las evaluaciones sobre las condiciones de deterioro a menudo son falaces, fundadas en apreciaciones médicas en las cuales la evaluación perpetúa las nociones de discapacidad estereotipada, anquilosada en la idea de que la discapacidad es incompatible con una buena vida.*”<sup>87</sup>

En efecto, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) en el año 2011, indicó a España en sus recomendaciones lo siguiente:

“El Comité toma nota de la Ley N° 2/2010, de 3 de marzo de 2010, sobre la salud sexual y reproductiva, que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo, permite que se ponga fin al embarazo durante las primeras 14 semanas e incluye dos casos específicos en los que se amplían los plazos para el aborto si el feto tiene una

---

<sup>86</sup> Así lo manifiesta en su escrito de *amicus curiae* para el trámite del presente expediente, el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “*Alicia Moreau*” de la Universidad del Mar del Plata, firmado por Agustina Palacios y María Graciela Iglesias.

<sup>87</sup> Así lo manifiesta en su escrito de *Amicus Curiae* el Instituto Nacional de Ciegos, firmada por el Dr. Carlos Parra Dussán, miembro actual del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

discapacidad: hasta las 22 semanas de gestación cuando exista un "*riesgo de graves anomalías en el feto*", y después de 22 semanas de gestación cuando, entre otras cosas, "*se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable*". El Comité también toma nota de las explicaciones del mantenimiento de esta distinción dadas por el Estado parte. El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley N° 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente".<sup>88</sup>

En similar sentido, en el año 2012, el Comité, también recomendó a Hungría<sup>89</sup> la revisión de su normativa con respecto al aborto y en 2013 a Austria<sup>90</sup>. Lo anterior, por cuanto el Comité entiende que realizar distinciones por pronósticos de futuras discapacidades como fundamento para la realización de un aborto no es compatible con las disposiciones de la Convención de las Personas con Discapacidad.

En ese sentido, siguiendo estrictamente los mandatos de la Convención PCD, la discapacidad nunca puede ser un hecho relevante que permita o determine tratos desiguales contrarios a los derechos de las personas con discapacidad<sup>91</sup>. Esa es la razón por la cual la Convención, en su artículo 10, expresamente protege el derecho a la vida "*de todos los seres humanos*" y no lo limita al concepto de persona nacida.

A ese respecto, el CDPD ha manifestado frente a la causal de aborto relacionada con la malformación del feto, que la interrupción del embarazo con fundamento en discapacidades constituye una violación a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ese sentido, argumenta que "*a menudo no se puede decir si una discapacidad es fatal. La experiencia demuestra que las*

---

<sup>88</sup> Al respecto Ver: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. España. El Comité examinó el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en sus sesiones 56ª y 57ª (véase CRPD/C/6/SR.3 y SR.4), celebradas el 20 de septiembre de 2011, y aprobó las siguientes observaciones finales en su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011.

<sup>89</sup> Al respecto Ver: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 22 de octubre de 2012, CRPD/C/HUN/CO/1.

<sup>90</sup> Al respecto Ver: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 30 de septiembre de 2013, CRPD/C/AUT/CO/1

<sup>91</sup> El 17 de octubre de 2017, el comité de la ONU que vigila el cumplimiento de la Convención de Personas con Discapacidad declaró que los Estados pueden permitir el acceso al aborto como un derecho humano, pero que no deben hacerlo en función de las discapacidades. Tal distinción estigmatiza a las personas con discapacidad y es una violación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, afirmó el comité. Ver: Susan Yoshihara. Otro Comité de las Naciones Unidas dice que el Aborto puede ser un derecho, pero no por razones de discapacidad. C-FAM. octubre 17 de 2017. Disponible en: [https://c-fam.org/friday\\_fax/otro-comite-de-las-naciones-unidas-dice-que-el-aborto-puede-ser-un-derecho-pero-no-por-razones-de-discapacidad/](https://c-fam.org/friday_fax/otro-comite-de-las-naciones-unidas-dice-que-el-aborto-puede-ser-un-derecho-pero-no-por-razones-de-discapacidad/)

*evaluaciones sobre las condiciones de discapacidad a menudo son falsas. Incluso si no es falso, la evaluación perpetúa las nociones estereotipadas sobre la discapacidad como incompatibles con una buena vida*<sup>92</sup>.

Así, resulta evidente que el modelo social de discapacidad adoptado por Colombia en una Convención que se integra al Bloque de Constitucionalidad es abiertamente contrario a la infra valoración del ser humano por razones de diversidad funcional. Colombia es, ante todo, un Estado Social y Democrático de Derecho fundando en el respeto por la dignidad humana, que reconoce la diversidad como una característica inescindible de la especie humana y la concibe como una riqueza de la sociedad.

Es claro que la dignidad humana es el núcleo central de todos los derechos y, en consecuencia, resulta completamente inadmisibles todo argumento que parta de que existen individuos menos dignos que otros. En ese sentido, un aborto que se motiva en considerar que la vida de un ser humano con diversidad funcional y futura discapacidad no es digna y que representa una carga de sufrimiento para los padres o la sociedad, debería ser objeto de rechazo por la Corte Constitucional, aunque lamentablemente, la decisión de la cual me aparto, decidió por el contrario prohiar esta práctica.

A partir de la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corporación, el Estado colombiano no puede cohonestar con prácticas discriminatorias que excluyen a las personas con discapacidad de la condición más elemental para todos los derechos, que es nacer. El respeto por su vida no se desprende simplemente de las obligaciones frente a la normatividad vigente, sino que se fundamenta en la fuente material de todo el orden legal, que no es otra cosa que el modelo de sociedad que esta nación pretende ser.

Por otro lado, y con fundamento en el respeto por la dignidad humana, resulta impensable que el nacimiento de una persona con una posible discapacidad pueda ser considerado como una tortura o un trato inhumano, cruel o degradante para la madre. La vida de un ser humano no puede, de ninguna forma, considerarse como un daño a los derechos de otro, y su nacimiento, tampoco. Eso no lo cambia el hecho de que el que está por nacer tenga o no una disfuncionalidad orgánica, porque la condición humana no depende del funcionamiento de los órganos, ni del grado de desarrollo de estos, sino de la pertenencia a la especie humana.

Considerar que el nacimiento de una persona con discapacidad es una violación de la integridad física o psicológica de la madre gestante, es partir de un paradigma de discriminación, que irrespeta la dignidad humana de todas las personas en condición de discapacidad, porque considera que su vida es un

---

<sup>92</sup> Naciones Unidas. Comité de los derechos de las personas con discapacidad. Observaciones al borrador del Comentario General No. 3636 al artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Octubre de 2017. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/ccpr/pages/gc36-article6righttolife.aspx>

afrenta contra los demás, una carga para sus familiares y para ellos mismos. Esa posición no solo agrede la dignidad de las personas en condición de discapacidad, sino que atenta contra la Constitución y sus principios, y por contera, atenta contra la sociedad colombiana en su conjunto.

Si las personas con diversidad funcional deben enfrentar barreras en el ejercicio de sus derechos, es porque la sociedad y el Estado no han logrado adaptarse a la diversidad de la especie humana. El temor de la madre gestante en el embarazo no surge únicamente de la diversidad funcional del feto, sino de la información incompleta y rodeada de prejuicios negativos que recibe, que la llevan a percibir la vida de su futuro hijo como una carga insoportable.

Es la información sobre la supuesta discriminación que la sociedad va a ejercer sobre su futuro hijo, sobre las exclusiones de que será víctima y las subvaloraciones de las que ya es objeto, lo que genera el rechazo de los padres. **El sufrimiento de la madre gestante no lo produce la vida del que está por nacer y tampoco su diversidad funcional, lo produce la presión que genera la sociedad que la rodea, cuando induce en ella la idea de que lo que lleva en su vientre no merece vivir.** El aborto por discapacidad es la expresión más evidente de la discriminación.

Ahora bien, no es posible ocultar que, en el estado actual de la sociedad colombiana, las personas con diversidad funcional son objeto de barreras que en muchos casos les impiden o al menos restringen gozar plenamente de sus derechos. Pero por una parte, estas barreras no solo se crean frente a las personas con discapacidad, sino a frente a muchos grupos sociales que por razones étnicas, económicas, políticas, o de distintos órdenes se ven afectados por algún tipo de discriminación, sin que de ninguna forma se pueda creer que es necesario quitarles la vida o impedirles nacer. Por otra parte, las barreras existentes no solo no pueden servir de pretexto para limitar al extremo sus derechos al no permitirles vivir, sino que justamente se plantean como retos que la sociedad y el Estado deben trabajar en superar.

El estereotipo de que las personas con discapacidad conllevan una carga de sufrimiento para sus padres no solamente es infundado y paradigmático, sino que se derrumba por la propia realidad.

En el trámite de este expediente, la Corte solicitó información a diferentes entidades relacionadas con procesos de adoptabilidad de niños y niñas, e hizo énfasis en aquellas instituciones que atienden niños y niñas con diversidad funcional, con el objeto de indagar sobre sus casos, y obtuvo respuestas conclusivas, sobre la existencia de programas específicamente adaptados para acompañar mujeres en conflicto con su embarazo,<sup>93</sup> y para dar respuesta a las

---

<sup>93</sup> En su respuesta al Auto del 19 de junio de 2018, la **Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño – CRAN** refiere que los programas de atención a mujeres y/o familias que se encuentran en conflicto con su embarazo están establecidos en el Código de Infancia y Adolescencia y en la Resolución No. 1515 de 206 del ICBF. El CRAN atiende mujeres mayores de 18 años para

necesidades y requerimientos de los niños con diversidad funcional en condiciones de dignidad<sup>94</sup>, pero sobre todo, obtuvo importante información sobre el número de familias en Colombia y en el mundo interesadas en adoptar un hijo sin que la diversidad funcional sea un motivo de exclusión.<sup>95</sup>

---

apoyo psicosocial con el fin de lograr que tomen la decisión de asumir una crianza de manera responsable. No obstante, si se evidencia en la madre problemáticas asociadas al consumo de sustancias psicoactivas, habitabilidad en calle, trastornos de salud mental, etc., se deberá determinar según la situación de vulneración de cada caso la ubicación más pertinente para el recién nacido.

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

<sup>94</sup> En respuesta al Auto del 19 de junio sobre adoptabilidad de niños con características y requerimientos especiales, se obtuvieron, en resumen las siguientes respuestas: **El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF** Responde que “el ICBF es la entidad estatal encargada de trabajar por la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia y, por lo tanto es responsable de restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes que hayan sido inobservados, amenazados o vulnerados a través del proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos – PARD establecido en la Ley 1098 de 2006.” A continuación procede a enlistar las modalidades de ubicación de los niños, niñas y adolescentes (NNA), así: hogar de paso, centro de emergencia, intervención de apoyo, externado, hogar gestor – “modalidad para el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y adolescentes con discapacidad. Víctimas del conflicto armado y mayores de 18 años con discapacidad mental absoluta, en situación de amenaza o vulneración de derechos”.

**La Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño – CRAN** Señala que no existe ningún requerimiento especial para la atención brindada. La atención se realiza en igualdad de condiciones para las madres y/o familias para que tomen la mejor decisión para el bienestar del menor.

**La Casa de la Madre y el Niño**, señala que desde el año 2012 ha implementado el programa “Una Familia para todos” el cual busca restablecerles el derecho a los niños, niñas y adolescentes de características y necesidades especiales a tener una familia. Este programa está enfocado en la valoración de menores de características y necesidades especiales a nivel nacional, logrando así la ubicación de familias idóneas, la mayoría de ellas ubicadas en el extranjero. A pesar de prevalecer la adopción nacional sobre los extranjeros por mandato constitucional, al no encontrar familias idóneas en Colombia dispuestas a adoptar niños, niñas y adolescentes de características y necesidades especiales, se ubican estos niños en la comunidad internacional donde son muy bien acogidos. Es importante mencionar que todos aquellos niños y niñas que nacen con alguna discapacidad, son fácilmente acogibles en países como Estados Unidos, donde hemos logrado adopciones de menores con VIH, Síndrome de Down, parálisis física y parálisis mental, entre otras necesidades médicas. Por otro lado, en el año 2016, La Casa de la Madre y el Niño implementó el programa de Vacaciones Milagrosas, la cual facilita la búsqueda de familias para los menores que están con altas permanencias en el sistema de protección del Estado. Durante el año 2018 viajarán 100 niños, niñas y adolescentes de los cuales se espera que el 98% de ellos sean adoptados. Actualmente el 30% de estos menores, cuentan con alguna discapacidad física o mental severa.”

<sup>95</sup> Respecto del número de niños con requerimientos especiales adoptados, el **ICBF** señala que “De conformidad con la información reportada en el Sistema de Información Misional SIM y las Actas del Comité de Adopciones en el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2013 al 31 de diciembre del 2017 han sido adoptados 3.127 niños, niñas y adolescentes con características y necesidades especiales por familias nacionales o extranjeras en todo el país. De los cuales 544 correspondían a la Regional ICBF Bogotá.” Sostiene además, que entre el 1 de enero del 2013 al 31 de diciembre del 2017, 1.131 NNA con características y necesidades especiales fueron adoptados por familias residentes en Colombia.

**La Casa de la Madre y el Niño** explica, que ha logrado liderar la adopción de menores con características especiales en el país. Según las estadísticas que presenta en su escrito, entre el año 2012 y el 2018 han sido adoptados 352 menores de edad con características y necesidades especiales.



Todo esto deja en evidencia que la vida de un niño con diversidad funcional es tan digna como la de cualquier otro niño y no constituye por sí misma una carga de sufrimiento, excepto claro, que los estereotipos y la discriminación creen en sus padres una condición de rechazo y aversión contra su hijo. En ese caso no es la diversidad funcional lo que afecta su vida, sino el rechazo de que son víctimas. Y sin embargo, hay personas y familias que hacen todos los esfuerzos necesarios para adoptar a un niño o niña con diversidad funcional, hacerlo parte de sus vidas y darle todo el apoyo que necesite. Esto evidencia que la vida de un niño con discapacidad está muy lejos de ser una carga de sufrimiento, por el contrario, hay miles de familias que ven en un niño con diversidad funcional un ser humano digno, completo y plenamente capaz de llenar sus vidas de felicidad.<sup>96</sup>

El aborto basado en discriminación es un fenómeno reiterado que atenta contra los grupos de personas históricamente discriminados.

En las sociedades occidentales el aborto fundado en futuras discapacidades es numeroso, y similar fenómeno sucede en sociedades donde la discriminación contra la mujer es incisiva. Según informe de las Naciones Unidas y su Fondo para las Poblaciones “*Al día de hoy, se cree que alrededor de 126 millones de mujeres han "desaparecido" en todo el mundo, como resultado de la preferencia de los hijos y la selección de sexo sesgada por motivos de género, una forma de discriminación.*”<sup>97</sup>

Recientemente, en India -país asiático con la legislación más liberal en materia de abortos-, el gobierno de ese país viene de reconocer que existe un faltante de alrededor de 63 millones de mujeres.<sup>98</sup> Este número obedece a la práctica constante del aborto selectivo de niñas, como fruto de la arraigada y marcada discriminación contra la mujer.

Sin lugar a dudas, el aborto selectivo, basado en género o en discapacidad, es una forma aberrante de discriminación. Bajo la Constitución Política de 1991 es completamente injustificable que por efectos de la discriminación se prive de su vida a un ser humano.

---

**La Fundación Centro para el Reintegro y Atención del Niño – CRAN** Destaca que de acuerdo con las estadísticas del ICBF, en Colombia en los últimos 5 años se han adoptado un total de 3.132 niños con características o necesidades especiales.

<sup>96</sup> Los niños con diversidad funcional que por alguna razón son entregados por sus padres, pueden vivir una vida plena, son adoptados y existen programas estatales y de instituciones privadas que se encargan de sus requerimientos especiales para que se desarrollen en total armonía.

<sup>97</sup> Fondo para las Poblaciones de la Organización de las Naciones Unidas. Consultado en: <https://www.unfpa.org/gender-biased-sex-selection>

<sup>98</sup> Así lo relata en Washington Post, en informe de enero 29 de 2018, bajo el título “*India has 63 million ‘missing’ women and 21 million unwanted girls, government*”. Consultado en: [https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2018/01/29/india-has-63-million-missing-women-and-21-million-unwanted-girls-government-says/?noredirect=on&utm\\_term=.c78543ae5ead](https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2018/01/29/india-has-63-million-missing-women-and-21-million-unwanted-girls-government-says/?noredirect=on&utm_term=.c78543ae5ead)

### 2.5.2. *El derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad y su protección reforzada en Colombia*

Según lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política y reiterado en cada uno de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, implica no solo la obligación de excluir toda diferenciación restrictiva de la redacción de las normas, (igualdad en la ley) sino, también, el deber del Estado de *aplicar* de forma universal e igual, para todos los destinatarios cobijados por la norma, en presencia del respectivo supuesto de hecho, teniendo en cuenta, cuando haya lugar a ello, las diferencias de los grupos de sujetos, que puedan generar iniquidades frente a normas iguales.<sup>99</sup> En ciertas circunstancias la igualdad ante la ley, implica justamente la obligación para el Estado de tratar y proteger de distinta forma a ciertos sujetos, en particular cuando las condiciones sociales exigen de medidas que contrarresten el desequilibrio.

En efecto, frente a situaciones históricas de discriminación y exclusión, el Estado no puede permanecer neutral, porque la neutralidad ante una sociedad discriminatoria es el patrocinio para que se perpetúen las prácticas de exclusión. Le corresponde por lo tanto al Estado adelantar las acciones de protección necesarias para garantizar los derechos de las personas afectadas.

Al respecto, al analizar la situación de las personas con discapacidad, la Corte ha señalado que el inciso 3º del artículo 13 de la Constitución establece para el Estado una obligación concreta de proteger a estas personas y sancionar los abusos que se cometan contra ellas, lo que, además, se complementa con lo dispuesto en el artículo 47, que impone al Estado la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

Por lo tanto, el Estado colombiano no puede permanecer incólume ante la evidencia de prácticas discriminatorias, y tampoco puede establecer medidas neutrales que den pie a actos discriminatorios. Como lo ha señalado la Corte “*si el Estado omite diferenciar positivamente en los eventos de personas en situación de discapacidad permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se hallan se mantenga y les impide participar e integrarse socialmente, ejercer plenamente sus prerrogativas y asumir sus obligaciones; en otros términos, vulnera sus derechos fundamentales.*”<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Corte Constitucional, sentencia T-097 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). En este caso, señaló la Corte al respecto que “esta es la noción de igualdad más básica que impone al operador jurídico tomar en serio que aquello que ha de ser aplicado a una multiplicidad de personas es la misma regla general, sin prejuicios, intereses o caprichos. Cfr. Hart, Herbert, *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 206.”

<sup>100</sup> Corte Constitucional, sentencia C-174 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis), reiterada en sentencias: T-378 de 1997, (MP Eduardo Cifuentes Muñoz); C-401 de 2003, (MP Álvaro Tafur Galvis); T-826 de 2004, (MP Rodrigo Uprimny Yepes); T-097 de 2016, (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) fue incorporada en el ordenamiento nacional<sup>101</sup> y hace parte del Bloque de Constitucionalidad, y constituye en consecuencia, tal como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha reconocido, un parámetro de interpretación de la Carta Política.

En dicha convención, el artículo 10 establece:

“Artículo 10. Derecho a la vida. **Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos** y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

Este derecho a vivir en iguales condiciones con los demás, debe ser leído a la luz del artículo 4 de la Convención,<sup>102</sup> por el cual se establece que el Estado está obligado a adelantar las acciones necesarias para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, y en particular, lo establecido en el numeral 2. del artículo 5 que dispone:

“2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”.

---

<sup>101</sup> Con la Ley 1346 de 2009 y la Sentencia de Constitucionalidad C-293 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla).

<sup>102</sup> Artículo 4 Obligaciones generales 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad; f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices; g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible; -7- h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo; i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

Actualmente en Colombia el aborto voluntario legal está permitido únicamente bajo unas causales específicas, fuera de las cuales se considera un delito. Esto se encuadra en un sistema jurídico legal que concibe la protección de la vida del que está por nacer como una obligación del Estado, y por lo tanto, no desconoce que sobre el *nasciturus* radican derechos que le resultan inherentes como ser humano, independientemente de si puede gozar de personalidad jurídica en el sentido jurídico-civil de la palabra. La protección de la vida del que está por nacer, incluida la protección frente a las expresiones discriminatorias que tengan por objeto anular la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la vida, es, según el artículo 13 de la Carta Política, en consenso con lo sostenido por la CDPD, una obligación del Estado colombiano.

Ahora bien, el mandato constitucional consagrado en el artículo 13 superior, no solo implica para el Estado una obligación negativa de abstenerse de dictar normas con contenido discriminatorio (igualdad en la ley), sino que implica también abstenerse de dictar normas que aunque tengan una redacción neutral, puedan resultar discriminatorias en su aplicación al no reconocer la diferencia o la necesaria protección que requieren los sujetos pertenecientes a ciertos grupos históricamente discriminados. Además, es deber del Estado sancionar las prácticas discriminatorias que atenten o anulen los derechos de las personas con discapacidad.

En ese sentido, la causal de la IVE por “*malformaciones que hagan inviable la vida del feto*”, debe ser entendida y aplicada de forma restrictiva, solo para aquellos casos en que exista certeza de que la vida del que está por nacer resulta inviable, pues no es la “*malformación*” la razón de que se autorice el aborto, sino el hecho de que el que está por nacer no va a poder vivir y por lo tanto no resulta necesario obligar a la mujer a llevar a cabo el embarazo.

Dicho esto, el concepto de inviabilidad no puede, de ninguna forma ser leído a través de interpretaciones subjetivas, discriminatorias o estereotipadas. Toda vida humana es digna, no existen grados de dignidad, ni mucho menos escalones de valor entre los seres humanos. La viabilidad a que hace referencia la causal de la IVE es estrictamente física y no admite ninguna otra valoración, que pretenda excluir o marginar a unos u otros.

No puede admitirse que bajo la égida de la Constitución de 1991 en Colombia se autoricen las prácticas eugenésicas de regímenes totalitarios que concebían la idea de aniquilación frente a las vidas *indignas de ser vividas* y cuyas posturas han sido rechazadas unánimemente por la humanidad.<sup>103</sup> La sociedad

---

<sup>103</sup> Al respecto, el observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia señala: “La ideología nazi se había visto imbuida por la idea de la eugenesia, debido al apoyo social en el contexto de una sociedad mayoritariamente utilitarista, con el que podría justificarse la eliminación de los estratos más débiles de la sociedad. Esta influencia estuvo marcada por filósofos y científicos, como Friedrich Nietzsche, Adolf Jost (“El derecho a la muerte”), Karl Binding y Alfred Hoche (“Libertad para la aniquilación de la vida indigna de la vida”), Eugen Fischer, Erwin Braur y Fritz Lenz (“La heredabilidad humana y la higiene racial”). Dichos filósofos, científicos, médicos y juristas promovieron durante finales del siglo XIX y principios del siglo XX,

colombiana se rige por el respeto de la dignidad humana, de la diferencia y de la diversidad, como principio estructural del Estado Social de Derecho. La práctica de abortos motivados por malformaciones que puedan generar discapacidades futuras no es compatible con la Constitución ni con los valores que pregona.

Por lo tanto, la decisión de la cual me aparto, al haber aceptado como válido un aborto basado en discriminación, sin exigir una certificación médica que expresa y claramente manifieste la incompatibilidad de la malformación detectada con la vida del feto, se aleja de la causal tal como fue establecida por la jurisprudencia la Corte Constitucional, y perpetua con ello las prácticas que alientan la discriminación contra las personas con discapacidad, al tomar como cierto que la malformación, en sí misma, es suficiente razón para que la vida del que está por nacer sea desprotegida por la Cara Política de 1991.

### **3. EN LA SENTENCIA SU – 096 DE 2018 LA CORTE CONSTITUCIONAL DESCONOCIÓ LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA A PARTIR DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006 RESPECTO DEL REQUISITO DE UN DIAGNÓSTICO MÉDICO INTEGRAL Y ADECUADO COMO FUNDAMENTO PARA LA AUTORIZACIÓN DE LA IVE POR RIESGO GRAVE A LA SALUD O A LA VIDA DE LA MADRE.**

De antemano vale la pena indicar que en la demanda de tutela no hay ningún alegato concreto sobre la afectación o el peligro a la salud mental de la madre gestante. Los argumentos de la acción de tutela se construyen sobre riesgos a la salud (física) – sin que se acompañe ningún certificado de enfermedad-, o a la vida digna, pero no sobre salud mental.

Por otra parte, en el expediente no obra ningún certificado psiquiátrico o psicológico que mencione que el embarazo estaba poniendo en riesgo la vida o podría afectar gravemente la salud mental de la madre. La causal que reiteradamente se presenta en todos los documentos que hacen referencia a la realización de la IVE es “*malformación*”. Por el contrario, no solamente ésta causal no fue invocada en las solicitudes, sino que en las valoraciones médicas

---

la acuñación de un concepto nuevo: la “*Lebensunwertes Leben*” (“vida indigna de ser vivida”). Este lema fue el leitmotiv de las políticas eugenésicas que se desarrollarían durante la Alemania nazi. La eugenesia comenzó a establecerse en el III Reich alemán, a partir de 1935 con la aprobación de leyes como la “Ley para la prevención de la descendencia genéticamente enferma”, que conllevaba la esterilización forzosa de las personas con posibles enfermedades hereditarias, y la **legalización del aborto, bajo la premisa del diagnóstico de una enfermedad hereditaria**; (...). El NSDAP, con su control del Reichstag (Cámara representativa alemana), consiguió implantar estas medidas legislativas sentando la base para futuras acciones mayores, como sería la eutanasia misma. Una de las actuaciones con las que el NSDAP pretendía implantar la eugenesia fue el uso de la esterilización forzosa, que fue incorporada dentro de la “Ley para la prevención de la descendencia genéticamente enferma” (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*), junto a la creación de 200 tribunales eugenésicos integrados por oficiales nazis y de la salud pública para su vigilancia. Esta ley obligaba a todos los profesionales médicos a informar sobre cualquier paciente (bajo pena de importantes multas a los pacientes, si no aceptaban) que presentase las siguientes características: incapacidad mental, esquizofrenia, trastorno bipolar, epilepsia, ceguera, sordera, incapacidades físicas, enfermedad de Huntington y alcoholismo.

que aparecen en el expediente se da cuenta de una situación de salud física estable sin que se advierta ninguna complicación del embarazo que esté poniendo en riesgo su vida.

A ese respecto, al referirse a la causal por riesgo a la vida de la madre, que no había sido interpuesta por la accionante en su demanda ni ante la EPS, y sobre la cual no consta ninguna certificación válida en el expediente, la sentencia SU-096 de 2018 hace afirmaciones que resultan de una valoración inexacta de las pruebas. Así sucede cuando la sentencia afirma que en efecto se verifica el cumplimiento de las causales para la IVE:

98. Así, aun deseando el embarazo y después de dirigir su atención a todos los cuidados requeridos para que este llegara a buen término, resolvieron solicitar la IVE como consecuencia de las conclusiones emitidas por diferentes especialistas sobre las características del feto, respecto del cual se diagnosticó malformación fetal con certificación médica que indicó que la misma era “incompatible con la vida”,<sup>245</sup> y que generó afectación a la salud mental de la madre.<sup>246</sup>

Al respecto en las notas al pie correspondientes a la cita, la sentencia señala:

“245. En efecto esto fue certificado según puede leerse en historia clínica visible a folio 87 del cuaderno de primera instancia.

246. Ver folios 28, 33 adverso y 34.”

Sin embargo, al analizar el expediente se evidencia que los documentos no sustentan la afirmación de la sentencia. En el folio 87, se encuentra un documento con fecha 6 de enero de 2018, es decir, un día después de que la tutela fue radicada y de que se ordenó la medida provisional por la Juez. En el documento se señala que el diagnóstico del feto es incompatible con la vida, pero al mismo tiempo, se advierte del pronóstico **posnatal** y de la posibilidad de dar al nacido en adopción. En ese documento, que no es la certificación médica otorgada por el médico tratante, no se menciona como causal de la IVE el riesgo a la salud psicológica o a la vida de la madre.

Sin embargo, en el expediente aparecen dos elementos (folios 28 y 33 adverso) que, según la Sentencia de la cual me separo, podrían cumplir con los requisitos de la causal por riesgo grave a la salud mental. Por una parte, el 29 de diciembre de 2017, el Psiquiatra Oscar Ardila de Compensar S.A. examinó a la paciente y certificó lo siguiente:

**“El encuentro consciente, sensopercepción en el pensamiento. Afecto reactivo ansioso depresivo. Memoria conservada. Juicio de realidad adecuado.**

(...)

Concepto: Madre gestante de 33 años que ante informe médico solicita interrupción de embarazo. Es consciente de su situación y está en pleno uso de sus facultades para tomar esa decisión. Se recomienda continuar en apoyo psicoterapéutico.”

Evidentemente, no se trataba de una certificación sobre una grave afectación a la salud mental de la paciente, ni mucho menos de que la continuación del embarazo implique un peligro grave para la salud psicológica de la madre. Por el contrario, el resultado general es positivo y la anotación de “*afecto reactivo ansioso depresivo*” no se enmarca como situación de riesgo. Se trata de una valoración de la paciente en la cual, dentro de una serie de calificaciones positivas (consciente, alerta, orientada, memoria conservada, juicio de realidad adecuado) describe un síntoma (afecto reactivo ansioso depresivo) sin que el médico psiquiatra se adentrara a diagnosticar ningún tipo de trastorno, o a calificar la gravedad del mismo y mucho menos a certificar que el mismo constituía un peligro a la vida o a la salud que justificara la IVE.

El segundo documento (folios 33 anverso y 34) es la certificación de Profamilia con fecha del mismo 29 de diciembre, firmada por la médica general Dra. Clara M. Ramírez D., que establece:

Área afectiva: Angustiada, deprimida, Ansiosa, Sentimientos de desesperanza, Impotencia

Área Somática (Sic): Alteraciones en el sueño, inapetencia (Sic)

Área Relacional: Aislamiento

Área Cognitiva: Dispersa, Pensamientos negativos frecuentes, Dificultad para resolver problemas, Dificultad para la concentración y producción intelectual

Observaciones: EPISODIO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN

En el documento se certifica: “*PACIENTE CON CUADRO DEPRESIVO Y ANSIEDAD DESENCADENADO POR EL EMBARAZO, ADEMÁS FETO PRESENTA HOLOPROSENFALIA (...)*”

Además de la contradicción entre la certificación firmada por la médica general de Profamilia frente a la valoración que el mismo día certificó el médico psiquiatra de la EPS, es decir, el especialista en salud mental, la certificación en todo caso no determinaba que existiera un peligro para la vida o la salud mental de la gestante, no establecía la gravedad del “*cuadro depresivo y ansiedad*” ni sostenía que esa fuera la causa por la cual se debía acudir, como última ratio para proteger la vida y salud de la madre, al aborto.

En efecto, al revisar cuidadosamente el material obrante en el proceso, es claro que la Corte Constitucional debió concluir que ninguno de los dos conceptos podía ser considerado como un certificado sobre un peligro a la vida o a la salud mental de la madre. **Ni la anotación de “*afecto reactivo ansioso depresivo*”, ni la de “*cuadro depresivo y ansiedad*” son médica o jurídicamente suficientes para constituir una causal de IVE.** A ese respecto, en el trámite de revisión del expediente, la Corte preguntó a diferentes entidades especializadas en el tema sobre el alcance de esos términos. A la pregunta “*¿El diagnóstico: afecto reactivo ansioso depresivo debe considerarse como un*

*riesgo grave para la vida de la madre o para su salud mental?”* Las respuestas fueron las siguientes:

- (i) El Colegio Colombiano de Psiquiatría explicó en su respuesta que “[e]l *Diagnóstico de afecto reactivo ansioso depresivo no corresponde a ninguno de los sistemas de clasificación vigentes, ya que los sistemas actuales describen conjuntos de síntomas, pero no factores etiológicos. Sin embargo, un diagnóstico de Trastorno de Ansiedad o de Trastorno Depresivo Mayor, es en sí un problema de salud mental.*”

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

- (ii) La Asociación Colombiana de Psiquiatría sostuvo igualmente que el afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico y en consecuencia no determina por sí mismo una afectación a la vida o a la salud mental, sino que se requiere analizar la gravedad de los síntomas. Señala: “*El afecto reactivo depresivo ansioso no es un diagnóstico, es una descripción semiológica. Debe considerarse la gravedad de los síntomas y de acuerdo con ellos puede poner en riesgo grave la vida de la paciente. También puede poner en riesgo su salud mental.*”

- (iii) La Asociación Colombiana de Facultades de Psicología coincidieron con los conceptos anteriores al establecer que el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico sobre la salud mental de la paciente, y explica que solo se trata de uno de los aspectos a tener en cuenta para el diagnóstico, para el cual se requiere una evaluación psicológica sobre el grado de interferencia que dicho síntoma está generando en la vida de la paciente. Textualmente señala:

“Únicamente el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo **no es un indicador concluyente de bienestar o no de la paciente**, debido a que solamente está reportando una parte de los diferentes aspectos que se deben tener en cuenta para considerar si hay riesgo o no en la vida de la paciente y en su salud mental por lo tanto, se recomienda generar una evaluación psicológica, en la cual se identifique qué tanta interferencia, está generando la situación en la vida de la paciente, con qué estrategias de afrontamiento cuenta en el momento, si hay presencia de otros síntomas característicos para el diagnóstico de algún trastorno mental, que predomina más en la paciente si ansiedad o depresión, si hay presencia de ideas o plan de muerte y qué percepción tiene de la situación por la que está pasando”

- (iv) Finalmente, la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis señaló que un trastorno de adaptación diagnosticado en la madre gestante, cuyos factores desencadenantes no sean corregidos y persistan, puede generar afecciones



más graves como episodios disociativos, psicóticos o de estrés postraumático.

La Corte Constitucional tenía material científico y razones jurídicas suficientes para concluir que el certificado emitido sobre la salud mental de la madre gestante no puede limitarse a manifestar, como sucedió en el caso examinado, que se ha detectado un síntoma, como es el caso del *afecto reactivo ansioso depresivo*,<sup>104</sup> para que ello pueda ser considerado por un juez de tutela como fundamento suficiente para ordenar una IVE como medida provisional.

De los diferentes conceptos allegados sobre el significado de peligro a la vida y riesgo a la salud mental, surge con absoluta claridad que las anotaciones hechas por los médicos sobre síntomas de ansiedad y depresión en el caso analizado, no llenaban los requisitos para ser válidamente considerados como un certificado de causal de IVE, puesto que no fueron el resultado de una evaluación psicológica o psiquiátrica adecuada y consistente con los protocolos existentes en la materia; no diagnosticaban la existencia o el riesgo de un trastorno mental; no determinaban la gravedad de la afectación a la paciente, ni la interferencia que está teniendo en su vida, o los medios con que cuenta para afrontarlo; no evaluaban la presencia de ideación suicida y en ningún momento certificaron la necesidad de interrumpir el embarazo para superar el peligro.

El alegato de la sentencia para asumir como certificados válidos para la configuración de la IVE las anotaciones de “*afecto reactivo ansioso depresivo*” y “*cuadro depresivo y ansiedad*” se presenta en tono de sarcasmo indicando que no es necesario esperar a que la mujer atente contra su vida para poder

---

<sup>104</sup> ¿El diagnóstico: *afecto reactivo ansioso depresivo* debe considerarse como un riesgo grave para la vida de la madre o para su salud mental?

**Colpsi** Explica en su respuesta que “[e]l *Diagnóstico de afecto reactivo ansioso depresivo* no corresponde a ninguno de los sistemas de clasificación vigentes, ya que los sistemas actuales describen conjuntos de síntomas pero no factores etiológicos. Sin embargo, un diagnóstico de *Trastorno de Ansiedad* o de *Trastorno Depresivo Mayor*, es en sí un problema de salud mental.” Señala que: “el riesgo vital estaría asociado a que, derivado del diagnóstico de depresión, la madre gestante no solo presente ideación suicida, sino que estructure un comportamiento suicida producto del sufrimiento que está experimentando”.

**ACP** coincide con el Colegio, en el sentido en que el afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico y en consecuencia no determina por sí mismo una afectación a la vida o a la salud mental, sino que se requiere analizar la gravedad de los síntomas. Señala: “El *afecto reactivo depresivo ansioso* no es un diagnóstico, es una descripción semiológica. Debe considerarse la gravedad de los síntomas y de acuerdo con ellos puede poner en riesgo grave la vida de la paciente. También puede poner en riesgo su salud mental.”

**Ascofapsi** coincide con los conceptos anteriores al establecer que el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico sobre la salud mental de la paciente, y explica que solo se trata de uno de los aspectos a tener en cuenta para el diagnóstico, para el cual se requiere una evaluación psicológica sobre el grado de interferencia que dicho síntoma está generando en la vida de la paciente. Textualmente señala: “Únicamente el reporte de *afecto reactivo ansioso depresivo* **no es un indicador concluyente de bienestar o no de la paciente**, debido a que solamente está reportando una parte de los diferentes aspectos que se deben tener en cuenta para considerar si hay riesgo o no en la vida de la paciente y en su salud mental, por lo tanto, se recomienda generar una evaluación psicológica, (...)”

autorizar la IVE. Ese sarcasmo redundante solo demuestra el absoluto desapego por la jurisprudencia y en particular por la rigurosidad médica y científica.

Por su puesto que no es necesario el suicidio, pero justamente lo que requiere la jurisprudencia es un diagnóstico integral, científico, realizado con protocolos médicos adecuados, y no la decisión sin fundamentos probatorios que realizó la sentencia. La diferencia entre un diagnóstico y la anotación de un síntoma es una cuestión que pertenece al mundo médico y respecto de la cual la Corte debería abstenerse de hacer reproches carentes de todo soporte científico. Desafortunadamente, en la Sentencia SU-096 de 2018 pudo más la subjetividad pro aborto que el respeto por las reglas jurisprudenciales y por los protocolos médicos. El problema de esa clase de decisiones imprudentes y subjetivas, es que tienen efectos adversos. En el caso concreto, la falta de exigencia de un examen integral bajo protocolos médicos y psiquiátricos completos tienen la evidente consecuencia de que las EPS podrían desatender su labor de atención integral a la salud mental de las madres gestantes.

### ***3.1. La importancia de la certificación médica respecto de la gravedad de los riesgos a la vida o salud mental de la madre gestante***

En cuanto a la causal de IVE por peligro a la vida y a la salud integral de la madre, la Corte Constitucional ha indicado que, según la sentencia C-355 de 2006, el único requisito que se puede exigir para acceder a su petición es un certificado médico. Específicamente en la hipótesis de afectación de la salud mental de la gestante, desde la sentencia T-388 de 2009, la Corte ha aclarado que el certificado debe ser expedido por un profesional de la psicología o psiquiatría, y subrayó que está terminantemente prohibido descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos pues la Ley 1090 de 2006 les reconoce el estatus de profesionales de la salud.

Además, la Corte ha señalado, en lo que respecta al derecho al diagnóstico, que cada prestador de servicios de salud debe contar con un protocolo para la atención pronta de las solicitudes que requieren una valoración del estado de salud integral de la madre gestante. Esto implica que, ante una solicitud de aborto por la causal de peligro para la salud o la vida de la madre gestante, los prestadores de servicio de salud tienen una obligación positiva para realizar la valoración tanto física como psicológica de la paciente, lo que implica investigar a través de los exámenes y protocolos clínicos adecuados, la eventual configuración del peligro alegado por la madre solicitante.

En la sentencia T-301 de 2016 la Corte reiteró que no basta con la manifestación de la madre gestante, sino que es indispensable una certificación médica sobre la existencia de un peligro para la salud mental de la madre a fin de que se configure la causal de IVE. Sostuvo la Sala Tercera de revisión que:

“131...Tal como ocurre con la causal de inviabilidad del feto, la causal de peligro para la vida o salud de la madre requiere de un

concepto médico para la verificación de la circunstancia que activa el derecho fundamental a la IVE, pues solo mediante la misma “*se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado*”<sup>105</sup>. No basta entonces con la expresión de la voluntad de la mujer embarazada para la activación del derecho, sino que esa voluntad positiva para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, debe estar acompañada por un concepto médico para proceder a la realización del procedimiento.”

Ahora bien, resulta que el embarazo en todos los casos genera afectaciones a la salud de la madre gestante, especialmente a su salud mental. Esto significa claramente, que para la Corte Constitucional no toda afectación a la salud física o mental debería ser considerada como una causal de IVE, sino únicamente aquellas que generen “*peligro para la vida y la salud*” de la madre gestante, entendido no como una simple afectación, sino como un grave riesgo.

Sobre el punto es necesario indicar que el concepto de peligro para la salud mental de la madre gestante como causal de IVE no ha sido suficientemente precisado por la Corte Constitucional, y ello ha dado lugar a que se pueda confundir con síntomas leves y comunes de afectación a la salud mental que la gran mayoría de embarazos pueden conllevar. Claramente, la causal de la IVE establecida en la Sentencia C-355 de 2006 se refiere a un riesgo a la salud de la madre gestante, capaz de generar un grado de afectación tal que convierta en desproporcionada la exigencia de llevar a cabo el embarazo, como sucedería, por ejemplo, con el diagnóstico de trastornos mentales mayores.

Según las pruebas recaudadas en el proceso,<sup>106</sup> existe evidencia de que los cambios hormonales, fisiológicos e inflamatorios producidos durante el embarazo pueden desestabilizar el estado de ánimo e incrementan el riesgo de padecer trastornos como la depresión en la madre. Por lo tanto, la situación misma del embarazo afecta la salud mental, y no solo de la madre, sino que también puede afectar la del padre. Pero los síntomas de depresión o ansiedad, que son comunes en el embarazo, no pueden ser considerados como un peligro para la vida o la salud mental que pueda dar lugar a la autorización de la IVE.

Al indagar sobre lo que científicamente constituiría, ya no una simple afectación, sino un peligro para la vida y una afectación grave a la salud mental, las diferentes entidades indagadas en el proceso se refirieron a la necesidad de realizar una evaluación integral para establecer la gravedad del trastorno y poder determinar, por ejemplo, el diagnóstico de un trastorno de depresión mayor, y particularmente coincidieron en relacionar la gravedad de la afectación y el peligro para la vida, con los hallazgos de planes o ideas de suicidio en la paciente.

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional, sentencia T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo).

<sup>106</sup> ¿En qué medida o porcentaje el embarazo puede afectar la salud mental de la madre gestante? y en ese sentido, ¿cómo se diferencia una afectación grave de la vida psíquica de la madre, de aquellas alteraciones que pueden resultar regulares durante el embarazo o post parto?

Por su relevancia se citan apartes de las respuestas enviadas:

El Colegio Colombiano de Psicólogos - COLPSIC, explica que:

“La depresión, o trastorno depresivo mayor, es un cuadro clínico que suele asociarse con pérdida de peso, alteraciones de la conducta social e ideas de muerte y suicidio. En ese sentido además de las entrevistas clínicas estructuradas de diagnóstico y los cuestionarios de tamizaje de depresión, los criterios de evaluación para establecer que un trastorno ansioso- depresivo pueda considerarse como un riesgo a la vida, o una afectación grave a la salud mental la madre gestante están relacionados con ideas, planes, gestos e intentos suicidas o comportamientos auto agresivos. Asimismo se ha de explorar si la madre gestante cuenta con medios para concretar suicidio, como posesión de armas, medicamentos o sustancias altamente tóxicas.”<sup>107</sup>

La Asociación Colombiana de Psiquiatría - ACP coincide en que la evaluación de la gravedad se determina a través de protocolos de diagnóstico, y en particular la presencia de ideas de suicidio.

“Para determinar la gravedad de un trastorno ansioso depresivo se utilizan los criterios diagnósticos según la clasificación CIE-10 mencionada en la pregunta 1. También hay escalas de tamizaje que se utilizan en el periodo perinatal, para detectar depresión; la Edinburgh Postnatal Depression Scale (EPDS), es una medida de autoinforme de 10 ítems que enfatiza en las preguntas emocionales y cognitivas presentes en la depresión y evalúa específicamente la idea de suicidio.

(...)

En tal sentido y como ya se ha anotado previamente la gravedad de los síntomas depresivos y los ansiosos son los que definen el riesgo para la vida y para la salud mental.”<sup>108</sup>

La Asociación Colombiana de Facultades de Psicología –Ascofapsi, en su respuesta indica que el criterio para establecer la gravedad del riesgo a la vida y a la salud de la paciente depende de:

“Que exista una interferencia clínicamente significativa en la vida de la paciente. Esto quiere decir que las diferentes áreas de ajuste de la paciente (familiar, social, laboral, personal y afectiva/sexual) se vean afectadas por la situación. Adicionalmente, la presencia de ideas de

---

<sup>107</sup> Respuesta firmada por el Dr. Bernardo Ignacio Useche, presidente del Colegio Colombiano de Psicólogos – COLPSIC, al Auto del 24 de abril de 2018 sobre aspectos relativos a la salud mental, recibida en Secretaría General de la Corte Constitucional el 16 de mayo de 2018.

<sup>108</sup> Respuesta firmada por el Dr. Juan Ángel Isaac Llanos, presidente de la Asociación Colombiana de Psiquiatría - ACP, al Auto del 24 de abril de 2018 sobre aspectos relativos a la salud mental, recibida en Secretaría General de la Corte Constitucional el 11 de mayo de 2018.

suicidio, sintomatología psicótica y baja regulación emocional son signos de alarma de que puede estar en riesgo la vida de la madre.”<sup>109</sup>

Finalmente, la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis, afirma que:

“Además de la evaluación clínica, existe la escala de *The Fear Childbirth and Postpartum Anxiety Scale* (FCPP), que evalúa la gravedad de estrés en la madre y la escala de ansiedad de Hamilton. Además a estos métodos de evaluación, destaca que también están las escalas *Sad Person* que evalúan el riesgo de suicidio. Entre mayor puntúe las escalas, mayor es el riesgo de presentar cuadros psicopatológicos que en casos extremos pueden desembocar en suicidio o en lesiones al recién nacido.”<sup>110</sup>

Por su parte, las entidades que contribuyeron con sus conceptos, coinciden en sostener que la evaluación de un trastorno que pueda poner en riesgo la salud mental de la madre gestante requiere de una evaluación profunda, a través de protocolos preestablecidos. Según determina Colpsic, el criterio para determinar la gravedad de la depresión tiene que ver con “*la intensidad y persistencia de los síntomas así como el nivel de interferencia en el funcionamiento cotidiano, los cuales se determinan a través de una cuidadosa evaluación psicológica o psiquiátrica con el fin de evaluar el nivel de riesgo para la salud mental*”.

Por lo tanto, y según lo que ha venido desarrollando en su jurisprudencia, en particular lo sostenido en las sentencias revisadas T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-841 de 2011 y T-301 de 2016, la Corte debió pronunciarse en el sentido de establecer la necesidad de que la evaluación de las afectaciones que pueda producir el embarazo a la salud mental de la madre gestante se realicen bajo los protocolos y con la rigurosidad necesaria para generar un diagnóstico psicológico o psiquiátrico preciso sobre si existe o no una afectación de tal magnitud que pueda considerarse como un peligro a la vida de la madre gestante o un riesgo de una afectación grave de la salud mental. Es muy importante partir de que el diagnóstico de un riesgo de trastornos mayores y del riesgo a la vida por ideación suicida, requiere de unos protocolos que ya están establecidos, y que las entidades que prestan los servicios de salud deben implementar para que se pueda evaluar la situación de la paciente en las mejores condiciones y el menor tiempo posible.

---

<sup>109</sup> Respuesta firmada por la psicóloga Olga María Vargas Ramos al Auto del 24 de abril de 2018 sobre aspectos relativos a la salud mental, recibida en Secretaría General de la Corte Constitucional el 23 de mayo de 2018. Con cita: BITTENCOURT, G. Y ALVARENGA, P. *Stressful Life Events and Women’s Mental Health During Pregnancy and Postpartum Period*. 2017. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v27n66/0103-863X-paideia-27-66-00051.pdf>

<sup>110</sup> Respuesta firmada por Jorge Ballesteros, miembro titular de la Sociedad Colombiana de Psicoanálisis, al Auto del 24 de abril de 2018 sobre aspectos relativos a la salud mental, recibida en Secretaría General de la Corte Constitucional el 04 de julio de 2018.

Esto lleva a concluir que el certificado emitido sobre la salud mental de la madre gestante no puede limitarse a manifestar que se ha detectado un síntoma,<sup>111</sup> como es el caso del *afecto reactivo ansioso depresivo*. Es una obligación de las EPS y de las IPS prestar el servicio médico y psicológico requerido, lo que implica contar con los protocolos de diagnóstico adecuados e integrales, que evalúen la salud física y psicológica de la madre, para establecer con plena rigurosidad científica si en efecto, la continuación de un embarazo constituye un peligro para la vida o la salud física o mental de la paciente. Ello no solamente para que se autorice la realización de la IVE si así lo solicita la madre gestante, sino también para que con fundamento en el diagnóstico se efectúe la atención integral de la paciente.

Lamentablemente, con la Sentencia SU-096 de 2018, la Corte Constitucional desaprovechó una importante oportunidad para fijar la obligación de las EPS y de las IPS de prestar el servicio médico y psicológico requerido, lo que implica contar con los protocolos de diagnóstico adecuados e integrales, que evalúen la salud física y psicológica de la madre gestante, para establecer con plena rigurosidad científica si en efecto, la continuación de un embarazo constituye un peligro para la vida o la salud física o mental de la paciente. Ello no solamente para que se autorice la realización de la IVE si así lo solicita la madre

---

<sup>111</sup> ¿El diagnóstico: *afecto reactivo ansioso depresivo* debe considerarse como un riesgo grave para la vida de la madre o para su salud mental?

#### **Colpsic**

Explica en su respuesta que “[e]l *Diagnóstico de afecto reactivo ansioso depresivo* no corresponde a ninguno de los sistemas de clasificación vigentes, ya que los sistemas actuales describen conjuntos de síntomas pero no factores etiológicos. Sin embargo, un diagnóstico de *Trastorno de Ansiedad o de Trastorno Depresivo Mayor*, es en sí un problema de salud mental.”

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

#### **ACP**

La respuesta de la Asociación coincide con el Colegio, en el sentido en que el afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico y en consecuencia no determina por sí mismo una afectación a la vida o a la salud mental, sino que se requiere analizar la gravedad de los síntomas.

Señala: “*El afecto reactivo depresivo ansioso no es un diagnóstico, es una descripción semiológica. Debe considerarse la gravedad de los síntomas y de acuerdo con ellos puede poner en riesgo grave la vida de la paciente. También puede poner en riesgo su salud mental.*”

#### **Ascofapsi**

Coincide con los conceptos anteriores al establecer que el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo no es un diagnóstico sobre la salud mental de la paciente, y explica que solo se trata de uno de los aspectos a tener en cuenta para el diagnóstico, para el cual se requiere una evaluación psicológica sobre el grado de interferencia que dicho síntoma está generando en la vida de la paciente. Textualmente señala:

“Únicamente el reporte de afecto reactivo ansioso depresivo **no es un indicador concluyente de bienestar o no de la paciente**, debido a que solamente está reportando una parte de los diferentes aspectos que se deben tener en cuenta para considerar si hay riesgo o no en la vida de la paciente y en su salud mental por lo tanto, se recomienda generar una evaluación psicológica, en la cual se identifique que tanta interferencia, está generando la situación en la vida de la paciente, con qué estrategias de afrontamiento cuenta en el momento, si hay presencia de otros síntomas característicos para el diagnóstico de algún trastorno mental, que predomina más en la paciente si ansiedad o depresión, si hay presencia de ideas o plan de muerte y qué percepción tiene de la situación por la que está pasando”.

gestante, sino también para que con fundamento en el diagnóstico se efectúe la atención integral de la paciente.

#### **4. LA SENTENCIA SU-096 DE 2018 DESCONOCIÓ ABIERTAMENTE LOS REQUISITOS Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL PROCESO DE TUTELA**

Según consta en el expediente,<sup>112</sup> el día 5 de enero de 2018, a las 10:25 de la mañana, la demanda de acción de tutela fue recibida en el despacho del Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con función de conocimiento de Bogotá.

Horas después, el Juzgado profirió un auto avocando conocimiento de la demanda y concediendo la medida provisional solicitada en los siguientes términos:

“Peticona la actora se ordene, como medida precautelativa, a la EPS accionada, “llevar a cabo de manera INMEDIATA el procedimiento ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DE EMBARAZO que fue ordenada desde el 20 de diciembre de 2017 y la cual a la fecha no me han practicado”

Al respecto ha de indicarse por el despacho que, luego de analizar los elementos de convicción allegados por la demandante con su libelo de solicitud de amparo, se avizora que en efecto, la citada paciente requiere con urgencia el referido procedimiento, por lo que a efectos de salvaguardar su derecho fundamental a la vida, salud y vida en condiciones dignas de la paciente, se ordenará al representante legal de la EPS COMPENSAR, que en el término no superior a 24 HORAS CORRIDAS, a partir de la notificación de esta determinación y mediante respectivo oficio, proceda a efectuar los trámites pertinentes para que se realice EL PROCEDIMIENTO ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DE EMBARAZO tal y como lo prescribiera el galeno tratante.

Nada diferente a adoptar esta provisional y a la vez extrema medida bajo los parámetros que contempla el Art 7, cuando a su tenor literal prevé que: “El juez también podrá, de oficio o a petición de parte dictar cualquier medida de conservación de seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso”

Retomando el tema de la demanda de amparo, se ordena: (...)”<sup>113</sup>

Las comunicaciones sobre las órdenes proferidas en la decisión fueron emitidas, según consta en el sello impuesto por el Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio, ese mismo día a partir de las 4:52 pm.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Expediente T-6612909, cuaderno 2, folios 1, 64 y 65. En la demanda y en el acta de reparto hay una rúbrica de recibo fechada 5-1-18, 10:25.

<sup>113</sup> Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 65.

<sup>114</sup> Expediente T-6612909, cuaderno 2, folios 73.

En la Sentencia de la cual me aparto, la Corte Constitucional decidió avalar esa medida, y con ello, desnaturalizó completamente el sentido de las medidas provisionales en materia de tutela, no solo porque permitió que se tomara la decisión definitiva del asunto sin haber escuchado los alegatos de las partes, y porque desapareció el objeto del litigio imposibilitando una decisión posterior, sino porque extinguió el deber de fundamentación y examen de las pruebas que debe preceder a toda decisión judicial y en particular esta clase de medidas.

Al respecto sostiene la Sentencia SU-096 de 2018:

“168. En síntesis, el juez constitucional puede tomar por excepción medidas cautelares no reversibles, en las que estén en peligro derechos fundamentales que requieran medidas de protección urgentes -como la realización de una cirugía-, A juicio de la Sala Plena, en el presente proceso, el juez de tutela valoró de manera razonable los elementos de juicio puestos en su conocimiento al momento de admitir la acción de tutela para la medida provisional en mención, en aras de proteger los derechos de accionante. Esta consideración se reforzará con el análisis que, más adelante, la Corte realizará al aplicar las reglas dispuestas por la Corte Constitucional con relación a los requisitos de procedencia para la práctica de IVE.”

Al margen de que el análisis que se anuncia al final del párrafo no se realiza en la sentencia, este inciso elimina de un solo tajo la debida diligencia en la valoración probatoria que se debe tener para dictar una medida provisional, pues evidentemente, la juez que ordenó como medida provisional la realización del procedimiento *aspiración al vacío de útero para terminación de embarazo* tomó una decisión definitiva, que extinguió el objeto del proceso (acabó con la vida de la *nasciturus*) sin siquiera haberse percatado de que la razón por la que las IPS se negaron a realizar el procedimiento era doble: en primer lugar porque el procedimiento autorizado era incompatible con la edad gestacional, y en segundo y más importante, porque no estaba configurada una causal válida de IVE según la sentencia C-355 de 2006.

En efecto, la juez en su auto no dice nada al respecto, no verifica si constan los certificados médicos, no soluciona la controversia sobre el procedimiento debido y no permite que las IPS (que eran quienes se negaban a realizar el procedimiento) presenten sus argumentos.

La decisión fue abiertamente violatoria de la Carta Política, pero la Corte decidió avalarla con argumentos absolutamente inadecuados.

En primer lugar, sostiene que la condición de irreversible de una medida provisional no es absoluta, y alude que de hecho la Corte Constitucional ya ha tomado medidas irreversibles como cuando “ordenó la práctica de los procedimientos necesarios para hacer efectivo un trasplante de órganos”. La gran diferencia entre la medida en que se autoriza el inicio de los trámites para la realización de un trasplante y aquella en que se ordena una IVE en 24 horas,



es que en la segunda, desaparece el objeto del diferendo jurídico, porque al realizar la IVE la duda sobre si el *nasciturus* debe o no ser constitucionalmente protegido queda extinta. En cambio, con la orden de trasplante no se atenta de forma definitiva contra el objeto del litigio pues el pago por los costos de la intervención sigue en debate, pero se protege transitoriamente la vida del paciente. Es una diferencia elemental, que justamente se refleja en la posibilidad o no de tomar una decisión final.

La Sentencia SU-096 en el numeral 164 y subsiguientes, trata de sustentar que si no se tomaba la decisión con urgencia se podría presentar daños irreparables, y pone de ejemplos la sentencias T-171 de 2007, T-988 de 2007 y T-585 de 2010, pero los ejemplos resultan absolutamente extraños, en primer lugar porque se trata de inviabilidad del feto médicamente certificada y dos casos de abuso sexual contra menores con discapacidad, pero en segundo lugar y más importante, porque lejos de lo que pretende afirmar, en ninguno de esos casos, el retraso o la negativa en la realización de una IVE generó un daño irreversible en la vida de la madre, que hubiere justificado una decisión de IVE como medida preventiva sin valoración alguna del acervo probatorio disponible en el proceso.

Lo cierto es que la Sentencia SU-096 de 2018 no puede sustentar su defensa de esa medida provisional con un precedente en la materia, porque claramente no existe tal cosa. Una orden que tiene un efecto definitivo y extingue el objeto del litigio, no corresponde a la naturaleza jurídica y al objetivo de una medida provisional, y en tal medida jamás la Corte Constitucional ha ordenado provisionalmente algo semejante.

En el caso concreto, al ordenar la realización de la IVE la juez no solo extinguió el objeto del litigio, lo cual se verificó en la decisión final en la que declaró en consecuencia la ocurrencia de un “*hecho superado*”, sino que además su decisión generó un efecto definitivo e irreversible sobre uno de los derechos en juego, en el caso concreto, la vida de la que estaba por nacer.

En efecto, en su sentencia del 22 de enero de 2018 afirma la juez:

“Empero, resulta que con la información suministrada por parte de la apoderada especial de la accionada EPS COMPENSAR, **se evidencia que el 6 de enero del año cursante, tal y como se ordenó en la medida provisional decretada el 5 de enero del mismo año, de(sic) practicó la interrupción voluntaria del embarazo** en la Unidad de Servicios La Victoria, siendo evidente que en la actualidad ha desaparecido el objeto jurídico que motivó la génesis a la acción de amparo, precisamente porque esto es lo que se buscaba por parte de la demandante, lo que daría lugar a un hecho superado.”

La declaratoria del “*hecho superado*” como efecto del cumplimiento de la orden dictada en la medida provisional, da clara cuenta que la decisión resultó

absolutamente contraria a lo que se persigue con la figura la medida provisional, que es, justamente, resguardar el objeto del litigio para permitir que la decisión final resulte eficaz.

La primera obligación de la juez en este caso era determinar con claridad el problema fáctico y jurídico y establecer con ello los derechos realmente amenazados. De hacerlo, se habría dado cuenta de que la causal invocada para la solicitud de la IVE fue la de malformación que haga inviable la vida del feto. Tan solo a partir de ese análisis, el marco de la decisión habría variado radicalmente, puesto que los derechos supuestamente amenazados no eran la vida y salud de la madre gestante, sino la integridad y la dignidad.

***4.1. La decisión de conceder la medida provisional se produjo sin una valoración suficiente del expediente ni de las pruebas consignadas en él, por lo que termina justificándose en una causal de IVE que no coincide con los hechos del caso y dictando una orden que no podía ser cumplida en estricto sentido.***

Un examen adecuado de las pruebas anexadas en la acción de tutela, e incluso la lectura detenida de la misma, habrían permitido concluir que en ningún momento se alegó y aún menos diagnosticó un padecimiento concreto y médicamente certificado, que implicara un riesgo a la vida de la madre gestante.

La juez omitió la valoración probatoria, pero más grave aún, omitió realizar un razonamiento sobre las implicaciones de la orden que estaba por emitir, que evidentemente extinguirían el objeto del litigio y anularían la vida del que estaba por nacer, pese a que el Estado le debía protección.

La decisión tomada como medida provisional en realidad, lejos de guardar y tutelar los derechos en juego, lo que hizo fue extinguirlos, haciendo inane la decisión final. Era una orden abiertamente contraria a la naturaleza cautelar y transitoria de las medidas provisionales, pero la Juez omitió hacer cualquier valoración al respecto, no analizó ni explicó en qué sentido pudo lo ordenado resguardar los derechos en juego y el objeto del litigio, y en cambio, dictó la orden sin mayor miramiento.

En efecto, según consta en el expediente, las IPS, y particularmente el Hospital San José, advirtieron que en el caso concreto no se configuraban las causales de la Sentencia C-355 de 2006 y, además, se negaron a realizar el procedimiento ordenado porque resultaba inadecuado para la edad gestacional de la paciente.

El análisis del expediente y en particular de los problemas fácticos y jurídicos del caso resultaban absolutamente necesario para abordar la solicitud de medida provisional, sin embargo, la juez omitió cualquier valoración al respecto, pasó por alto la advertencia de que estaba en duda la configuración de las causales de la IVE, y más allá de eso, desatendió la inadecuación de la orden de servicios con el procedimiento requerido.

Al revisar el expediente, la juez debía advertir que no había claridad sobre la configuración de la causal para practicar la IVE, que no estaba en riesgo la vida de la madre gestante, incluso podía evidenciar que no se trataba de un embarazo no deseado, sino que la voluntad de abortar surgía del diagnóstico de posible HPL vs DSO, y que no existió ninguna certificación de que tal diagnóstico implicara la inviabilidad del feto (ni mucho menos peligro a la vida de la gestante). Por el contrario, de los documentos que obran adjuntos a la tutela se desprende con claridad, que dicho diagnóstico no implica la inviabilidad del feto.

Todos estos elementos fueron abiertamente desatendidos por la Juez, que solo tomó unas horas en resolver el asunto de fondo, bajo la cortina de una medida provisional.

Esta lectura rápida del escrito de tutela se refleja en que la medida se fundamentó en la causal de la IVE por peligro a la vida o la salud de la madre gestante, la cual, si bien fue enunciada por la accionante en la acción de tutela, no correspondía a la causal invocada a lo largo del asunto, que además está claramente establecida en la orden de servicios médicos que obra en el proceso, la cual se refiere a “*malformación fetal*”.

En efecto, en el numeral 2 de la demanda, la accionante sostiene que en uno de los controles que le hicieron le diagnosticaron al feto Displasia septo-óptica VS Holoprosencefalia lobar, y explica que “*por tal razón el médico tratante me ordenó el procedimiento llamado ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DEL EMBARAZO.*”

Es cierto que la redacción posterior de la demanda es confusa y que la accionante, en ciertos apartes del escrito, hace parecer que el diagnóstico del feto implica un riesgo para su vida,<sup>115</sup> o incluso afirma que el procedimiento es urgente y necesario para contrarrestar el daño respiratorio que padece y así mejorar su calidad de vida,<sup>116</sup> pero ninguna de estas afirmaciones tiene asidero

---

<sup>115</sup> Sostiene la accionante en el escrito de tutela “Siendo obvio y científicamente comprobado por los médicos tratantes la necesidad valoración y posterior tratamiento que requiero para restablecer mi salud, en razón de la gravedad y peligro inminente que le genera la Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar, y al ser afiliada en calidad de cotizante del régimen contributivo de salud a COMPENSAR EPS es a esta a quien corresponde propender por su OPORTUNA realización”. (Folio 2 del expediente). Más adelante reitera. “Los hechos narrados, permiten vislumbrar que si no se le (sic) practican los exámenes y los procedimientos recurridos de manera urgente, estará en riesgo mi vida, pues de no hacerlo de manera inmediata podré sufrir un daño irreversible que termine con mi existencia y así de esta manera se me estaría coartando el sagrado derecho a la vida”. (Folio 4 del expediente.)

<sup>116</sup> En el escrito de demanda (folio 5 del expediente), se lee: “No puede ninguna entidad promotora de salud negarse con su conducta negligente a realizar los exámenes, ni tampoco a darle continuidad al tratamiento de manera inmediata como lo ordenan los médicos especialistas y que requiero, la cual ostenta una importancia de la que nadie dudara, atendiendo a que es del dominio público, y con muchísima mayor razón lo será de las elites médicas especializadas, que el procedimiento que requiero, es no solamente urgente sino indispensable para contrarrestar el daño respiratorio que padezco con el fin de mejorar mi calidad de vida, mucho menos puede una EPS sumir en la

probatorio. A lo largo del expediente no existe ninguna referencia a padecimiento médico alguno de la paciente, relacionado con el embarazo y en todo caso, no fue esa la causal que se invocó para la realización de la IVE.

Por el contrario, la autorización de servicios hospitalarios emitida por la EPS, que se adjunta justo a continuación del escrito de tutela, claramente señala la causal “*MALFORMACIÓN FETAL*”<sup>117</sup>. Enseguida, todos los documentos anexos se refieren a los exámenes de laboratorio y ecografías realizadas sobre el feto, sus resultados, los diagnósticos de posible Displasia septo-óptica Vs Holoprosencefalia lobar y las respuestas de las IPS, sin que en ninguno de estos documentos conste, al menos indiciariamente, que la accionante tenía un problema respiratorio, o que el posible diagnóstico del feto pudiera generar algún tipo de riesgo a la salud física o a la vida de la madre.

La decisión de conceder la medida provisional “*a efectos de salvaguardar su derecho fundamental a la vida, salud y vida en condiciones dignas de la paciente*” no tiene ningún fundamento en los elementos probatorios de la acción de tutela, y tampoco se sustenta en ningún tipo de razonamiento que justifique la medida.

Finalmente, esto queda plenamente demostrado cuando, el día siguiente de la orden dictada en la medida provisional, durante el diagnóstico realizado como parte del protocolo de realización de la IVE se consigna:

“ANÁLISIS:

PACIENTE DE 33 AÑOS DE EDAD, EN PROTOCOLO PARA IVE  
CAUSAL 2 -HOLOPROSENCEFALIA LOBAR.”<sup>118</sup>

Por lo tanto, es evidente que la juez de tutela no cumplió con su deber de valorar el expediente para razonar y decidir la posibilidad de tomar una medida provisional. El fundamento errado de la decisión, que se contrasta fácilmente con una lectura detallada de los hechos del caso, evidencia la falta de diligencia en cuanto al análisis.

Por otro lado, la orden dictada fue a tal grado inadecuada que no pudo ser cumplida en estricto sentido.

La orden concreta de la medida provisional fue: “*proceda a efectuar los trámites pertinentes para que se realice EL PROCEDIMIENTO ASPIRACIÓN AL VACÍO DE ÚTERO PARA TERMINACIÓN DE EMBARAZO tal y como lo prescribiera el galeno tratante*”.

---

incertidumbre a los clientes, informándoles que su petición fue incluida en una base de datos sin indicarle una fecha precisa en que será atendido su requerimiento, con el agravante de saber que no le autorizan el procedimiento por no tener las partidas para tal fin (...)

<sup>117</sup> Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 6.

<sup>118</sup> Expediente T-6612909, cuaderno 2, folio 95.

Si se hubiera realizado un análisis somero del expediente, la juez habría caído en cuenta que, la denegación a la realización de la intervención por parte de las IPS, además de sustentarse en que encontraron que no se configuraban causales para la IVE, se dio porque, habida cuenta del avanzado estado de gestación, el procedimiento a realizar era diferente, y las IPS no tenían los protocolos para adelantarlos.

En efecto, el procedimiento ordenado solo se debe realizar - según los protocolos vigentes- hasta la semana 12 de gestación y, en el caso bajo examen la edad gestacional superaba 26 semanas en el momento en que se emitió la medida, lo que implicó la necesidad de realizar un feticidio (muerte inducida del feto) y posterior extracción del cadáver fetal por parto inducido. Este es el procedimiento que se realiza en Colombia a partir de las 22 semanas de gestación, porque siendo autónomamente viable, no basta con separar al *nasciturus* del cuerpo de la madre gestante para que muera, sino que una IVE en tales circunstancias implica que antes del parto inducido sea necesario inocular en el cuerpo del feto una sustancia para producir su muerte intrauterina.

La orden, por lo tanto, tuvo que ser adaptada por la institución prestadora del servicio de salud para poder cumplirse.

#### ***4.2. La decisión carece de un razonamiento sobre la necesidad y la urgencia de la medida para la protección de los derechos supuestamente amenazados.***

En realidad, la decisión de medida provisional carece de todo razonamiento al respecto, simplemente se limita a sostener que “*la citada paciente requiere con urgencia el referido procedimiento,*” sin explicar por qué el aplazar tal decisión para la solución de la tutela, esto es, por un máximo de 10 días, generaría un daño irreversible a la madre gestante. Esa explicación era evidentemente necesaria, no solo por la gravedad de la orden, sino porque lo que se solicitaba como medida provisional coincidía con la solicitud principal de la acción.

Bajo las condiciones del caso concreto y en particular, teniendo en consideración que quien se vería afectado con la medida provisional ordenada era un ser humano en gestación, que evidentemente no tenía la posibilidad de presentar por sí mismo una oposición a esa medida, y que tampoco contaba en aquel proceso con alguien que pudiera representar sus intereses, la garantía mínima que debía respetar la juez del asunto era la de permitir que se presentaran los argumentos de la accionada, analizar detalladamente el asunto y las pruebas, y sobre todo abstenerse de ordenar una medida irreversible que extinguiera la vida del feto de forma provisional.

Evidentemente la orden dictada como medida provisional fue contraria a derecho, pero en todo caso, del expediente surge con absoluta claridad que no era necesaria porque no estaba en riesgo la vida de la madre gestante ni el embarazo estaba afectando su salud, y evidentemente no era urgente, porque de

ninguna manera el término en que el la Juez decidiera la tutela, más aún si actuaba con mayor diligencia, podría implicar un daño irreversible para la madre gestante.

La juez del caso omitió su deber constitucional de proteger la vida del que está por nacer al dictar la orden, y al no explicar por qué era necesario que la IVE se realizaré en 24 horas, sin que fuera posible escuchar los argumentos de la accionada, valorar las pruebas y analizar con detalle el expediente.

***4.3. En el caso se consumó un daño: la pérdida de la vida de la que estaba por nacer, como consecuencia de la medida provisional ordenada.***

La decisión del 22 de enero de 2018, por la cual la juez decidió “*CESAR LA ACTUACIÓN por hecho superado y como consecuencia NEGAR por carencia de objeto*” no se ajusta a los aspectos fácticos ni jurídicos del asunto.

La decisión de declarar hecho superado, tal como lo asume la juez de tutela, se fundamentó en que “*el 6 de enero del año cursante, tal y como se ordenó en la medida provisional decretada el 5 de enero del mismo año, se practicó la interrupción voluntaria del embarazo en la Unidad de Servicios La Victoria, siendo evidente que en la actualidad ha desaparecido el objeto jurídico que motivó la génesis a la acción de amparo*”.<sup>119</sup>

Sin embargo, la juez desconoció que el problema fáctico-jurídico que motivó la acción de tutela fue la renuencia de las IPS a practicar una IVE por considerar que no se configuraban las condiciones requeridas para ello y que el procedimiento ordenado no era el adecuado para la edad gestacional de la madre gestante. Nada de esto fue, siquiera someramente, analizado por la Juez.

Por el contrario, de un somero análisis del expediente resulta evidente que la autorización de servicios emitida por la EPS no solo carecía de fundamento adecuado, sino que justamente se sustentaba en una razón antijurídica como es la discriminación. Además, es claro que el procedimiento ordenado resultaba abiertamente inadecuado para el tiempo de gestación transcurrido.

Al haber dictado la orden de realizar la IVE en un término de 24 horas, la Juez de tutela vulneró la protección de la vida de un ser humano con viabilidad autónoma, sin tener en cuenta ninguna de las pruebas obrantes en el proceso y sin corroborar los argumentos de la accionante en su tutela. Al hacerlo, la Juez no solo desconoció la naturaleza jurídica de las medidas provisionales sino, y lo que resulta más grave aún, violó de forma arbitraria la protección de la vida de un ser humano por nacer.

El daño generado por la medida provisional es irreversible, y si bien no versaba sobre el derecho alegado en la acción de tutela por la madre gestante, sí afectó

---

<sup>119</sup> Expediente T6612909, cuaderno 2, folio 142.

la protección debatida en el proceso. Por lo tanto, la única decisión posible era la declaratoria de carencia de objeto por daño consumado.

#### ***4.4. Breve recuento sobre los fines de las medidas provisionales (en general y en materia de tutela) en relación con el objeto del proceso.***

Dado el peligroso precedente que fija la Sentencia Su-096 de 2018 de la cual me aparto y en particular el desconocimiento de los fines y alcances de las medidas provisionales en materia de tutela, considero mi deber recapitular algunos aspectos elementales en la materia.

La doctrina más calificada ha identificado la sustancia de las medidas provisionales de tipo cautelar como la “*anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma*”,<sup>120</sup> destacando de ellas la característica de provisionalidad, esto es el hecho de que este tipo de medidas nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que se dirigen exclusivamente a garantizar la efectividad del resultado de la ulterior providencia definitiva.

El carácter instrumental, que justifica la medida provisional y a la vez limita el ámbito de actuación del juez, es una característica esencial de estas medidas. Al respecto sostiene el profesor Calamandrei que el carácter instrumental “*es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente*”.<sup>121</sup>

Esa instrumentalidad significa que la medida provisional se justifica por cuanto está al servicio de garantizar la posibilidad y eficacia de una decisión definitiva, esto es, está dirigida a conservar los derechos o los hechos que constituyen el objeto del litigio frente a un peligro que podría afectarlos de tal forma que la decisión final pierda eficacia. Esto a su vez implica inevitablemente que la medida provisional no puede tener el alcance de resolver o imposibilitar la decisión definitiva.

Ahora bien, pese a la prontitud con que en principio deben tomarse, una decisión en cuanto a medidas provisionales requiere el análisis del acervo probatorio suficiente para comprobar la necesidad y urgencia frente al fin perseguido que alegue quien la solicite. En cualquier caso, dicho análisis no puede confundirse con la solución sobre el fondo del asunto, pues de ser así, se convertiría en una toma anticipada de la decisión, en vulneración del debido proceso de las partes.

---

<sup>120</sup> Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares. Librería El Foro. Buenos Aires, 1996. (p. 45)

<sup>121</sup> En ese sentido, Calamandrei “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia.”

La otra nota característica de estas medidas, sobre la cual existe un amplio consenso doctrinario es su carácter provisional (de donde viene su nombre en el caso de las medidas a que hacemos referencia), que consiste en que sus efectos están limitados a la subsistencia del proceso al cual acceden, culminado el cual, los efectos de la medida provisional se extinguen necesariamente.<sup>122</sup> Esto implica que no pueden tomarse medidas provisionales o cautelares con efectos definitivos o irreversibles, puesto que sus efectos deben estar previstos para durar estrictamente tanto como dure el proceso, ya que de otra forma limitarían la capacidad del juez en su toma de decisión y en detrimento de su objetivo, extinguirían cualquier posibilidad de efecto práctico de la sentencia.

En materia de medidas provisionales durante el trámite de la acción de tutela el artículo 7º del Decreto 2591 de 1991 dispone lo siguiente:

“Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

[...]”

De conformidad con esta disposición, y en concordancia con la doctrina general sobre medidas de esta naturaleza, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, el Juez, cuando lo considere necesario, puede dictar “*cualquier medida de conservación o seguridad*” dirigida, tanto a la protección del derecho como a “*evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados*” (Inciso final del artículo transcrito), en todo caso, “*para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante*”, estando el juez facultado para “*ordenar lo que considere procedente*” con arreglo a este fin.<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Así por ejemplo sostiene el profesor Calamandrei que la medida provisional “nace en previsión, e incluso en espera, de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en definitiva, sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto”. En cuanto a la doctrina nacional Hernán Fabio López

<sup>123</sup> (inciso 2º del artículo transcrito).



La Corte Constitucional ha sostenido que resulta procedente el decreto de medidas provisionales: “(i) cuando éstas resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se concrete en una vulneración o; (ii) cuando, constatada la ocurrencia de una violación, sea imperioso precaver su agravación”.<sup>124</sup> Esto por cuanto la potestad de decretar medidas provisionales tiene como finalidad “proteger los derechos constitucionales fundamentales, antes de pronunciarse definitivamente en el fallo, pues con ella se busca evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en violación o, habiéndose constatado la existencia de una violación, que ésta se torne más gravosa.”<sup>125</sup>

Según la jurisprudencia constitucional, el ejercicio de esta potestad del juez es una decisión discrecional que debe ser “razonada, sopesada y proporcionada a la situación planteada”<sup>126</sup> y está sometida al menos a dos condiciones: en primer lugar, que se trate de una violación o amenaza “grave e inminente”, a tal punto que incluso el breve término mediante el cual se resuelve la acción de tutela resulte excesivo para lograr la protección efectiva del derecho fundamental conculcado.<sup>127</sup> Y en segundo lugar, “que se aporten medios de prueba suficientes para deducir que se está ante las condiciones descritas.”<sup>128</sup>

#### 4.4.1. Las medidas provisionales y su alcance frente a la restricción o suspensión de valores y derechos fundamentales.

Resumiendo, una medida provisional que se dicta en el trámite de una acción de tutela está indefectiblemente dirigida a evitar que se configure la vulneración de un derecho fundamental, o que continúe vulnerándose. Así el juez puede dictar órdenes, no solo dirigidas a suspender un acto de autoridad pública, o de particulares, sino incluso a suspender el ejercicio de un derecho. Pero esto podría implicar, en ciertas circunstancias, que la medida provisional afecte bienes jurídicos protegidos o más aún, el ejercicio de un derecho fundamental.

Esto incluye una limitación intrínseca de las medidas provisionales, en cuanto a que la medida no puede ser de tal naturaleza que genere un hecho irreversible

<sup>124</sup> Corte Constitucional, Auto A-219 de 2017, reiterando por la Corte a partir del Auto A-031 de 1995.

<sup>125</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-888 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño) reiterando la Sentencia T-440 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y los Autos 031 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), 041A de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, 049 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), Autos 040A de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

<sup>126</sup> Al respecto Corte Constitucional, Autos A-049-95, A-035-07 y A-222-09.

<sup>127</sup> Corte Constitucional, en sentencia T-371 de 1997 (MP Vladimiro Naranjo Mesa). En esta sentencia, la Corte ha precisado por ejemplo que “el juez, antes de ordenar la suspensión provisional de actos concretos, debe evaluar cuidadosamente el cuadro general de los hechos manifestados por el afectado y, de ser necesario llenarse de elementos de juicio para tener la convicción plena de la necesidad y urgencia de acudir a la suspensión. Con mayor razón si por circunstancias de tiempo, modo y lugar, se le facilita al funcionario judicial obtener una mayor información de las circunstancias fácticas que dieron lugar a la acción de tutela”.

<sup>128</sup> Al respecto, ver, entre otros, los Autos A 040a de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett), A 049 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz), A 041a de 1995 y A 031 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz).

o anule definitivamente un derecho. Esto por cuanto evidentemente en tal caso, la medida deja de ser provisional y se convierte, en definitiva, pudiendo incluso anular el objeto del litigio o modificarlo de tal forma que transforme el debate jurídico en otro.

Por lo tanto, bajo el mandato constitucional vigente, no es admisible que con el ropaje de una medida provisional, un juez de tutela ordene afectar irreversiblemente una situación jurídica, menos aun cuando el asunto se sustente en la contradicción de derechos constitucionales fundamentales, que no pueden ser anulados por una decisión parcial, sino que requieren, para su correcta ponderación de un profundo análisis.

Resulta abiertamente contrario a la Carta Política dictar una medida cuyo efecto significa restringir de tal forma un derecho o una protección constitucional, que quede anulada por la imposibilidad fáctica o jurídica de retrotraer la situación a su estado anterior. Así sucede por ejemplo con el derecho y valor de la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la dignidad, entre otros, que no pueden ser afectados por medidas provisionales que impliquen su anulación.

Por otra parte, y aun cuando la decisión no resulte irreversible, o no anule completamente un derecho, la posibilidad de que derechos de todo orden, y en particular derechos fundamentales se vean restringidos a través de una medida provisional, es una cuestión que debe ser seriamente analizada y precavida por el Juez de tutela, de manera que la exigencia de que la medida resulte “*razonada y ponderada*” implica una verdadera sustentación probatoria y argumentativa de la providencia, cuya rigurosidad se incrementa de forma directamente proporcional con el grado de afectación que la medida pueda generar y la mayor cercanía de dicha afectación con aspectos que hagan parte del núcleo fundamental de un derecho constitucional, siendo este último, el límite material de cualquier medida provisional.

La decisión mayoritaria de la Corte desconoció su propia jurisprudencia al aceptar como constitucionalmente válido el que la Juez de tutela haya dictado como medida provisional la orden de realizar un procedimiento de IVE respecto de una *nasciturus* de 26 semanas de gestación, desconociendo abiertamente la naturaleza y objetivo de una medida provisional, al haber omitido su deber de fundamentar la decisión en un examen detallado del expediente, y tomar una decisión que agotaba el objeto del asunto, generando un daño irreversible.

La decisión de la cual me aparto constituye un abierto desconocimiento de la jurisprudencia en materia de medidas provisionales en tutela y requisitos para la IVE, pero más grave aún, es un retroceso en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, en la lucha contra la discriminación y en general, en la protección de la vida y la dignidad humana.

Fecha et supra

**CRISTINA PARDO SCHLESINGER**  
**Magistrada**