

DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DE LA CAUSAL PARA INTERRUMPIR VOLUNTARIAMENTE EL EMBARAZO REFERENTE A QUE EXISTA “GRAVE MALFORMACIÓN DEL FETO QUE HAGA INVIABLE SU VIDA”*

DIFFICULTIES ON THE APPLICATION OF THE CAUSAL FOR THE VOLUNTARY INTERRUPTION OF PREGNANCY REGARDING THE EXISTENCE OF A “SEVERE MALFORMATION OF THE FETUS THAT MAKES THE LIFE NON-VIABLE”

*Silvia Juliana Pradilla Rivera ***

Resumen

En Colombia, la causal establecida por la Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 para interrumpir voluntariamente el embarazo referente a que “exista grave malformación del feto que haga inviable su vida”, presenta problemas conceptuales y de implementación que implican que materializarla se constituya en una dificultad. Lo anterior, se presenta por dos razones principales: la primera es que actualmente el sistema de salud colombiano no cuenta con el recurso humano tecnológico para detectar las graves malformaciones en el feto, ni para practicar en el momento adecuado los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo que sean solicitados en virtud de la mencionada causal; y la segunda, es que los vacíos que presenta el enunciado de la causal relacionados con los términos “inviable” y “grave malformación” hacen que dichos conceptos puedan ser interpretados de manera diferente por el médico tratante, lo que implica que ante un mismo caso, dos médicos puedan tener recomendaciones distintas acerca de si la mujer embarazada se encuentra habilitada para interrumpir voluntariamente el embarazo, amparada en la causal referente a que “exista grave malformación en el feto que haga inviable su vida”; esto a su vez, podría generar una responsabilidad extracontractual del Estado.

* Este artículo es un resultado parcial de la investigación titulada: “La vulneración del derecho a no nacer como fuente de responsabilidad extracontractual del Estado. Más allá de las malformaciones que hacen inviable la vida”, la cual fue realizada por Silvia Juliana Pradilla Rivera, para optar al título de Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. 2014.

** Abogada de la Universidad de Santander –UDES-, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: silviajulianapradilla@gmail.com.

Fecha de recepción: 11 de septiembre de 2013 - **Fecha de aprobación:** 22 de octubre de 2013.

Palabras clave: Malformación, inviable, *nasciturus*, médico, interrupción voluntaria del embarazo.

Abstract

In Colombia, the cause established by the Constitutional Court sentence C-355 on 2006 to regulate the voluntary interruption of pregnancy in cases where “There exist a major malformation of the fetus that make its life non-viable” comes with conceptual and interpretative issues that, in most of the cases, prevent or difficult its application. This is due to two main reasons: first, currently the Colombian health system lacks of both the technology and the human resources for the adequate detection and practice of the voluntary interruption of pregnancy in the proper time that may be requested under the causal quoted above; the second issue is the conceptual gaps that lies within the terms “non-viable” and “major malformation” contained in the causal. Such concepts are subjects of different interpretation by different physicians, this results in the possibility that two different conclusions could be given on the subject if a pregnant woman can be protected by law under the causal that “There exist a major malformation of the fetus that make its life non-viable” for the interruption of her pregnancy which, at the same time could generate a tort responsibility of the State.

Keywords: Malformation, non-viable, *nasciturus*, physician, voluntary interruption of pregnancy.

INTRODUCCIÓN

En Colombia es permitida la aplicación del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE) en tres circunstancias específicas, que se encuentran descritas en la sentencia C-355 de 2006 emitida por la Corte Constitucional; una de ellas hace referencia a que exista grave malformación en el feto que haga inviable su vida. La Corte precisa que para aplicar la IVE con fundamento en esta causal, la grave malformación debe estar certificada por un médico.

Del análisis de la providencia se puede inferir que la Corte Constitucional al establecer las circunstancias para aplicar la IVE, realizó un gran despliegue argumentativo en el que tuvo en cuenta principalmente: estadísticas, tratados y convenios internacionales, el contexto actual de la sociedad colombiana, normatividad relacionada y el análisis de Derechos Fundamentales. Sin embargo, al argumentar la causal referente a las graves malformaciones del *nasciturus*¹, se observa que los fundamentos de la Corte para establecerla carecen de profundidad y especificidad. De aproximadamente 136 páginas que constituyen la parte motiva de la decisión, es posible afirmar que tan solo en dos páginas se argumenta y expone la causal que hace referencia a las graves malformaciones que hacen inviable la vida. Debido a lo anterior, la decisión de la Corte se ha tornado difícil de interpretar y aún más, de aplicar; en razón a que la causal presenta vacíos que se convierten en dificultades al momento de materializarla.

Desde ahí, el objeto de este documento lo constituye la causal establecida por la Corte Constitucional para realizar el procedimiento de IVE referente a que exista "grave malformación en el feto que haga inviable su vida." Así, se realiza un análisis del contenido de dicha causal y se plantean las posibles dificultades que se pueden generar al momento de invocarla como causal para aplicar la IVE.

¹ Etimología latina *nodum nataus*. Término jurídico que se designa al ser humano concebido aún no nacido. Comprende desde el inicio del periodo de gestación hasta su nacimiento.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A partir de la sentencia C-355 de 2006 emitida por la Corte Constitucional, las mujeres se encuentran habilitadas para solicitar que se les practique el procedimiento de la IVE. Lo anterior exige al sistema de salud estar preparado para afrontar la demanda de mujeres que soliciten el procedimiento con base en lo estipulado por la Corte. Además, se requiere del recurso humano y tecnológico necesario para detectar las graves malformaciones.

La causal, de igual manera establece que la grave malformación debe estar certificada por un médico, sin especificar si este debe ser especialista. Lo anterior permite realizar el siguiente cuestionamiento ¿Es posible que un médico general, tenga los mismos conocimientos que un ginecólogo, o un genetista para emitir un diagnóstico acertado al evaluar una ecografía, en donde posiblemente se aprecie una grave malformación? ¿Pueden todas las mujeres que de una u otra manera tienen acceso al sistema de salud, acceder a controles prenatales realizados con la tecnología necesaria y por el personal debidamente capacitado? Estos y otros cuestionamientos surgen a partir de la lectura y las interpretaciones que se le pueden dar a la causal al momento de materializarla.

Desde ahí, el problema jurídico a resolver es el siguiente: ¿Es posible considerar que la causal establecida para interrumpir voluntariamente el embarazo referente a que exista “grave malformación en el feto que haga inviable su vida” sea de difícil aplicación? Lo anterior, se debe resolver a la luz de la realidad actual del sistema de salud colombiano y teniendo en cuenta que son los médicos quienes finalmente a mediante su diagnóstico otorgan el aval a la mujer embarazada para hacer uso de la causal con el fin de realizar la IVE.

Así las cosas, la hipótesis que a continuación se argumentará apunta a afirmar que efectivamente la causal para aplicar la IVE establecida por la Corte Constitucional referente a que exista “grave malformación en el feto que haga inviable su vida” se constituye como de difícil aplicación, en razón de que su materialización se encuentra limitada, de una parte, por los vacíos conceptuales que se identifican en el planteamiento de la causal

y, de la otra, por los problemas en materia de implementación. En cuanto a los primeros, hacen referencia a la interpretación y el significado de los términos "inviable" y "grave malformación"; mientras que los límites en materia de implementación hacen referencia a la indebida utilización de la figura de la objeción de conciencia, la falta de cobertura en el sistema de salud, la falta de medios tecnológicos y recurso humano capacitado para detectar las graves malformaciones, entre otros (Pradilla Rivera, 2014).

Ahora bien, es claro que la tarea de reglamentación de la causal no le corresponde a la Corte Constitucional y, por el contrario, en la decisión, se conmina a los organismos competentes para que reglamenten la sentencia, al expresar que:

El que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006).

Actualmente no hay reglamentación vigente respecto de la sentencia mencionada.²

Pese a la falta de reglamentación, la cual, como lo explica la Corte, no es necesaria, si hubiera sido conveniente que esta Corporación aclarara los conceptos de "inviable" y "grave malformación", con el fin de que se presente el menor grado de ambigüedad posible y facilitar así, la interpretación por parte del personal médico y, como consecuencia, se pueda materializar su aplicación con el menor grado de dificultad.

Causal establecida por la Corte Constitucional referente a que exista "grave malformación en el feto que haga inviable su vida"

² Los decretos y circulares que se expidieron en materia de reglamentación de la sentencia C -355 de 2006, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado así: 1) Decreto 4444 de 2006, el cual había sido emitido por la Presidencia de la República, fue declarado nulo en marzo de 2013. 2) Circulares externas 058 de 2009 y 03 de 2011 emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, las que fueron declaradas nulas en mayo de 2013.

La causal establecida por la Corte Constitucional para aplicar la IVE expresa: “cuando exista grave malformación en el feto que haga inviable su vida, certificada por un médico” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006).

La Corte para argumentar esta causal expone que:

Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional, las que plantean un problema límite, son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006).

Así mismo, expresa la Corte que otro de los fundamentos de la causal es que se estaría exigiendo a la mujer embarazada “la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable” (Sentencia C-355 de 2006).

Los anteriores argumentos fueron los que presentó la Corte para fundamentar la causal mencionada; sin embargo, en el momento de su materialización, surgen problemas de interpretación e implementación, los cuales se constituyen en dificultades para invocar la misma como causal para la aplicación de la IVE y que se expondrán a continuación:

VACÍOS CONCEPTUALES

Los vacíos conceptuales, identificados en la causal, los constituyen los términos de “grave malformación” e “inviable”, en razón de que pueden ser interpretados de manera diferente, ante un mismo caso, por el médico, quien es el encargado de diagnosticar la grave malformación que haga inviable la vida, con lo que se obtiene la configuración de la causal. De esta manera, lo que para un médico puede ser una grave malformación que haga inviable la vida, para otro puede no serlo.

Desde el punto de vista de la medicina, la Corte no precisa a qué malformaciones está haciendo referencia; lo anterior es necesario aclararlo, en el sentido puede haber deformaciones o disrupciones que sean incompatibles con la vida extrauterina pero que, por no ser consideradas malformaciones, el médico tratante no pueda encajarlas al caso concreto dentro de la causal.

Ahora bien, los defectos congénitos se definen como "cualquier anomalía presente desde el nacimiento que afecta la estructura o la función corporal" (Christianson, 2006); aunque se ha precisado que no todos los defectos congénitos se manifiestan al momento del nacimiento (Zarante Montoya, 2011).

Los defectos congénitos tienen varias clasificaciones y una de ellas es la malformación; desde ahí, de la lectura de la jurisprudencia en mención, se presume que cuando la Corte se refiere a malformaciones, relaciona los defectos congénitos, los cuales se definen como:

Alteraciones en la morfogénesis de un órgano, parte de él o de una región anatómica debida a una causa intrínseca. Estas son generalmente visibles al examen físico cuando son externas o en exámenes paraclínicos o imagenológicos cuando son internas. Se pueden clasificar según su grado de severidad en mayores o menores o se les agrupa según el sistema afectado. Las malformaciones pueden ser aisladas o formar parte de un síndrome, secuencia o asociación (Zarante Montoya, 2011, p.10).

Actualmente, la doctrina hace referencia a tres clasificaciones de los defectos congénitos (Zarante Montoya, 2011, p.10), las cuales son:

- Clasificación basada en el origen de la anomalía: de acuerdo a esta clasificación, puede existir la malformación, la disrupción y la deformación. La diferencia radica en que mientras la malformación es un defecto morfológico corporal generado por un desarrollo anormal durante la embriogénesis, la disrupción es una alteración en la forma generada por la interferencia de factores externos, que en algunos casos compromete la función. Por su parte, la deformación hace referencia a estructuras corporales que son distorsionadas por fuerzas mecánicas aberrantes (Zarante Montoya, 2011, p.10). Desde esta clasificación, no es lo mismo

malformación que disrupción o deformación. Y como se dijo, puede haber disrupciones que comprometan la función y desde ese punto de vista hagan, en los términos de la Corte Constitucional, “inviabile la vida” (Pradilla Rivera, 2014, p. 96).

- Clasificación basada en cambios histológicos: se clasifican en aplasia, hipoplasia, hiperplasia y displasia. La aplasia es un desarrollo limitado de un órgano o tejido, por la reducción de su crecimiento celular; la hipoplasia es un desarrollo limitado del órgano o tejido debido a la reducción del crecimiento celular; la hiperplasia -al contrario de la hipoplasia- es un crecimiento celular excesivo que aumenta el tamaño de un órgano; y la displasia es la alteración de la función de un órgano y cambios en su morfología generados por la anormal organización de las células (Zarante Montoya, 2011, p. 10).
- Clasificación clínica: defectos de un único sistema, síndrome asociación, secuencia, complejo. Los defectos de un único sistema hacen referencia a alteraciones de un sistema específico; el síndrome hace referencia a las anomalías múltiples; la secuencia es “la aparición de defectos múltiples explicados por una anomalía inicial que desencadena una serie de mecanismos que explican el fenotipo final”; y el complejo describe las alteraciones morfológicas adyacentes que se presentan durante el desarrollo embrionario (Zarante Montoya, 2011, p. 11).
- Clasificación según su gravedad: anomalías mayores y anomalías menores. “Son mayores cuando hay alteraciones en la función que afectan gravemente la salud del paciente, generan discapacidad y/o disminuyen su expectativa de vida, se consideran letales cuando llevan a la muerte del 50% de los afectados”. Se consideran menores cuando no disminuyen la expectativa de vida, no generan discapacidad y requieren tratamiento simple. (Zarante Montoya, 2011, p.11). Se podría pensar que la Corte hace referencia a esta clasificación al establecer la causal, ya que en términos médicos es lo más parecido que se encuentra al concepto de “grave malformación”. Desde ese punto de vista, se puede relacionar con

"anomalía mayor", sin embargo, el vacío sigue existiendo en razón a que la Corte establece que son malformaciones y no anomalías y que deben ser graves y no mayores (Pradilla Rivera, 2014, p.97).

Expuesto lo anterior, se demuestra que la expresión "graves malformaciones" mencionada en la sentencia no se ajusta en términos médicos a ningún concepto doctrinalmente establecido, lo que causa preocupación en razón de que son los médicos y concedores de dicha disciplina los que están en el deber de otorgar un diagnóstico que permita o no, a la mujer, invocar la causal, para decidir si interrumpe voluntariamente su embarazo. Desde ahí, ¿cómo se tiene certeza de que un médico ante un caso concreto va a tener en cuenta la doctrina establecida por la ciencia médica respecto de las malformaciones o no? Porque, de tenerla en cuenta, muy posiblemente, lo que no sea diagnosticado como una grave malformación (por ser, por ejemplo, una disrupción o una deformidad), así haga "inviable la vida", no se ajustará a la causal. Lo anterior, crea un ambiente de inseguridad y desigualdad a las mujeres embarazadas que puedan verse en la necesidad de invocar la causal para la aplicación de la IVE.

Así las cosas, en lo que sigue se analizará el significado del término inviable dentro de la causal y las interpretaciones que puede tener. Genera curiosidad ver como la Corte hace referencia a la palabra inviable cuando, desde el principio, los accionantes en la acción pública de inconstitucionalidad, se referían al término "incompatible" al expresar que "los avances tecnológicos en el área de la medicina obstétrica, permiten diagnosticar cada vez más, malformaciones del feto, las cuales pueden llegar a ser incompatibles con la vida por fuera del útero materno" (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355 de 2006).

Sin embargo, la Corte resolvió establecer la causal, con la grave malformación que hace inviable la vida. Decidió cambiar el término incompatible por inviable y omitió la expresión "por fuera del útero materno". La causal quedó establecida como "grave malformación que haga inviable la vida" (Pradilla Rivera, 2014, p.96).

La Real Academia Española define la palabra inviable con una doble connotación; una como adjetivo al establecer que su significado es que:

“no tiene posibilidades de llevarse a cabo”; y otra, en el ámbito médico, como: “dicho especialmente de un recién nacido: que no tiene aptitud para vivir.” De otra parte, la utilización del prefijo “in”, en la palabra inviable, expresa un significado negativo a lo que esta después del prefijo, así: inviable, quiere decir que no es viable. Ahora bien, la Corte expresa que lo que debe ser inviable es la vida. Desde ahí, es necesario preguntarse:

¿Cómo puede ser inviable la vida si efectivamente el niño(a) nace, y vive, aunque sea por horas o días?, ¿La viabilidad de la vida, depende del tiempo que la misma dure? – es decir, ¿Una vida de 2 años al lado de una de 16 horas, si fue viable, pero la que duró 16 horas no lo fue?; ¿Entonces, en esas 16 horas no fue viable la vida? y, desde el punto de vista biológico, ¿El *nasciturus* que habita el vientre materno no tiene vida? porque, la causal no especifica si la inviabilidad de la vida debe darse en el útero o por fuera del mismo (Pradilla Rivera, 2014, p. 97).

Teniendo en cuenta lo anterior, es válido expresar que:

Aunque se compruebe grave malformación, la vida es viable, con el solo hecho de que, dentro del útero, el *nasciturus* viva, independientemente de que tenga una grave malformación o no. Desde ahí, cabe otro cuestionamiento, ¿Cómo puede un médico saber que la grave malformación que ha diagnosticado realmente impida el desarrollo de la vida extrauterina? – Actualmente, existen casos muy claros como el Síndrome del Bebé sirena o Sirenomelia, en donde el *nasciturus* desarrolla las extremidades inferiores fusionadas en una sola y no se desarrollan los riñones; los niños(as) que nacen, generalmente mueren dentro de las 6 u 8 horas siguientes al nacimiento. En este ejemplo, la vida es viable, por horas y en condiciones anormales, pero es viable (Pradilla Rivera, 2014, p. 110).

Teniendo en cuenta los defectos congénitos antes descritos, se pueden presentar un sinnúmero de ejemplos en los cuales se demuestra que ante pronóstico limitado de vida, esta se puede prolongar. Uno de ellos es el síndrome de *Patau*, (Trisomía 13)³; en esta anomalía existen tres copias de material genético del cromosoma 13.

Desde este punto de vista, no puede haber certeza sobre si algunas anomalías congénitas o graves malformaciones pueden hacer que la vida extrauterina sea inviable; y se hace referencia a la vida extrauterina por-

³ Anomalía congénita que actualmente en Colombia es considerada como grave malformación; cuando es diagnosticada, es dado el aval por el médico tratante para aplicar la IVE (Pradilla Rivera, 2014).

que, de entrada, la vida en el útero ya es viable, porque hay vida. Más aún, cuando los médicos trabajan bajo la interpretación de la palabra inviable (Pradilla Rivera, 2014, p. 88).

LÍMITES EN MATERIA DE IMPLEMENTACIÓN

Los límites en materia de implementación se constituyen en: la indebida utilización de la figura de la objeción de conciencia, la necesidad en algunos casos de interponer acción de tutela para que sea aplicado el procedimiento, la falta de cobertura del servicio público de salud, la falta de recurso humano capacitado para detectar graves malformaciones y el nivel de tecnología que se está utilizando para realizar los exámenes que permitan detectar las graves malformaciones.

En cuanto a la indebida utilización de la figura del derecho a la objeción de conciencia, La Corte Constitucional ha establecido que está en cabeza de las personas naturales, más no de las jurídicas. Al respecto, esta Corporación ha expresado que:

La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico en cuanto a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, 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 (Sentencia C-355 de 2006).

En la práctica se observa que lo preceptuado por la Corte Constitucional no se está cumpliendo. De una parte porque algunas personas jurídicas siguen haciendo uso de la objeción de conciencia, y de la otra porque, aunque la mayoría de personas que hacen uso de la objeción de concien-

cia son las naturales, normalmente no remiten a la mujer embarazada a una institución de salud en la cual se realice el procedimiento.

Esta limitante, por supuesto, no solo aplica para la causal referente a las graves malformaciones, sino para las tres causales. De igual manera, ocurre con la acción de tutela, la cual, en la práctica es utilizada como un requisito de procedibilidad al momento de practicar el procedimiento de IVE. Instituciones de salud, incluso públicas, actualmente se niegan a practicar interrupciones voluntarias del embarazo, ante lo cual, las mujeres embarazadas se ven obligadas a interponer acción de tutela, con el fin de que se les practique el procedimiento. Lo anterior, se evidencia con el alto número de sentencias que llegan a conocimiento de la Corte Constitucional. Vale la pena aclarar que, con el paso de los años, y con la reiterada jurisprudencia emitida por la Corte en torno al tema, el número ha ido disminuyendo. Sin embargo, es una realidad que no se puede desconocer; que para la aplicación del procedimiento de IVE, en algunas ocasiones, es necesario interponer acción de tutela.

La indebida utilización de la acción de tutela, en ocasiones como requisito de procedibilidad y de la objeción de conciencia, hace que un procedimiento tan importante como IVE se vea dilatado, ante lo cual, el *nasciturs* crece, mientras que la mujer embarazada va de un lado a otro esperando que le practiquen el procedimiento. Entre más avanzado sea el estado de embarazo, más compleja y riesgosa es la realización del procedimiento⁴; incluso han existido casos en los cuales el procedimiento se practica en tan avanzado estado de gravidez, que no se puede evitar que el niño(a) nazca, lo cual, eventualmente, podría generar demandas en contra de las entidades de salud solicitando la reparación de perjuicios (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-209 de 2008).

En cuanto a la falta de cobertura del servicio público de salud, la Constitución Política consagra en el artículo 48 el derecho a la seguridad social y lo define como:

⁴ En Colombia no se ha establecido un término dentro del periodo de gestación para practicar la IVE. Desde ahí, se entiende que es válido practicarlo en cualquier momento del embarazo.

Un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Desde ahí, todas las mujeres embarazadas deberían tener la posibilidad al acceso y la cobertura de calidad del servicio de salud, con el fin de que sus controles prenatales puedan realizarse de manera adecuada y así, detectar a tiempo las graves malformaciones a las que hace referencia la Corte Constitucional. Si la Corte estableció la posibilidad de la realización de la IVE, esa posibilidad debe incluir a todas las mujeres en estado de embarazo sin distinción de su condición, siempre que sus casos se adecuen a alguna de las causales descritas en la sentencia.

Es una realidad que no todas las mujeres en estado de embarazo tienen acceso a servicios de salud; desde ahí, la posibilidad de que puedan hacer uso de la causal se anula, porque no pueden saber si el *nasciturus* tiene o no graves malformaciones. Por ejemplo, la situación de las mujeres privadas de la libertad en Colombia es lamentable, pues la cobertura del servicio de salud no es completa; hay mujeres embarazadas privadas de su libertad a las que no se les realiza ecografía para monitorear el feto. (Ramos Rodríguez, 2004). ¿Cómo puede el Estado garantizar esta posibilidad si el servicio de salud es deficiente? Desde ahí, no todas las mujeres embarazadas tienen la posibilidad de acceder a los servicios mínimos de salud, tales como ecografías con estudios imaginológicos incluidos, en el marco de los controles prenatales.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la distinción entre entidades de salud públicas y privadas, frente a la temática que se está abordando, no se presenta ninguna, en razón de que, como se dijo antes, la salud es un servicio público que debe ser garantizado y supervisado por el Estado. Desde ahí, entidades de salud públicas y privadas están en obligación de dar cumplimiento a lo preceptuado en la causal, disponiendo para esto de los mejores medios tecnológicos y del recurso humano capacitado, con el fin de detectar las graves malformaciones e identificar si la mujer embarazada puede o no tener la opción de interrumpir voluntariamente el embarazo, con base en la causal mencionada (Pradilla Rivera, 2014, p. 102).

Así las cosas, resulta difícil en la práctica materializar la causal objeto de estudio, es una realidad que en Colombia no todas las mujeres embarazadas tienen la posibilidad de acceder a controles prenatales con estudios imaginológicos incluidos. Quienes tienen la posibilidad económica, prefieren optar por realizarse este tipo de estudios de manera particular. Sin embargo, ¿Qué pasa con las mujeres que no tienen esta posibilidad?

Por ejemplo: ante un mismo caso de malformación, una mujer embarazada que no tenga recursos para realizarse exámenes especializados y una mujer que si los tenga; tal situación generaría una condición de desigualdad que, en el caso de la mujer embarazada que no cuenta con los recursos económicos, no tiene el deber de soportar en razón de que, en el ejemplo expuesto, la mujer embarazada que si tiene los medios podrá tener acceso a la aplicación de la IVE, invocando la causal, mientras que, la que no tiene los medios, no tiene esa posibilidad porque no podrá tener acceso a un diagnóstico que le confirme las graves malformaciones que tiene su hijo, las cuales podrían llevarla a decidir si solicita la aplicación de la IVE (Pradilla Rivera, 2014, p. 102).

Además de lo anterior, es necesario tener en cuenta las condiciones específicas del territorio en el cual se encuentre la mujer embarazada. Es claro que en un escenario rural, por ejemplo Aracataca – Antioquia, lo más posible es que no se cuente con el personal médico especializado para diagnosticar las graves malformaciones. Esta situación disminuye la posibilidad que ofrece la sentencia, pues es más probable que la mujer embarazada que se encuentra en esta parte del País no pueda saber si su hijo que está por nacer tiene graves malformaciones que harán inviable su vida y, en caso que las tenga, no podría ejercer su derecho a la IVE.

En Colombia, la tasa aproximada de detección ecográfica en los controles prenatales es del 32.52% (Fernández, Gómez, Páez & Zarante, 2007). Una investigación realizada al respecto reporta que:

Entre las razones que podemos plantear como hipótesis para esta baja tasa de detección, basados en la experiencia sobre el sistema de salud actual, se encuentra la baja experticia de los ecografistas, la tecnología obsoleta de los equipos y el corto tiempo destinado para su realización, que en la mayoría de los casos depende de la demanda impuesta por los servicios de salud (Fernández N, 2007, p. 57).

Desde ahí, surge la duda de que si la tasa de detección de malformaciones en algunas ciudades de Colombia es del 32.52%, aproximadamente en un 67% de los casos es posible que se presente una malformación en el *nasciturus* que no se detecte por los factores antes mencionados. Se estaría privando a mujeres embarazadas de la posibilidad de decidir sobre la aplicación del procedimiento de la IVE, teniendo en cuenta que no tienen acceso a un diagnóstico verídico.

CONCLUSIONES

Para responder al problema jurídico planteado, se puede afirmar que la causal para aplicar la IVE establecida por la Corte Constitucional referente a que exista "grave malformación en el feto que haga inviable su vida", se constituye como de difícil aplicación, en razón de que su materialización se encuentra limitada, de una parte, por los vacíos conceptuales que se identifican en el planteamiento de la causal, y de la otra, por los límites en materia de implementación de la misma.

La difícil aplicación de la causal mencionada, excepcionalmente, podría significar una situación de responsabilidad extracontractual por parte del Estado, en el sentido de que las diferencias en materia de interpretación que se puedan presentar por parte del médico tratante y la ambigüedad de la causal, pueden llevar a que a una mujer embarazada no se le brinde la oportunidad de decidir acerca de si interrumpe voluntariamente su embarazo o no, aún habiéndosele comprobado al *nasciturus* graves malformaciones que hagan inviable su vida. Las diferencias de interpretación por parte del médico tratante surgirían principalmente al considerar si la malformación es grave o si efectivamente hace inviable la vida.

La falta de reglamentación por parte del Congreso de la República de la sentencia C-355 de 2006 emitida por la Corte Constitucional, se convierte en un problema de aplicación para la jurisprudencia y, en especial, para la causal mencionada, en razón de que, hasta el momento, no se han establecido criterios de interpretación ni directrices que puedan ser aplicadas por parte del personal médico que tiene conocimiento de estos

casos; situación que genera una sensación de ambigüedad en la causal y de dificultad en el momento de su aplicación.

El término “inviabile” utilizado por la Corte Constitucional en la causal para aplicar el procedimiento de IVE, podría ser reemplazado por “incompatible”, a lo que se debería agregar la expresión de “la vida extrauterina -incompatible con la vida extrauterina-, teniendo en cuenta las razones expuestas en este documento, las cuales demuestran que existen casos en los cuales se han comprobado graves malformaciones en el *nasciturus*, a pesar de que mueren a las pocas horas o días de haber nacido, tuvieron vida extrauterina, independientemente del tiempo que esta haya durado; de manera tal que la vida no resulta ser inviable. El término que se ajustaría sería “incompatible” porque a pesar de que hay vida, lo más probable es que finalice al corto tiempo de haber nacido el niño(a).

Actualmente, el sistema de salud colombiano no puede respaldar ni garantizar el cumplimiento de la causal a la cual se está haciendo referencia, en razón de que no todas las mujeres embarazadas en Colombia tienen la posibilidad de acceso al sistema de salud. A lo que se suman los límites de tecnología y de recurso humano competente que se presentan en la mayor parte del país. No es lo mismo realizar controles prenatales con el equipo y el personal médico de una ciudad como Bogotá D.C., que con los del municipio de Sabaneta (Antioquia). No es lo mismo que un médico especialista en ginecoobstetricia interprete los resultados de una ecografía a que lo haga un médico general.

En cualquier caso, la elección de aplicar el procedimiento de IVE, teniendo en cuenta la causal mencionada, siempre será una opción; la causal no se constituye en un imperativo para que, en los casos en que se hayan comprobado graves malformaciones en el *nasciturus* que hagan inviable la vida, la mujer embarazada tenga que interrumpir voluntariamente su embarazo (Pradilla Rivera, 2014). Al contrario, la causal es una posibilidad de elección; lo importante es la responsabilidad del sistema de salud colombiano en el sentido de dar a conocer a la mujer embarazada las posibilidades y consecuencias de interrumpir o no su embarazo cuando el *nasciturus* presenta graves malformaciones que hacen inviable la vida, lo cual debe estar soportado por una atención médica brindada a tiempo,

un diagnóstico realizado con la tecnología e idoneidad adecuada y el personal de salud competente para realizar e interpretar los exámenes, en virtud de los cuales se determine si el caso concreto se ajusta a la causal.

Se observa que el concepto "grave malformación" se reviste de ambigüedad en el sentido de que, como ya se explicó, malformación no es lo mismo que enfermedad, ni que deformidad, a partir de lo cual, el caso en el que a un *nasciturus* que se le comprueben graves enfermedades o deformidades que hagan inviable (incompatible) la vida, no se podrá encajar dentro de la causal, porque no sería una malformación. Lo mismo sucede con la condición de "grave" que debe tener la malformación, lo que para un médico puede ser una grave malformación, para otro puede no serla (Pradilla Rivera, 2014, p.121).

REFERENCIAS

- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política, Bogotá: 1991.
- Fernández, N., Gómez, J., Páez, P. & Zarante, I. (2007). Detección de anomalías congénitas en 12.760 nacimientos de tres hospitales en la ciudad de Bogotá, Colombia, 2004 – 2005, mediante ecografía prenatal. *Revista Colombiana de obstetricia y ginecología*, 3(58), 194–201.
- Pradilla Rivera, S. J. (2014). La vulneración del derecho a no nacer como fuente de responsabilidad extracontractual del Estado. Más allá de las malformaciones que hacen inviable la vida (Trabajo de grado de magíster inédito). Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.
- Ramos Rodríguez, P. (2004). Diagnóstico de la situación de las mujeres encarceladas en Colombia. Recuperado de <http://www.dplf.org/uploads/1190750354.pdf>.

Stevenson, R. E. (2006). Overview. En H. J. Stevenson RE, *Human Malformations and Related Anomalies* (pp. 3-14). New York: Oxford University Press.

Zarante Montoya, I. (2011). Implementación, desarrollo y evaluación de un programa de vigilancia en salud pública y seguimiento de pacientes con malformaciones congénitas en la ciudad de Bogotá D.C, Colombia basado en la metodología del estudio colaborativo latinoamericano de malformaciones congénitas (ECLAMC) (Trabajo de grado doctoral). Facultad de Medicina. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006. M. P.: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia T-209 de 28 de febrero de 2008. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.