

**TRABAJO DERIVADO DE LA ACTUALIZACIÓN *IN SITU* QUE
TUVO VERIFICATIVO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL DE
COLOMBIA, LOS DÍAS 22 A 26 DE FEBRERO DE 2010.**

BECARIA: LIC. LAURA GARCÍA VELASCO.

SECRETARIA DE ESTUDIO Y CUENTA ADSCRITA A LA
PONENCIA DEL MINISTRO SERGIO A. VALLS
HERNÁNDEZ.

Marzo de 2010.

Actualización *in situ* que tuvo verificativo en la corte constitucional de Colombia, los días 22 a 26 de febrero de 2010.

En el mes de febrero pasado, tuve la oportunidad de participar en la Actualización *in situ* que tuvo verificativo en la Corte Constitucional de Colombia. Tal visita fue realmente enriquecedora, pues, dicha Corte ha sentado jurisprudencia relevante en relación con derechos fundamentales, entre otras temáticas constitucionales y se ha mostrado como una corporación de avanzada en Latinoamérica, teniendo un papel crucial dentro de un Estado Constitucional, social y democrático.

Someramente referiré la competencia y estructura de la Corte Constitucional colombiana, para, posteriormente, aludir a algunos precedentes relevantes de la misma, en cuanto al alcance de ciertos derechos fundamentales, que, precisamente, nos permitirán ver por qué se ha constituido, a lo largo de su corta existencia, en un tribunal constitucional de gran reconocimiento.

La Corte fue creada a partir de la Constitución de Colombia, de 1991. Conforme lo dispone el propio texto fundamental, tiene como función mantener la integridad de la Constitución. Dicha corporación se inscribe dentro de la estructura de la rama judicial del poder público (artículos 239 a 245 de la Constitución colombiana).

En cuanto a su estructura, la Corte se integra por nueve magistrados. Su elección compete al Senado de la República, de entre las ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los magistrados duran en su encargo ocho años y no podrán ser reelegidos.

La Corte funciona en Sala Plena, integrada por todos los magistrados, y en Salas de Revisión de Tutela, conformadas por tres magistrados cada una, así como Salas de Selección de Tutela, integradas por dos magistrados, quienes serán electos cada mes, en forma rotativa y por sorteo. Contando con la estructura administrativa correspondiente.

En cuanto a sus atribuciones, el artículo 241 de la Constitución de Colombia, dispone:

ARTÍCULO 241.- A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como

inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el presidente de la república sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su propio reglamento.

Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

De esta manera, la Corte Constitucional asumió las funciones de control constitucional que, anteriormente, correspondían a la Corte Suprema de Justicia.

Destaca como una peculiaridad del sistema de control constitucional colombiano, la existencia de la “acción pública de inconstitucionalidad” (control abstracto de constitucionalidad), que cualquier ciudadano está legitimado para interponer, constituyéndose así como en un derecho fundamental de todos los ciudadanos para asegurar la supremacía constitucional; así como el control “automático” de ciertos ordenamientos, pues, oficiosamente, la Corte podrá conocer de los proyectos de leyes estatutarias, de tratados internacionales y leyes que los aprueben, decretos legislativos expedidos por virtud de estados de excepción, y de leyes convocatorias de referendos o asamblea constituyente para la reforma de la

Constitución, por vicios de procedimiento. Siendo estos medios de control, verdaderos mecanismos de salvaguarda de la supremacía constitucional.

Por otra parte, el sistema colombiano, cuenta con la acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Constitución colombiana, que prevé:

ARTÍCULO 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Como observamos, la acción de tutela constituye el mecanismo judicial de protección de los derechos fundamentales y, a través del cual, cualquier persona puede reclamar ante los jueces dicha protección con motivo de la acción u omisión

de cualquier autoridad pública o en ciertos casos, de los particulares, correspondiendo a la Corte Constitucional la atribución de revisar dichos fallos judiciales. La Corte, en su sentencia C-037/96 estableció que se trata de una atribución “libre y discrecional”, y que tiene como finalidad unificar la jurisprudencia en la materia y sentar bases sólidas para los demás administradores de justicia, al momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales. De esta manera, es la Corte la que califica la procedencia de esta revisión en cada caso, basándose en la necesidad de unificar los criterios de interpretación de la Constitución colombiana, y dar lugar a que se elabore la doctrina constitucional e integrar la jurisprudencia sobre el alcance de principios, preceptos y reglas de la Constitución, así como corregir los errores provenientes de interpretaciones equívocas y decisiones judiciales (Auto 034/96).

Cabe precisar que dicha atribución se lleva a cabo por las Salas de Revisión de Tutela, así como que, para el caso de cambio de un criterio jurisprudencial, a quien compete decidir es a la Sala Plena de la Corte, mediante la Sentencia de Unificación. Igualmente que, a diferencia de nuestro país, en el sistema jurídico colombiano no se establece la forma o requisitos para integrar la jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional, por lo que se ha entendido que tanto sus decisiones en control abstracto, como las emitidas en las revisiones de tutela constituyen jurisprudencia; ello se ha derivado de lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución, en cuanto dispone que las decisiones de la Corte hacen cosa juzgada, así como que la declaración de inconstitucionalidad de normas lleva a que ninguna autoridad podrá reproducirlas.

Así, en este breve ensayo, nos interesa destacar el papel de la Corte Constitucional colombiana, en la protección de derechos fundamentales, a través de su atribución de revisión de tutelas, en cuya tarea, a lo largo de su existencia, ha dictado jurisprudencia sólida y uniforme en la materia.

Entre los casos de revisión de tutela más recientes y que nos parecen ejemplificativos de la importante jurisprudencia que la Corte Constitucional colombiana ha integrado en materia de derechos fundamentales, aludiremos a los siguientes:

- SENTENCIA T- 209/2008.- (Derecho a la salud, la integridad personal y la información)

La problemática toral consistió en determinar si la generalizada objeción de conciencia presentada por parte de los profesionales de la salud a quienes les correspondía la práctica de la interrupción del embarazo, la omisión en la remisión efectiva de la menor a otras instituciones de salud, así como exigir elementos probatorios adicionales a la presentación de la correspondiente denuncia penal contra el presunto violador, violentaron los derechos fundamentales de la niña.

Los antecedentes del caso son, en síntesis: La accionante ocurrió en defensa de los derechos de su hija, de 13 años, señalando que el 16 de febrero de 2007, la menor fue víctima de acceso carnal violento y que, como consecuencia de tal agresión, quedó en estado de embarazo; fue igualmente víctima de una infección de transmisión sexual y presentó daños psicológicos que la llevaron incluso a pretender suicidarse cortándose las venas; le resulta muy difícil conciliar el sueño y, con posterioridad a la agresión, continuó recibiendo amenazas por teléfono para que no delatara lo ocurrido. Que el referido hecho punible de acceso carnal violento agravado fue denunciado ante la Unidad de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, habiendo correspondido su conocimiento al Centro de atención integral a víctimas de agresión sexual (CAIVAS) de la Fiscalía General de la Nación.

La aludida menor de edad se encuentra afiliada a la entidad de prestación de servicios de salud "Cooameva", como beneficiaria de su padre, y aún cuando ha recibido terapias y ayuda psicológica tanto de la Fiscalía como de Coomeva, dicha EPS se negó a la interrupción del embarazo ordenada por el Centro de atención integral a víctimas de agresión sexual (CAIVAS) de la Fiscalía, invocando la objeción de conciencia de su staff de ginecólogos y remitiendo para tal efecto a la menor al hospital universitario Erasmo Meoz de Cúcuta.

Este hospital -después de diferentes trámites burocráticos y de manifestar que no tiene vínculo contractual alguno de prestación de servicios con Coomeva EPS, y que no se trata de una urgencia que ponga en peligro la vida de la paciente- hasta el 10 de abril de 2007 se emitió un oficio en el Departamento de Ginecología, firmado por todos los ginecólogos de la entidad, presentando objeción de conciencia en relación con la práctica del aborto.

En contra de tales actos, la madre de la menor promovió tutela, que tocó conocer al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el que, mediante sentencia del 20 de abril de 2007, negó el amparo impetrado por considerar que si bien es cierto que la menor se encuentra en estado de embarazo y que se denunció una presunta conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, que dio lugar a la correspondiente investigación penal por parte de la Fiscalía, es igualmente cierto que no aparece evidenciado que el estado de embarazo sea fruto del referido acceso carnal violento, por cuanto existen discrepancias entre la fecha en la que tuvo lugar la presunta violación y la fecha en que se dio la fecundación. Por lo que, a pesar de la existencia de la denuncia penal, no se pueda tener como claramente establecido que el embarazo sea fruto del acceso carnal abusivo, para que se presente una de las situaciones señaladas por la Corte Constitucional como generadoras de la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo. Señaló, además, que tampoco hay evidencia de la existencia de grave malformación del feto que haga inviable su vida y que, por el contrario, las valoraciones médicas dan cuenta de que la paciente se encuentra en buen estado mental y presenta un embarazo de curso normal, razón por la cual, ante la imposibilidad de declarar que concurre un patrón fáctico ajustado a los señalados por la Corte Constitucional como indispensables para que proceda la interrupción del embarazo.

La madre de la menor impugnó la aludida decisión, por considerar que se está denegando el amparo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 para la protección de los derechos de la mujer que es víctima de acceso carnal, como es el caso de su menor hija, cuyas características, afirma, permiten ubicarlo dentro de las tres situaciones previstas en la aludida providencia de la Corte como susceptibles del amparo consistente en la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta – mediante Sentencia del 07 de mayo de 2007 – confirmó la decisión impugnada, señalando, por una parte, que ni la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, ni el decreto reglamentario de la interrupción voluntaria del embarazo señalan qué procedimiento judicial habrá de seguirse por parte de la gestante o de sus representantes en el evento de que su EPS se niegue a llevar a cabo el procedimiento médico correspondiente.

Manifiesta su acuerdo con el análisis probatorio realizado por el “*a quo*”, por cuanto si el argumento para solicitar la interrupción del embarazo radica en que el mismo es producto de un acceso carnal violento que tuvo lugar el 16 de febrero de

2007 y la ecografía practicada permite concluir que cuando se produjo la violación la gestante ya se encontraba embarazada, lo menos que puede hacer el juez constitucional es denegar el amparo.

Señala que si la Corte Constitucional ha establecido que cuando el embarazo es producto de un acceso carnal violento la interrupción de aquel no es delito, ello significa que cuando se interrumpe un embarazo que no es producto de acceso carnal se está incurriendo en delito, sin que se pueda aceptar lo dicho por la Procuraduría en el sentido de que basta con establecer si la denuncia penal existe o no, ya que lo que corresponde es verificar primero la existencia del derecho y verificar luego la existencia de la amenaza o de la vulneración.

Agrega que no cree la Sala que el haber tenido en cuenta tanto las entidades accionadas como el juez de primera instancia las semanas de embarazo que presentaba la gestante en la fecha que se denuncia como la de ocurrencia del acto sexual no consentido, para negar la interrupción de la gestación, pueda considerarse como una de aquellas conductas prohibidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, por considerarlas como “*cargas desproporcionadas*” y manifiesta que, a juicio de la Sala, la Corte Constitucional no pretendió eliminar como delito la interrupción del embarazo cuando sea ostensible que el mismo no ha ocurrido por causa de un acceso carnal violento.

Ante la situación referida, en la Sentencia T-209/2008, que nos ocupa, la Sala de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional colombiana, delimita que “en el caso, la materia de estudio es verificar si la generalizada objeción de conciencia presentada por parte de los profesionales de la salud, a quienes se solicitó practicar la interrupción del embarazo, sin que hubieren remitido de manera inmediata a la madre gestante a otro profesional que pudiese practicarlo, así como la exigencia de elementos probatorios adicionales a la presentación de la correspondiente denuncia penal contra el presunto violador, hacen nugatorio el cumplimiento de la sentencia de constitucionalidad C-355 de 2006 vulnerando los derechos fundamentales de la menor en cuanto no se procedió a la interrupción del embarazo por ella solicitado respecto de una de las causales en las cuales no se incurre en el delito de aborto.”

Así pues, a fin de resolver dicha problemática, la Corte recordó que, al emitir la Sentencia C-355 de 2006, proferida en virtud de una acción ciudadana, realizó el control de constitucionalidad de los artículos 32-7, 122, 123 (parcial) y 124, éstos tres últimos modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de la ley 599 de

2000 Código Penal, en relación con la penalización del aborto. Fallo en que, sustancialmente, estableció que el legislador, mediante las normas demandadas, decidió proteger la vida en gestación tipificando como delito el aborto, medida que la Corte no encuentra desproporcionada; sin embargo, señaló que la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que, sin duda, sí es inconstitucional.

Lo anterior, según la Corte Constitucional, porque la decisión del legislador de sancionar el aborto cuando el embarazo es el resultado de una conducta constitutiva de un hecho punible como el acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, o de incesto, es manifiestamente desproporcionada e irrazonable, al constituirse en una intromisión estatal de tal magnitud que anula el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de las mujeres, al considerarlas como mero receptáculo para la reproducción, y no consulta su consentimiento para, ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, asumir un compromiso u obligación que afectará profundamente su proyecto de vida en todos los sentidos.

Determinó, además, que también resulta desproporcionado sancionar penalmente el aborto en aquellos casos en los cuales está amenazada la vida y la salud, física y mental, de la mujer gestante, pues es excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. Por último, en cuanto a la hipótesis, relacionada con las malformaciones del feto, certificadas médicamente, cuando éstas lo hacen inviable, igualmente la Corte consideró desproporcionado sancionar el aborto, pues pierde peso el deber del Estado de proteger la vida, y entrañaría la imposición de una conducta a las mujeres que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable, lo que significaría someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana. Por tanto, en dicho precedente, la Corte determinó claramente que la penalización del aborto sin distinción alguna, dando protección absoluta al valor de la vida del nasciturus, vulnera los derechos fundamentales de las mujeres. En otras palabras, mediante la sentencia C-355 de 2006, la Corte fijó que en ciertas circunstancias puede proceder la interrupción del embarazo sin que se incurra en el delito de aborto.

Así, a partir de la sentencia C-355 de 2006, en Colombia hay tres circunstancias que permiten interrumpir un embarazo sin que tal procedimiento sea ilegal, para lo cual, la madre gestante deberá acreditar encontrarse en alguno de tales eventos presentando la prueba mínima requerida para cada caso, a saber:

(i) Para el evento en el cual la continuación del embarazo ponga en peligro la vida o la salud de la mujer, se requiere que esa situación de peligro sea certificada por un médico.

(ii) Para el evento en el cual la malformación del feto sea de tal grave que lo haga inviable, se requiere que tal circunstancia sea certificada por un médico.

(iii) Para el evento en el cual el embarazo sea el resultado de acceso carnal o de acto sexual sin consentimiento, acto abusivo, inseminación artificial no consentida, transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto, se requiere acreditar solamente que el correspondiente hecho punible haya sido debidamente denunciado ante la autoridad competente.

Aclarando que, cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto.

Asimismo, en la sentencia T-209/2008, la Corte delimitó que, a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la referida Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es un derecho exclusivo de las personas, no así del Estado o de personas jurídicas, por lo que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o demás que presenten objeción de conciencia en la práctica de un aborto cuando se reúnan las exigencias señaladas para ello; los profesionales de salud pueden invocar la objeción de conciencia siempre que se trate de una verdadera “convicción de carácter religiosa debidamente fundamentada”; así como que la objeción de conciencia no es un derecho absoluto, por lo que existe la obligación del médico que se acoja a dicha objeción, remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo.

En consecuencia, dadas las circunstancias del caso en cuestión, la Corte resolvió que a la luz de la Constitución y de la sentencia C-355 de 2006, tanto las entidades accionadas como los médicos que conocieron del caso, vulneraron los derechos fundamentales a la menor, de 13 años de edad, ya que, habiendo ésta solicitado la interrupción de su embarazo, allegando copia de la denunciada en la que se afirmó haber sido objeto de violación, unas y otros se limitaron a manifestar que les resultaba imposible llevar a cabo dicho procedimiento en razón de la generalizada manifestación del ejercicio de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud que atendieron el caso, pues, se llegó al extremo de que la menor fue remitida a más de cinco instituciones de salud, sin que le hubiere sido practicado el procedimiento de IVE por ninguna de ellas, con fundamento en que todos los profesionales de la medicina presentaron objeción de conciencia, y sin que tampoco se hubiere hecho gestión alguna, por ninguno de ellos, encaminada a remitir inmediatamente a la menor gestante a un médico que sí estuviere habilitado para llevarlo a cabo. Lo que debe estar garantizado tanto por la red pública de salud como por las empresas promotoras de salud para sus afiliados, según lo dispone la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional.

Al efecto, la Corte destaca, por tanto, que si bien los profesionales de la salud tienen derecho a presentar objeción de conciencia, no pueden abusar del mismo utilizándolo como barrera para impedir, de manera colectiva o institucional, la realización del procedimiento de IVE, absteniéndose de remitir de manera inmediata de la madre gestante a otro médico que esté en disposición de realizarlo, como tampoco las entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud pueden abusar de su posición dominante imponiendo a su staff de médicos la orden de no prestar el servicio de salud que legalmente corresponde a las mujeres para la práctica del IVE, como ocurrió en el caso.

Con base en todo lo anterior, la Corte formuló las siguientes conclusiones:

Los requisitos para que el aborto no constituya delito y para que un médico pueda abstenerse de practicar un aborto aduciendo objeción de conciencia son los siguientes:

1.- El aborto no constituye delito cuando se solicita voluntariamente por una mujer presentando la denuncia penal debidamente formulada en caso de violación o de inseminación artificial no consentida, transferencia de ovulo fecundado no consentida o incesto, certificado

médico de estar en peligro la vida de la madre, o certificado médico de inviabilidad del feto.

2. Los profesionales de la salud en todos los niveles tiene la obligación ética, constitucional y legal de respetar los derechos de las mujeres.

3.- Los médicos o el personal administrativo no puede exigir documentos o requisitos adicionales a los mencionados en el numeral primero, con el fin de abstenerse de practicar o autorizar un procedimiento de IVE.

4.- La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas.

5.- La objeción de conciencia es un derecho que solo es posible reconocer a las personas naturales.

6.- La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.

7.- La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva.

8.- La objeción de conciencia debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso.

9.- La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.

10.- La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.

11.- El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE.

12.- Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el

procedimiento de IVE, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica, o en su defecto por el Ministerio de la Protección Social, conforme a las normas pertinentes.

13. El Sistema de Seguridad Social en Salud debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo.

14.- Las mujeres tienen derecho al acceso real, oportuno y de calidad al Sistema de Seguridad Social en Salud cuando soliciten la interrupción de su embarazo, en todos los grados de complejidad del mismo.

15.- El Sistema de Seguridad Social en salud no puede imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación del servicio de IVE.

16.- El incumplimiento de las anteriores previsiones da lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por consiguiente, la decisión de la Corte fue, entre otras medidas, revocar la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la actora en representación de la menor, así como la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual se confirmó la decisión de primera instancia, así como condenar en abstracto a Coomeva EPS, y solidariamente a las IPS de su red, junto con los profesionales de la salud que atendieron a la paciente, pero no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a la menor, con la violación de sus derechos fundamentales.

- SENTENCIA T-433/2008 (Derecho a la igualdad)

En este caso, se trata de una acción de tutela en contra de un club social, al no admitir como socio activo a hijo extramatrimonial del demandante, quien, al caso, actúa como su representante por ser menor de edad. El petente alega que dicha entidad social violó los derechos de su hijo, al negarle la calidad de socio, apoyándose en el inciso h del artículo 10 de los estatutos internos del club en cuestión, que establece que únicamente pueden ser miembros los hijos “legítimos”, los adoptados y los hijos legítimos del cónyuge del socio.

Los antecedentes del caso, esencialmente, consisten en que, ante la negativa por parte del club social de admitir como socio al menor, su padre, ejerció acción de tutela, respecto de la cual, el Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá resolvió conceder el amparo reclamado, ordenando *“...inaplicar la expresión “legítimos” usada en los estatutos de la Corporación “Club Los Lagartos” en el artículo 10º literal h.”*, así como también ordenó a la entidad demandada que *“dentro del término de 48 horas siguientes a la respectiva comunicación, proceda a la inscripción del menor Simón López Simmonds como hijo de socio activo.”* Al respecto, es relevante puntualizar que, el mencionado juez de primera instancia consideró que, aunque en principio resultaría improcedente la acción de tutela en el presente caso, la discriminación de la que es víctima el hijo del actor es tan ostensible y tan contraria a la Constitución que no puede continuar en el tiempo, apoyándose, al efecto, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente en la sentencia T-278/2000.

La entidad demandada (Club Los Lagartos) impugnó el fallo de primera instancia. Correspondiendo su conocimiento al Juzgado 16 Civil del Circuito, el que resolvió revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, negar el amparo reclamado. Lo anterior, basándose, primero, en que la problemática se inscribe dentro del derecho privado, por lo que toca su solución a los jueces naturales por la vía del procedimiento ordinario, al tratarse de una decisión de una institución privada. En segundo lugar, porque, a su juicio, es difícil *“... determinar si entre el menor y la accionada existe un vínculo emotivo de tal entidad que haga predicable la vulneración a la recreación, dignidad u honra y, por ende, su indefensión y afectación conexa de su desenvolvimiento social en términos prácticos conforme a los derroteros de la sentencia T-277 de 1999...”*; y finalmente, porque *“... quien aspire a ser socio de una organización conoce y acata sus propias normas, lo cual*

descarta que acepte hacer parte o continuar en una que contraría sus propios intereses o escala de valores, ello para decir que por la vía de tutela no pueden dejarse sin efectos normas privadas aceptadas previamente...”

En contra de dicha resolución de segunda instancia, el padre del menor solicita la revisión de tutela ante la Corte Constitucional. Destaca de este asunto, en primer lugar, el que la Corte reitera la jurisprudencia de esa corporación en cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra particulares, como es un club social privado, así como de la protección constitucional reforzada de los niños y niñas. En segundo lugar, y no menos relevante, la reiteración de la jurisprudencia respecto de la prohibición constitucional de dar un trato diferente a hijos “matrimoniales” y “extramatrimoniales”.

La Corte recuerda que, como ha sentado en diversos precedentes, la acción de tutela fue consagrada como un mecanismo judicial excepcional para la protección de derechos fundamentales, cuando los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o por un particular en determinadas circunstancias. En este último supuesto, la Corte reitera, que la acción de tutela procederá contra los particulares cuando se actualice alguna de las causales contempladas en el artículo 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991, puntualizando que, en relación con la procedencia de la tutela contra particulares por encontrarse el solicitante en estado de *indefensión*, la Corporación ha asumido un criterio amplio, que observa a la situación concreta del demandante frente al demandado, para establecer si existe o no tal indefensión, así como que existe presunción de indefensión cuando quien solicita la tutela es un niño, sujeto de especial protección constitucional.

Sobre este punto, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, retoma lo que ya ha dicho, en el sentido de que “por expreso mandato constitucional, los menores de edad son sujetos de especial protección constitucional. Debido a que tal condición implica el reconocimiento de su situación de extrema vulnerabilidad, el Estado tiene la obligación de brindarles protección y asistencia, así como de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos.”

También se reitera, que el derecho a la igualdad en el marco de las relaciones familiares tiene un grave impacto, y que uno de sus fines es la garantía de que los hijos no sean sometidos a tratos discriminatorios. Así, en esta materia, la Corte ha

dedicado especial atención al problema derivado de la discriminación sistemática a la que legalmente se sometió, y aún se somete, en Colombia a los hijos habidos por fuera del matrimonio. Precisa que el derecho a la igualdad tiene clara repercusión en el ámbito de las relaciones familiares, pues, conforme al inciso 4° del artículo 42 de la Carta Política de 1991, *"...los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes"*.

Por consiguiente, la Sala de Revisión refiere que, en virtud de la mencionada disposición constitucional, según la cual los hijos habidos en el matrimonio y los habidos fuera de él gozan de los mismos derechos, la jurisprudencia constitucional ha rechazado cualquier forma de discriminación entre ellos, es decir, cualquier diferencia de trato que se base únicamente en que los unos son hijos nacidos dentro de un matrimonio y los otros no.

Siguiendo esta línea argumentativa, la Sala determina que en el caso concreto la disposición estatutaria del club demandado resultaba abiertamente contraria al artículo 42 de la Constitución colombiana, sin que sea admisible el alegado de dicha demandada en cuanto la subordinación del derecho a la igualdad a la libertad de asociación, mucho menos cuando se trata de un menor de edad. Razones por las cuales, revocó la sentencia de segunda instancia, y confirmó el fallo de primera instancia, mediante el cual se ordenó a la entidad demandada inaplicar la expresión "legítimos" usada en sus estatutos, así como que, dentro del plazo que se le señala en la propia sentencia de primera instancia, proceda a la inscripción del menor de edad, como hijo de socio activo.

- SENTENCIA T-298/2004 (Licencia de paternidad, concretamente en el caso de hijos adoptivos).

De este caso, destacan varios temas de suma importancia, sobre los que se pronunció la Corte, y a los que aludiremos, casi en forma literal, a fin de no excluir ningún punto toral, a saber:

- El objeto de la acción de tutela. La Sala de Revisión, sostuvo que, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela procede para la protección de derechos fundamentales violados o amenazados por acción u omisión de

autoridades públicas (todas, salvo el legislador) o particulares (bajo ciertas circunstancias). Las expresiones acción u omisión podrían llevar a pensar que efectivamente está excluida de la tutela el conocimiento y control de elementos normativos, pues claramente el objeto directo del control es la acción u omisión; sin embargo, para la Sala, esta visión desconoce el hecho de que toda conducta (activa u omisiva) de una autoridad pública o de un particular, está sujeta a normas. En una democracia constitucional no existe conducta (activa u omisiva) que no esté protegida o sancionada normativamente. Luego, en el caso, el juez de instancia incurre en error, al sostener que la acción de tutela tiene por objeto exclusivo hechos y que le está vedado al juez de tutela pronunciarse sobre leyes. Con todo, podría entenderse la afirmación del juez en el sentido de que está excluida de la acción de tutela el control de constitucionalidad de Leyes de la República, pues para ello está instituida la acción pública de inconstitucionalidad. Así pues, *prima facie*, la Corte comparte el argumento del juez de instancia, en cuanto que la acción pública de inconstitucionalidad es el medio ordinario de defensa de los ciudadanos para lograr que el sistema jurídico sea respetuoso de los mandatos constitucionales y, por consiguiente, que exista un medio específico de protección que excluye la acción de tutela.

No obstante tal situación, para la Sala de Revisión, un análisis más complejo del asunto obliga a tomar distancia de dicha apreciación, recordando, al efecto, que ya en varias decisiones, la Corte ha indicado que tratándose de incompatibilidad entre un precepto legal y la Constitución, existe el deber de los jueces y las autoridades administrativas, y en su caso de algunos particulares, de inaplicar dicho precepto a fin de asegurar el cumplimiento del mandato del artículo 4° de la Constitución, consistente en que: *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. Por tanto, en estos eventos, la acción de tutela “tiene por objeto” leyes de la República y no se limita a verificar meros hechos. Así también, la Corte ha señalado que los jueces de la República tienen el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando adviertan en un caso concreto que existe incompatibilidad entre la norma legal (o de inferior jerarquía) a aplicar y la Constitución, de suerte que la constitucionalidad de una decisión judicial queda en entredicho cuando se abstiene de cumplir dicho deber. Este último resulta más imperioso tratándose de jueces de tutela, en virtud de que su función constitucional es, precisamente, la protección de los derechos fundamentales. Por lo que, mientras que los jueces ordinarios tienen el deber de inaplicar la ley contraria a la Constitución, por tratarse de una obligación a la cual están sujetos todos los funcionarios públicos, tratándose de jueces de tutela, este

deber es específico, por corresponder al ámbito funcional propio de la jurisdicción constitucional.

En consecuencia, la Sala de Revisión concluye que, en el caso, el juez de instancia tenía la obligación de considerar la eventual violación de la Constitución en los términos expuestos por el demandante y, de encontrar incompatible el último inciso del artículo 1 de la Ley 755 de 2001 con la Constitución, debía inaplicarla.

Conducta legítima. En virtud de que el demandado alega que, al respetar el contenido normativo de la Ley 755 de 2001, se encontraba bajo una situación de “conducta legítima” que, en los términos del artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, excluye la procedencia de la tutela, la Sala de Revisión determina, al respecto, que, en primer lugar, la Corte Constitucional ya ha señalado que la “conducta legítima” sólo es causal de improcedibilidad de la tutela de los derechos, mas no de la acción, así como que dicha figura tiene por objeto proteger la confianza legítima de los ciudadanos en el sistema jurídico y, básicamente, otorgar un razonable margen de seguridad jurídica y certeza en la evaluación de la conformidad de sus conductas con el orden jurídico. No obstante lo anterior, dicha seguridad no se agota en el respeto por el orden legal, sino que ha de comportar la compatibilidad de la conducta con el orden constitucional. Por lo que, el demandado no podía escudarse en la Ley 755 de 2001 si con ello violaba los derechos fundamentales del demandante. Tenía el deber de adecuar su comportamiento al mandato constitucional.

Asimismo, la Sala puntualiza que, en relación con lo así establecido, se podría argumentar por la demandante, que las E.P.S. son garantes de los derechos fundamentales a la salud de los afiliados a las respectivas entidades y, dada la naturaleza de los recursos que administran, así como el carácter prestacional del derecho a la seguridad social, en la materia existe una absoluta reserva de ley, de manera que “adecuar su comportamiento al mandato constitucional” implicaba, precisamente, la irrestricta observancia del tenor legal.

Al respecto, la Sala precisa que, en tanto este argumento está ligado a la idea de que los derechos prestacionales no tienen rango fundamental, se ocupará de esta materia.

Derechos prestacionales, contenidos económicos y derechos fundamentales. Se precisa que, desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional ha perfilado los

contornos de un concepto complejo de derecho fundamental, concluyendo que dos elementos son determinantes en la calificación de un derecho constitucional como fundamental, a saber: (i) su relación estrecha con la dignidad humana y, (ii) que se deriven derechos subjetivos del mismo.

En esa línea, la Sala alude, primero, a la sentencia SU-225 de 1998, en la cual la Corte subrayó el segundo elemento en los siguientes términos: *“Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos - directa o indirectamente - en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata”*. Así como, se dejó en claro que en principio son fundamentales los derechos de libertad, pero que *“en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales”*. Posteriormente, que en la sentencia T-227 de 2003, definió el derecho fundamental como aquel que *“funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”*. Por tanto, advierte la Sala que la apreciación del carácter fundamental de un derecho es complejo, debiéndose considerar elementos sistémicos, pues la traducibilidad de un derecho en derechos subjetivos opera de diversas maneras.

Refiere, además, que en cuanto a los derechos económicos y sociales, en sentencia T-859 la Corte indicó que en materia de salud, al superarse el momento de la indeterminación por medio de la regulación legal en la materia, se tornaba en fundamental el derecho a recibir la atención, bienes y servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud. Aclarando que esta decisión constituye un desarrollo del análisis realizado por la Corte en sentencia SU-111/1997, en la cual se indicó que *prima facie* los derechos sociales no son fundamentales en su componente prestacional, en la medida en que su goce depende de las medidas y desarrollos adoptados democráticamente.

Partiendo de lo anterior, se determina que no resulta admisible que de plano se rechace el carácter fundamental de un derecho por su carácter prestacional, sea que se trate de un derecho de libertad o uno social y económico, en virtud de que serán los desarrollos normativos en torno a dichos derechos los que determinen dicha calidad.

Así pues, la Sala advierte que la licencia de paternidad contemplada en la Ley 755 de 2001 es un derecho complejo que tiene distintas calidades según los beneficiarios de la misma. Por un lado, respecto de los hijos cuyos padres gozan del derecho, la Corte ha señalado que se trata de un desarrollo del derecho

fundamental (C.P. art. 44) al “cuidado y al amor” y, a su vez, en relación con el padre, la licencia de paternidad constituye un desarrollo del derecho a la seguridad social dirigido a asistirle en el cumplimiento de un deber constitucional. El segundo inciso del artículo 44 de la Carta establece que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral”. Por tanto, para la Corte, la Constitución coloca como primer obligado de este deber a la familia, la cual está integrada tanto por el padre como por la madre. En este sentido, los padres asumen el carácter de garantes de los derechos de los menores y, en primerísimo lugar, sus propios hijos.

De igual forma, la Corte ha sentado que también el Estado tiene la obligación de adoptar medidas dirigidas a lograr el cumplimiento de dicho deber. Para tal efecto, ha de rodear a la familia de garantías específicas que les permita asistir al menor y que no se traduzca en frustración de sus propios derechos fundamentales. Claramente, la posibilidad de dedicar un tiempo invaluable a atender y cuidar al menor dependen en buena medida de la existencia de mecanismos económicos de asistencia, de manera que tal dedicación no se traduzca en mengua de unos recursos, también necesarios para brindar atención y cuidado, lo que, necesariamente, se vincula con la función constitucional del sistema de seguridad social. Por consiguiente, el pago de la licencia de paternidad constituye un derecho subjetivo del padre del menor, inscrito como desarrollo del derecho a la seguridad social. El componente económico del derecho se encuentra, por lo mismo, protegido en cuanto es condición necesaria para su realización.

En razón de lo anterior, la Sala concluye que, respecto de la licencia de paternidad, no puede aducirse su carácter económico para negar su calidad de derecho fundamental. Tanto la protección de los derechos de los menores, como el goce del derecho a la seguridad social del adulto, dependen del pago de la licencia.

Ahora bien, para la Sala de Revisión no pasa inadvertido que el demandado podría aducir que lo expuesto resulta claro respecto de los niños biológicos y sus padres, pero no tratándose de hijos adoptivos pues, precisamente, el carácter fundamental de este derecho de contenido prestacional depende de las condiciones impuestas por el legislador, el que, reservó al Gobierno la reglamentación para extender el derecho a la licencia de paternidad, lo cual no ha ocurrido y, por tanto, no existe un mandato legal previo que autorice la prestación.

Licencia de paternidad y niños adoptados.

En razón de que, en el caso, la argumentación del demandado gira en torno al contenido normativo del último inciso del artículo 1 de la Ley 755 de 2001, por lo que es crucial la interpretación que se dé a dicho numeral, en cuanto se corresponda con la protección de los derechos fundamentales.

Dicho numeral establece las siguientes reglas:

- a) todo padre de hijo biológico tiene derecho a una licencia de paternidad (la ley fija las condiciones para su goce).
- b) las E.P.S. están obligadas a cubrir el período de licencia (la ley fija las condiciones para su goce).

En relación con niños adoptivos y prematuros, el legislador adoptó la siguiente fórmula:

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

El demandado sostiene que de esta fórmula se desprende que sólo hasta que el Gobierno reglamente la materia, existirá la posibilidad de que se “extienda” el beneficio de la licencia de paternidad a los padres de hijos adoptivos.

Al respecto, la Corte establece que la redacción del mencionado inciso no es absolutamente clara, pues, la expresión “autorizará”, genera enormes dudas hermenéuticas, observando que podrían intentarse dos aproximaciones: que no se ha autorizado al Gobierno para que aplique el parágrafo a padres adoptivos y que en el futuro se hará o bien, que se autoriza al Gobierno para que aplique a tales padres la ley. A partir de diversas consideraciones, la Sala arriba a la conclusión de que dichas hipótesis resultan inconstitucionales, por lo que la interpretación que la E.P.S. hiciera de las reglas fijadas en el artículo 1 de la Ley 755 de 2001 no podía acoger ninguna de las hipótesis planteadas, conforme al principio hermenéutico de interpretación conforme, según el cual *“cuando una norma puede entenderse en dos o más sentidos, debe preferirse aquel que se ajuste mejor a la Carta Política”*.

La Corte arriba a la conclusión anterior, señalando que no resulta constitucionalmente válido interpretar que estén excluidos del derecho en cuestión, los padres de hijos adoptivos, en razón de que, por una parte, se tiene que la licencia de maternidad no hace distinciones entre hijos adoptivos y biológicos, como tampoco ocurre cuando el padre es viudo o soltero (carece de cónyuge o compañera, en los términos de la Ley 50 de 1990) y sólo establece la diferencia tratándose de niños adoptados que tienen padre y madre; que el legislador sólo ha previsto una hipótesis en la cual un hijo no tiene derecho a que su padre lo acompañe y cumpla, con asistencia estatal, el deber de cuidar y brindar amor a sus hijos: padre no viudo o soltero con hijo adoptivo. Luego, no puede predicarse que exista un interés en proteger exclusivamente al hijo nacido dentro de la familia, sin que la Corte advierta la existencia de un fin imperioso que explique la exclusión del caso del padre de hijo adoptivo de la licencia de paternidad. Por el contrario, para la Sala, conforme al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (en los términos de las leyes 50 de 1990 y 755 de 2001), resulta claro que el legislador ha brindado protección al menor adoptado en anteriores oportunidades, lo que no explica porqué resulta imperioso limitarse a extender la licencia al padre biológico. Máxime que, en todo caso, el padre está en la obligación de cotizar al sistema de seguridad social, razón por la cual no puede inferirse que se generen gastos mayúsculos si se extiende al padre adoptivo.

Por otra parte, la Corte establece que el considerar que la delegación al Gobierno para que determine, de manera general y en abstracto, si los padres de hijos adoptivos tienen derecho a la licencia de paternidad, también es incompatible con la Constitución, si tal asunto corresponde a un elemento estructural del sistema de seguridad social. Esto es, la definición de cuáles padres tienen derecho a la licencia de paternidad no es un asunto que sea competencia del Gobierno, al corresponder, precisamente a la estructura del propio derecho.

Potestad reglamentaria y goce de los derechos. Así, para la Sala es una tercera hipótesis la que se corresponde con la Constitución, consistente en asumir que el legislador ya ha configurado el derecho, habiéndose habilitado al Gobierno para su reglamentación. Supuesto en el que, no existe razón alguna para que la E.P.S. demandada se hubiese abstenido en reconocer la licencia de paternidad para el demandante.

Lo anterior, puntualiza la Sala de Revisión, porque la función reglamentaria conferida al Ejecutivo tiene por objeto suplir situaciones de indeterminación

derivados de la regulación que adopte el legislador y que tornan difícil individualizar alguno de los elementos de un derecho, lo que de ninguna manera implica que el legislador deje a la absoluta indeterminación el desarrollo de un derecho, sino que el legislador tiene la potestad para delimitar de manera amplia o más precisa las condiciones de goce de un derecho, la definición de sus titulares, etc.

Así, cuando los elementos centrales y básicos de un derecho se han definido por el legislador, de manera que no exista duda alguna sobre el titular del derecho, el obligado, las condiciones de acceso al derecho y el contenido de la obligación, al Ejecutivo sólo le resta adoptar reglamentos que definan aspectos operativos del goce del derecho.

Por tanto, para la Sala, en el presente caso, el legislador superó toda indeterminación relevante para el goce del derecho a la licencia de paternidad, por lo que su efectividad no está sujeta a que se expida una reglamentación en la materia. De ahí que la E.P.S. tenía la obligación de reconocer la licencia de paternidad al demandante.

No afectación del mínimo vital e improcedencia de tutela transitoria. En el caso, el demandado alegó, además, que la tutela no debería prosperar por cuanto no existe afectación al mínimo vital de la familia, habida consideración del sueldo del demandante y del hecho de que ambos laboran.

Al respecto, la Corte sostiene que comparte parcialmente este argumento, pues efectivamente, en el caso, no se observa que esté en peligro el mínimo vital de la familia, pues *prima facie* cuentan con recursos para atender sus necesidades y financiar la estadía del padre en el hogar durante el término de la licencia; sin embargo, añade, ello no se traduce en la improcedencia de la tutela, en tanto que, como ha analizado, el objeto de protección de la figura de la licencia de paternidad lleva a que el aspecto económico se convierte en un elemento de solidaridad para asistir al cumplimiento de un deber del padre: brindar amor y cuidado al hijo menor. Lo que lleva a considerar que el reconocimiento económico, en este orden de ideas, *no siempre está dirigido a asegurar la financiación, sino también a mantener el flujo de recursos familiares, elemento indispensable para lograr condiciones de tranquilidad, requeridas para la dedicación exclusiva a las labores de cuidado y amor hacia el menor.*

Finalmente, la Corte también observa que podría aducirse que el demandante cuenta con otro medio de defensa judicial en este caso, pudiendo acudir a la justicia ordinaria, lo cual, contesta la Sala, ordinariamente, ha de ser el conducto regular, pues claramente el legislador ha asignado a la justicia laboral la tarea de resolver las controversias originadas en materia de seguridad social. Empero, las condiciones actuales de congestión judicial no garantizan una pronta decisión, siendo que, en este caso, la ausencia de una pronta decisión conduce a hacer nugatorio el derecho, pues es necesario garantizar la presencia del padre en las etapas iniciales de la conformación de la familia adoptiva.

Por todo lo anterior, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, resuelve **revocar** el fallo impugnado, y en su lugar **conceder** la tutela de los derechos fundamentales del demandante y su hija menor y, ordena a COMPENSAR E.P.S que, en el término de cinco días a partir de la notificación de la sentencia, proceda a reconocer al demandante la licencia de paternidad solicitada.

- SENTENCIA T-948/08 (Derechos a la igualdad, la educación, el trabajo, a escoger profesión u oficio y al libre desarrollo de la personalidad)

Los antecedentes de este caso son que el actor es un estudiante de auxiliar de enfermería y se le exige como requisito para graduarse cuatro practicas en diferentes áreas de la medicina, de las cuales ha realizado dos, satisfactoriamente. No obstante, al disponerse a realizar el tercer ciclo de prácticas, el director del hospital correspondiente, le prohibió hacerlo al ser portador del virus de VIH/sida, pues, a su juicio, ello constituía un riesgo tanto para los pacientes como para el demandante.

La Sala de Revisión señala que, para resolver el caso, abordará la jurisprudencia que esa Corporación ha sentado en relación con: **(i)** El derecho fundamental a la igualdad y el juicio de igualdad; **(ii)** la protección constitucional especial de personas portadoras de VIH/SIDA y la prohibición de discriminación por esta condición; y por ultimo **(iii)** la solución del caso concreto.

Así, reiteró que, de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución colombiana, es obligación del Estado promover las condiciones para que la igualdad se materialice de manera real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos discriminados o marginados, con protección especial para aquellas personas que por su condición

económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Puntualiza que “(...) se han identificado como motivos discriminantes la religión, el sexo, la raza, la opinión política o filosófica, el origen social, familiar o nacional, la lengua y la condición física entre otros; o dicho de otra manera cualquier razón o motivo que se funde en prejuicios o estereotipos sociales cuya finalidad sea la exclusión (...)”. Agregando que en estos supuestos procede ejercer la acción de tutela, así como que, al efecto, la Corte ha diseñado diversas herramientas analíticas para establecer si en un caso concreto, se configura la vulneración del derecho a la igualdad, estableciendo, por ende, en diversos precedentes los parámetros que permiten activar un juicio de proporcionalidad o test de igualdad, a partir de examinar (i) si la medida es o no **adecuada**, es decir, si constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente imperioso (**Adecuación**); **(ii)** si el trato diferente es o no **necesario** o si existe otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto (**Necesidad**); y por último, **(iii)** se debe realizar un análisis de **proporcionalidad** en sentido estricto, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los resguardados con la medida atacada (**Proporcionalidad**).

Añade que, de acuerdo a su propia jurisprudencia, se ha fijado que es relevante considerar el rigor con el que deberá estudiarse cada caso al momento de aplicar el referido test, a saber: **(i) estricto**, el cual se utiliza cuando la medida está fundada en un criterio sospechoso o recae sobre personas en situaciones de debilidad manifiesta; **(ii) intermedio**, cuando se trata de acciones positivas o afirmativas y/o la medida es potencialmente discriminatoria; y **(iii) flexible**, cuando se ha basado en un criterio neutro y en principio no genera sospecha.

Así, en el asunto que nos ocupa, la Sala estableció que debe aplicarse un criterio estricto de razonabilidad, en virtud de que la medida restrictiva impugnada se apoya en un criterio sospechoso (estado de salud del accionante por ser portador del VIH); y, además, porque con dicha medida podrían estarse restringiendo ilegítimamente derechos fundamentales, tales como a la educación o el derecho a la libertad de elección de profesión u oficio, entre otros de una persona que por su condición de salud se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

Indica que, tratándose de personas portadores del virus VIH/sida, la jurisprudencia de la Corte los ha protegido en diversos ámbitos como son el de seguridad social, laboral, penitenciario, etcétera. Siendo contundente al establecer que la mera condición de ser portador de una enfermedad de ese tipo, no es un argumento válido para discriminar a una persona en ningún contexto.

Al respecto, la Sala puntualiza que *“... Las personas portadoras del VIH o que padezcan sida son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto se trata de una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. En consecuencia, es deber del estado Colombiano adoptar las medidas indispensables para garantizar su inclusión en la sociedad y protegerlos en los distintos niveles en que suelen ser discriminados...”*

Por otra parte, la Sala de Revisión alude a que tratándose de la protección y la prohibición de discriminación, concretamente de las personas portadoras del virus VIH/sida, esa Corporación ha resuelto múltiples asuntos en los que ha tocado esa temática, haciendo una reseña de los mismos; aspecto éste de la sentencia que, al ejemplificar en mayor medida, la trascendencia que tienen estas decisiones en materia de la protección de derechos fundamentales, y que han consolidado a la Corte Constitucional Colombiana a lo largo de los años que lleva funcionando, estimamos obligado transcribir:

(...) 4.3 Igualmente y obrando en consecuencia con los postulados establecidos por la Constitución de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido eminentemente garantista de este grupo poblacional que por distintas causas se halla discriminado en nuestro país. De esta manera, la Sentencia T-769/07, se refirió a las consecuencias de dicha enfermedad y a las medidas que deben adoptarse por el Estado para la protección efectiva y real de los derechos fundamentales de dichas personas, dijo entonces:

“ (...) en cuanto al tratamiento particular que merecen las personas que padecen esta enfermedad, la Corte ha establecido que el punto de partida que debe ser considerado, desde la perspectiva constitucional, es el reconocimiento de su calidad de sujetos de especial protección. Tal consideración surge como consecuencia del deber de integración que el

Estado ha asumido con los grupos discriminados o marginados, tal como fue establecido en el inciso 2° del artículo 13 superior.

“La grave afección producida por las distintas formas de segregación se opone a la realización plena del Estado Social de Derecho y exige actuaciones positivas de parte del Estado encaminadas a garantizar las condiciones objetivas necesarias para el efectivo goce de sus libertades.

“Así, como corolario de las anteriores consideraciones, esta Corporación ha concluido que los portadores del VIH son sujetos de especial protección.

De igual modo, en Sentencia T-1218 de 2005, esta Corporación señaló lo siguiente: “Su enfermedad los hace particularmente vulnerables a todo tipo de segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población propensa a ver vulnerada su dignidad y sus derechos a la igualdad, intimidad, salud, seguridad social y trabajo”¹.

4.3.1 Así mismo, en la Sentencia T-843 de 2004², sobre la protección del derecho a la salud de los portadores de VIH o de personas que padecen sida, manifestó:

“(…) con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana³ de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios⁴. También ha sostenido que “este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación”⁵.

¹ En el mismo sentido, sentencias T-469/04 y T-434 de 2006.

² También pueden consultarse las sentencias: T-070/02, T-843/04, T-1071/04, T-262/05, T-577/05, T-434/06, T-490/06, T-1041/06, T-422/07, entre otras.

³ Cfr. Sentencia T-505 de 1992.

⁴ Cfr. Sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996.

⁵ Cfr. T-1283 del 3 de diciembre de 2001

4.3.2 De otra parte, en materia de reconocimiento de pensiones de invalidez, de manera excepcional ha ordenado el reconocimiento de las mismas, sobre la base de la protección especial que la Constitución consagra para las personas con VIH o sida, tal es el caso de las Sentencias T-417/97, T-1282/05, T-1064/06, T-T-628/07 y T-077 /08, entre otras.

4.3.3 Igualmente, en el campo laboral la jurisprudencia de la Corte ha prestado una especial atención, ya que precisamente en este contexto se pueden presentar distintas formas de discriminación y afectación de derechos fundamentales. Al respecto, en la Sentencia T-469/04 la Corte puntualizó:

“(…) resulta de trascendental importancia advertir y reconocer que la epidemia del virus de inmunodeficiencia humana tiene en la actualidad una importante connotación en el ámbito laboral. No sólo por el impacto social y económico que genera el hecho de que la mayoría de las personas infectadas con este virus se encuentran en edad productiva, amenazando el sostenimiento económico de los trabajadores y sus familias, sino también porque el lugar de trabajo constituye una de las áreas fundamentales para evitar la propagación de la infección, a través de la adopción de precauciones y medidas necesarias para garantizar un ambiente sano y seguro (...).

“Una actitud discriminatoria en el lugar de trabajo, además de vulnerar los derechos fundamentales de las personas infectadas, anula o reduce los esfuerzos por promover la prevención de la propagación de la epidemia y deteriora gravemente la situación del infectado. Al dolor físico derivado de la enfermedad, se le agrega el sufrimiento moral por la estigmatización social que aparece una discriminación en el ámbito laboral, y en algunas ocasiones inclusive, también una preocupación por las condiciones económicas derivadas de mayores gastos médicos y menos oportunidades para ser laboralmente productivo. (Subrayados por fuera del texto original”.

Como se puede ver, la jurisprudencia aplicando un criterio proteccionista de los enfermos y portadores del (VIH/sida) en el contexto laboral, ha buscado que coexistan la enfermedad con los

derechos al trabajo y a la dignidad, permitiendo de esta manera que la persona, a pesar de su condición de salud, pueda acceder a los bienes y servicios elementales para su subsistencia y la de su núcleo familiar, sin afectar los derechos de los demás.

Así, cuando se ha despedido de manera unilateral a un empleado debido a su condición de portador o enfermo de (VIH/sida), la jurisprudencia de la Corte ha encontrado que tal trato constituye una discriminación inaceptable, evento en el cual procede el amparo de tutela y el respectivo reintegro laboral como mecanismo de protección ante la debilidad manifiesta de los trabajadores.

Relacionado con la protección de los portadores de VIH/sida en el ámbito laboral, se puede consultar la reciente Sentencia T-295 de 2008 o las sentencias SU-256/96, T-826/99, T-066/00, T-040A/01, T-519/03 T-469/04, T-689/04, T-530/05, T-1218/05, T-385/06, T-1003/06, entre otras.

4.3.4 De otra parte y relacionado con la protección del derecho a la igualdad de los portadores del VIH/sida, en la Sentencia T-1162 de 2001, se identificó como conducta discriminatoria la negativa de una aseguradora de expedir una póliza de vida a favor de dos personas, bajo la excusa de ser portadores del VIH. En dicho caso la Corte manifestó:

“Esta conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de vih, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida. No hay ninguna disposición legal, que así lo contemple y de existir dicha disposición desconocería los postulados constitucionales”.

Igualmente, en la Sentencia T-465 de 2003, se consideró injusta la desvinculación de las fuerzas armadas de un portador del VIH. En este caso la decisión de desvincular al portador se debió a que en una donación de sangre se le detectó el virus, teniendo como consecuencia el retiro de la institución castrense. En este asunto la Corte, sostuvo lo

siguiente: *“como la decisión de desvincularlo fue discriminatoria contra un portador de VIH, se ordenará que el accionante sea reintegrado a la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova".*

“No obstante lo anterior, la Sala subraya que si bien en la actualidad el accionante es un portador asintomático del VIH, este virus podría desarrollarse. Así pues, en caso de que el alférez XX presente síntomas que le hagan imposible o le dificulten significativamente, de acuerdo con parámetros objetivos y razonables, cumplir con las obligaciones propias de la carrera militar, él podrá ser asignado dentro de la Institución Castrense para el desempeño de una actividad acorde con su situación y podrá ser evaluado periódicamente de conformidad con las normas vigentes, sin que pueda volver a ser objeto de un trato discriminatorio, como se dispondrá”.

En similares circunstancias se estudió el caso contenido en la Sentencia T-816/05, en el que una persona pretendía ingresar al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, habiendo aprobado los distintos exámenes requeridos para el ingreso a la institución. En este caso la policía consideró no apto al accionante en la medida que se trataba de una persona “infectada” con el VIH. Consiguiente con el precedente de la materia y protegiendo el derecho a la igualdad, la Corte manifestó:

“Es de resaltar que si bien la decisión de declarar no apto al portador del virus de VIH se fundamenta en fines legítimos, no los cumple, pues es claro para esta Sala que la condición del señor, aunada al desarrollo de las actividades académicas de la Escuela Nacional de Policía e incluso a las que son propias de la Policía Nacional, no constituye ninguna amenaza para su vida, para la de sus compañeros y, mucho menos, son contrarias a la prevalencia del interés general. Por ende, la actuación de la entidad demandada en el proceso de admisión y selección que siguió el actor, como aspirante a ser integrante del curso de nivel ejecutivo de la institución, no se compece de los mandatos constitucionales expuestos en las consideraciones generales de esta sentencia.

“Dichos mandatos –cabe reiterar– deben orientar y dirigir sus actuaciones en el ámbito social y público. Así bien, el examen del desarrollo del proceso de selección, orientado por el protocolo de

admisiones de la Escuela Nacional de Policía “General Santander”, permite colegir una clara discriminación en contra del actor, cuando le considera “no apto”, tan solo por su condición de portador sano del virus.

“La aplicación autónoma del reglamento de la Escuela no es justificada y, debe señalar esta Sala, constituye, tal y como lo dijo el Juez de primera instancia en el trámite de la presente acción, una manifiesta violación del derecho a la igualdad del actor. Resulta imperante señalar que, en contra de lo que adujo el representante de la Escuela “General Santander” en su escrito de impugnación, alegando que no aplicar el reglamento al peticionario habría sido una discriminación injustificada de los demás postulantes para ingresar al curso, el derecho a la igualdad contenido en la Constitución de 1991 se concreta en un ejercicio material de éste derecho y no en la mera expectativa de los ciudadanos frente a la aplicación de las normas” (...)

“Esta Sala encuentra que más allá de toda duda, como lo señalan las pruebas obrantes en el expediente, el actor ha sido víctima directa de una discriminación que, consecuentemente, ha vulnerado sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y con ello, a escoger libremente profesión u oficio. Lo que amenaza inevitablemente su plan de vida.”⁶

En particular, la Corte, en Sentencia T-301 de 2004, y a propósito del juicio de igualdad aplicando el test de proporcionalidad a un caso de un trabajador sexual gay que demandó al comandante de policía del Magdalena por considerar que los agentes bajo su mando vulneraron sus derechos fundamentales con ocasión de la prohibición expresa de ubicarse en cierto sector de la ciudad Santa Marta.

En dicho caso el actor aseguró que las detenciones y los hostigamientos eran debidos a su preferencia homosexual. El comandante de policía del Magdalena entre otros argumentos, manifestó que si bien en otros lugares la conducta de personas homosexuales es normal, en la costa caribe colombiana aquellas

⁶ Sentencia T-816/05

manifestaciones daban al traste con las buenas costumbres de los “ciudadanos de bien”. Igualmente informó que el comando de policía había sido notificado de la presencia de una persona con VIH en el sector. Por tal razón, en cumplimiento de su deber de proteger la salubridad pública procedieron a realizar detenciones administrativas de algunos ciudadanos con el fin de constituir bases de datos e identificar al portador.

En la citada providencia la Sala Séptima de Revisión aplicando un test estricto por cuanto el fundamento del trato discriminatorio se basó en criterios sospechosos –condición sexual y salvaguarda de la moral pública, manifestó:

“(…) no se ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido –la guarda de la moral social- con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto. Es necesario reiterar que el hecho de tener cierta preferencia sexual (que no dañe derechos de terceros) hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación, sin que ello pueda ser limitado por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía”.

(…)

“(…) es evidente que las disposiciones tomadas por la policía del Magdalena son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello. La pretensión de conformar bases de datos de las personas portadoras del VIH planteada por el comandante de policía como uno de los motivos para detener administrativamente al actor, vulnera sus derechos a la libre circulación, a la dignidad humana y a la intimidad –entre otros -. La policía departamental no está incluida entre los entes que pueden recopilar esta información –mucho menos teniendo en cuenta que pretenden utilizarla para señalar al portador...”.

Posteriormente, en la Sentencia T-577 de 2005, se examinó el caso de un interno de la Cárcel la Modelo de Bogotá, que consideraba afectado

su derecho fundamental a la igualdad al ser confinado, en razón de ser portador del VIH/sida, en el patio Nuevo Milenio y al impedírsele la circulación por los otros pabellones en los cuales se hallaban los talleres para redimir pena.

Lo anterior se fundamentó en que los presos de dicho patio solo contaban con unas pocas horas a la semana de capacitación en tejidos y unos cuantos cupos en otras actividades, lo cual impedía redimir pena en igualdad de condiciones con los demás internos del penal.

El Director del centro carcelario, informó que dichas medidas restrictivas de la circulación de los internos portadores del VIH por los otros pabellones en donde laboraban los demás internos, obedecía a razones de salubridad y seguridad de éstos últimos, así como del personal administrativo y funcionarios de la cárcel. Igualmente señaló que los internos del patio Nuevo Milenio representaban un peligro para los demás, por cuanto la mayoría de ellos eran “homosexuales” y se trataba de “una población que poco se protege en sus relaciones sexuales”, lo cual implicaría “la propagación del virus”. Por dichas circunstancias, se dificultaba el desarrollo y la implementación de programas laborales y educativos de redención de pena para los internos portadores del VIH.

La Corte utilizando un test estricto de razonabilidad por cuanto el fundamento del trato discriminatorio se trató de un criterio sospechoso –estado de salud, por ser portador del VIH/sida y porque el fin perseguido con la actuación administrativa era la salvaguarda de la salubridad (concepto extremadamente vago) concedió el amparo solicitado y ordenó la implementación y puesta en marcha de todas las medidas necesarias para que el interno pudiese desempeñar actividades laborales y educativas de redención de la pena, en igualdad de condiciones que los reclusos de los demás patios, bajo los siguientes argumentos:

“La medida restrictiva de la libertad de circulación por el penal del demandante y de los demás internos del patio Nuevo Milenio no resulta necesaria para garantizar el valor constitucional que se pretende hacer prevalecer, pues existe una presunción de que las directivas de la cárcel

se encuentran en capacidad de implementar otro tipo de medidas que garanticen la salubridad y el orden en su interior y que impliquen menor sacrificio de los derechos fundamentales de los internos que conviven con el VIH/SIDA.

“Más aun, es relevante hacer notar que la medida obedece a prejuicios y al estigma del que son objeto quienes conviven con este virus y, con base en ello, no es válido que las directivas de la cárcel vulneren sus derechos fundamentales. Es evidente que las disposiciones tomadas por las directivas de la Cárcel Modelo de Bogotá son desproporcionadas y sacrifican valores constitucionales, sin que medie razón suficiente para ello.

“El confinamiento casi absoluto de las personas portadoras del VIH implementado por las directivas del centro carcelario demandado para prevenir la propagación de esta enfermedad, vulnera los derechos del demandante a la igualdad y a la dignidad humana –entre otros -.

“Además, desdibuja el fin resocializador de la pena privativa de la libertad y lo pone en condición de desigualdad frente a los demás internos del penal, por cuanto, aquellos, a quienes se les permite trasladarse y desempeñar las diferentes actividades para redimir su pena, podrán obtener su libertad antes que éste último, de haber sido condenados a una pena privativa de la libertad de igual duración que la impuesta al actor.

“Esta Sala estima que el confinamiento al que son sometidos estos internos configura una de las llamadas medidas paternalistas, pues es una imposición del Estado que obedece a la visión mayoritaria de bien común y bienestar general. Empero, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho no son constitucionalmente válidas dichas manifestaciones paternalistas, pues sus consecuencias son, generalmente, la restricción desproporcionada de derechos fundamentales.

En conclusión, de los casos presentados anteriormente se puede observar que la jurisprudencia de la Corte ha protegido a las personas

portadores del VIH/sida en distintos ámbitos como el de la seguridad social, tanto a nivel de salud como pensiones, dentro del contexto laboral, penitenciario, de convivencia, etc. Del precedente expuesto subyace un argumento sencillo pero contundente, que se traduce en que la mera condición de ser portador de una enfermedad como el VIH/sida, no es argumento válido para discriminar a una persona en ningún contexto. (...)

Partiendo de todas estas consideraciones, la Corte Constitucional determinó que, en el caso concreto, el impedir al accionante la realización de las prácticas a un estudiante portador de la enfermedad VIH/sida es desproporcional e innecesaria, al existir una alternativa a la decisión de negar de manera absoluta dichas prácticas, dado que el hospital en cuestión, como institución prestadora de servicios de salud estaba en la obligación de proveer las medidas generales de bioseguridad y garantizar de esta manera la disponibilidad de los medios de protección para todo el personal a través del programa de salud ocupacional.

En consecuencia, en la sentencia se ordena al gerente del Hospital que implemente todas las medidas necesarias para que le sea permitido al estudiante desarrollar las prácticas profesionales en igualdad de condiciones que los demás estudiantes de su profesión, para lo cual le indica que, por conducto del área que corresponda, según el estado inmunológico del actor, deberán establecer qué tipo de medidas preventivas se desarrollarán en ejercicio de las prácticas, absteniéndose de participar en actividades y/o procedimientos que conlleven el riesgo de transmisión de la enfermedad a otros o que representen riesgo de doble vía.

- SENTENCIA T-966/08 (Derecho a la vida digna y la familia)

Hechos que dan origen a esta acción: la actora fue capturada por las autoridades colombiana en virtud de una solicitud de extradición formulada por los Estados Unidos de América cuando se encontraba en estado de embarazo, calificado como de alto riesgo. Tal situación fue informada a la Presidencia de la República, en cuanto el riesgo en que se encontraba la actora, solicitándole que la extradición fuera pospuesta o al menos que la madre no fuera separada de su hijo, el cual nació prematuro y con problemas de salud.

Por tanto, dicha persona, considerando que las actuaciones tendientes a su extradición, realizadas por la Presidencia de la República, vulneraban los derechos

fundamentales de su hijo recién nacido, interpuso acción de tutela contra esa autoridad pública, solicitando al Juez de tutela ordenara alguno de los siguientes actos: a. Ordenar al Presidente de la República que niegue su extradición; b. Ordenar al Presidente que *“(...) junto con María del Pilar Herrera López se permita que viaje su menor hijo, de dos meses de edad (...)”*; o bien, c. Ordenar al Presidente suspender o posponer la extradición *“(...) hasta cuando [su] hijo salga de estado crítico de acuerdo al científico concepto de galenos de medicina legal del área de pediatría (...)”*

La referida acción de tutela fue del conocimiento de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que mediante sentencia la declaró improcedente, sosteniendo que la acción de tutela tiene como características prevalentes ser preferente, sumaria y subsidiaria, por lo que no puede ser instaurada cuando existan otros *medios de defensa*, salvo que se invoque como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte, al revisar dicha sentencia, determinó conceder el amparo a los derechos fundamentales a la salud y a tener una familia el menor, basándose esencialmente en que, al ser Colombia un Estado social de derecho, **toda actuación de cualquier autoridad pública es susceptible de someterse a la acción de los tribunales de justicia**. Siendo una vía, la acción de tutela, que procede sobre la resolución del Presidente de la República en la cual se decidió sobre la solicitud de extradición de la accionante. Reitera, además, la protección constitucional especial de los menores, así como que sus derechos y las correlativas obligaciones para con ellos prevalecen frente a los de los demás. Por tanto, toda autoridad pública debe obrar conforme al interés superior de los niños y las niñas, cuyos derechos no pueden ser suspendidos ni siquiera en las circunstancias más graves, entre ellos, el derecho fundamental a la salud, siendo evidente, en el caso, que la separación de la menor de su madre es inconveniente para su estado de salud.

Las consideraciones que, en esencia, sostienen tales conclusiones, son, por una parte, que, de acuerdo al orden jurídico colombiano, suponer, como lo hizo el Juez de primera instancia, que *“(...) la existencia de recursos administrativos y su ejercicio acarrea la improcedencia de la acción de tutela, carece de sustento jurídico. Toda vez que la procedencia de la tutela depende, en primera medida, de la inexistencia de otros medios de defensa judiciales y no de la imposibilidad de protección de los derechos a través de medios administrativos de impugnación. A esta respecto, basta con señalar que el artículo 86 de la Carta establece la facultad*

de toda persona de acudir a la acción tuitiva de derechos fundamentales cuando quiera que sus derechos fundamentales se vean vulnerados o amenazados. En este orden de ideas, si los recursos administrativos están en trámite, y la persona considera la posible e inminente afectación a sus derechos, el juez de derechos fundamentales debe conocer de la acción de tutela. (...)”

Asimismo, la Sala de Revisión señala que la accionante se encuentra privada de la libertad para atender un requerimiento de la justicia de Estados Unidos por delitos relacionados con el tráfico de narcóticos, y frente a esa posible extradición, lo *conveniente* es que el menor no sea separado de su madre, basándose en lo manifestado por la médica tratante, en el sentido de que nadie reemplaza el acompañamiento materno, al ser un vínculo irremplazable, menos cuando se trata de niños con enfermedades graves, empero, para la Sala, el estado de salud del recién nacido, no implica que no pueda continuar el procedimiento para entregar a la petente a las autoridades extranjeras, ya que la situación del menor no hace forzoso que su progenitora deba permanecer necesaria y exclusivamente a su lado, pues sostenerlo así, llevaría a que, en caso de muerte de la madre *necesariamente* devendría el fallecimiento del menor. Por tanto, la extradición no tiene por qué ser suspendida o denegada.

Luego, partiendo la Sala de que, como ha precisado, las autoridades judiciales deben obrar siempre acorde con el interés superior del niño, concluye que, entonces, lo más conveniente para la salud del menor, quien es oxígeno dependiente y nació de forma prematura, es que permanezca al lado de su progenitora, pues, si bien es cierto que en casos excepcionales la custodia del menor pueda ser asumida por familiares de la madre, o sea posible la implementación de un hogar sustituto e incluso la institucionalización del párvulo en una entidad autorizada, es también indudable que el deber de toda autoridad pública de obrar conforme al mencionado imperativo hace que deba evitarse la separación de madre e hijo.

Así, considerando que el niño debe permanecer con su madre, así como el orden normativo que regula la facultad del Ejecutivo en materia de extradición, la Sala indica que *“el Gobierno Nacional deberá: 1º) Decidir si confirma o no la concesión de la extradición y entrega de la ciudadana colombiana al resolver los recursos legales interpuestos. 2º) Si decide extraditarla, disponer que el menor viaje con su madre y permanezca con ella por lo menos durante el tiempo que ordene su médico tratante. 3º) Obtener la garantía, por parte de las autoridades competentes*

extranjerías, de que el menor viaje con su madre y permanezca con ella durante el tiempo antes indicado.”

Por consiguiente, la correspondiente Sala de Revisión revoca la sentencia de primera instancia y, en su lugar, concede el amparo a los derechos fundamentales a la salud y a tener una familia del menor, ordenando al Presidente de la República que, de conceder la extradición de la misma, condicione dicha decisión a que su menor hijo viaje y permanezca con ella en las condiciones señaladas en la propia sentencia.

Apreciamos de los casos de acción de tutela reseñados, sin duda alguna, cómo, en materia de derechos fundamentales, la instauración de medios de control que garanticen la protección de dichos derechos, como la función que, al efecto, realice el órgano encargado de conocerlos, tienen una trascendencia crucial para el ejercicio y respeto de tales derechos, frente a la actuación tanto de los poderes públicos como, en su caso, de particulares.

****Lic. Laura García Velasco.***