

Sentencia C-754/15

Referencia: expediente D-10849

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “*facultad*” del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 “*Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones*”.

Demandantes: Erika Julieth Rodríguez Gómez y Otros.

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados María Victoria Calle Correa Presidente (e), Luís Guillermo Guerrero Pérez Vicepresidente, Alejandro Linares Cantillo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luís Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “*facultad*” del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 “*Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones*”.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 242-1 de la Constitución Política, los ciudadanos Erika Rodríguez Gómez, Mariana Ardila Trujillo, María Adelaida Palacio Puerta, Liliana Oliveros León, Rodrigo Uprimny Yepes, Nathalia Sandoval Rojas, Diana Isabel Guiza y Nina Chaparro presentaron ante esta Corporación demanda contra la expresión “*facultad*” del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 “*Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones*”, por presuntamente vulnerar los artículos 13, 43, 49 y 93 de la Constitución y en virtud de éste último el numeral 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 2.1 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los artículos 1, 2 (numerales d, e y f), 5.a y 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los artículos 6.a, 8.b y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 1 y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

La demanda fue admitida por el despacho mediante auto del 1 de julio de 2015, providencia en la que además se ordenó: i) comunicar al Presidente de la República, a los Ministerios de Justicia y del Derecho, Salud y Protección Social, al Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, a la Directora de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, al Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario y a la Defensoría del Pueblo; ii) invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Comisión Colombiana de Juristas, a la Corporación SISMA MUJER a la Organización OXFAM Colombia, a la Alianza Iniciativa de Mujeres por la Paz-IMP, a la Corporación Casa de la Mujer, a Women’s Link Worldwide, a la Corporación Humanas – Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, al Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad –Dejusticia, al Grupo de Investigación de Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, al grupo de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana, al Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia, a las facultades de derecho de las Universidades de los Andes, Nacional, y del Rosario, para que, si lo consideraban pertinente, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de la norma parcialmente demandada; iii) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana; y iv) correr traslado al señor Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 *“Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”*, y se subraya la expresión objeto de la demanda de inconstitucionalidad:

“LEY 1719 DE 2014

(junio 18)

Diario Oficial No. 49.186 de 18 de junio de 2014

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 23. ATENCIÓN INTEGRAL Y GRATUITA EN SALUD. *Las víctimas de violencia sexual tienen derecho a la atención prioritaria dentro del sector salud, su atención se brindará como una urgencia médica, independientemente del tiempo transcurrido entre el momento de la agresión y la consulta, y de la existencia de denuncia penal. La atención integral en salud a cualquier víctima de violencia sexual es gratuita. Todas las entidades del sistema de salud están en la facultad de implementar el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, que contendrá dentro de los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo la objeción de los médicos y la asesoría de la mujer en continuar o interrumpir el embarazo.”*

III. LA DEMANDA

Los demandantes consideran que la expresión acusada viola los artículos 13, 43, 49 y 93 de la Constitución y en virtud de éste último el numeral 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 2.1 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales (de ahora en adelante PIDESC), los artículos 1,2 (numerales d, e y f), 5.a y 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ahora se identificará como CEDAW), el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de ahora en adelante CADH), los artículos 6.a, 8.b y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 1 y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Los ciudadanos plantean tres cargos contra la expresión, a saber: i) la violación del principio de progresividad y no regresividad del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual; ii) la violación al derecho a la igualdad por discriminación indirecta que genera un retroceso injustificado en relación con la garantía del derecho a la salud, particularmente para las mujeres pertenecientes a grupos marginados como las niñas, mujeres en situación de discapacidad, indígenas y afrocolombianas; y iii) el desconocimiento de la obligación a cargo del Estado colombiano, de adoptar medidas para eliminar los estereotipos de género.

Primer cargo: violación del artículo 49, el bloque de constitucionalidad y el principio de progresividad y no regresividad por el cambio en las condiciones de accesibilidad, al restringir el acceso a la prestación de servicios de salud de las víctimas de violencia sexual

En primer lugar, afirman que la expresión acusada viola el artículo 49, el bloque de constitucionalidad y el principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales, debido a que prevé un retroceso injustificado de una garantía existente, en relación con la obligación de adoptar e implementar protocolos dirigidos a asegurar el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual bajo condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad. Lo anterior, ya que con anterioridad a la expedición de la Ley 1719 de 2014, la adopción e implementación de protocolos dirigidos a asegurar el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual bajo condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad, era obligatoria, y no facultativa, como lo dispone la norma acusada parcialmente.

En este sentido, indican que el artículo 1 de la Resolución 459 de 2012, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, había establecido la obligación a cargo de las instituciones de salud, de implementar el Protocolo de Atención para las víctimas de violencia sexual¹ en consonancia con (i) el

¹ **Artículo 1º.** "Protocolo de Atención. Adoptar el Protocolo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual que hace parte integral de la presente resolución, el cual es **de obligatorio cumplimiento** para la atención de las víctimas de violencia sexual, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, del régimen contributivo y del régimen subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. "(**Negrillas fuera del texto**).

artículo 2, numeral 30, del Decreto 4107 de 2011²; ii) el artículo 10 de la Ley 1146 de 2007³; iii) los artículos 8 y 13 de la Ley 1257 de 2008⁴; y iv) el artículo 5 del Decreto 4796 de 2011⁵.

Afirman que la norma demandada es regresiva en la protección del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual, pues restringe el acceso a la prestación de servicios de salud. En especial consideran que la Resolución 459 de 2012: (i) observaba la obligación a cargo del Estado de adoptar e implementar protocolos dirigidos a asegurar el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual, bajo condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución y los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad antes citados; y (ii) el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014, en particular la expresión acusada, fijó un estándar de protección menor al que estaba previsto por las normas anteriores.

Para los demandantes, la implementación del Protocolo y Modelo de Atención pasó de ser una obligación a ser una facultad, sujeta a la discrecionalidad de la entidad o del médico tratante. En su concepto, la eliminación del deber de estandarización de los servicios de salud conlleva la disminución de la

² **Artículo 2º.** "Funciones. El Ministerio de Salud y Protección Social, además de las funciones determinadas en la Constitución Política y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 cumplirá las siguientes:

(...)

30. Preparar las normas, regulaciones y reglamentos de salud y promoción social en salud, aseguramiento en salud y riesgos profesionales, en el marco de sus competencias. "

³ **Artículo 10.** "PROTOCOLO DE DIAGNÓSTICO. El Ministerio de la Protección Social, dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, expedirá un protocolo de diagnóstico y atención de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, dirigido a los profesionales de la salud y a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Todo profesional de la salud adscrito o no a una Institución de Salud, que al atender en consulta a un niño, niña o adolescente, encuentre indicio de que ha sido víctima de abuso sexual, deberá aplicar el protocolo a que se refiere el inciso lo de este artículo. "

⁴ **Artículo 8º. Derechos de las víctimas de Violencia.** "Toda víctima de alguna de las formas de violencia previstas en la presente ley, además de los contemplados en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 15 de la Ley 360 de 1997, tiene derecho a:

(...)

c) Recibir información clara, completa, veraz y oportuna en relación con sus derechos y con los mecanismos y procedimientos contemplados en la presente ley y demás normas concordantes:

d) Dar su consentimiento informado para los exámenes médico-legales en los casos de violencia sexual y escoger el sexo del facultativo para la práctica de los mismos dentro de las posibilidades ofrecidas por el servicio. Las entidades promotoras y prestadoras de servicios de salud promoverán la existencia de facultativos de ambos sexos para la atención de víctimas de violencia.

e) Recibir información clara, completa, veraz y oportuna en relación con la salud sexual y reproductiva:

(...)

g) Recibir asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y forense especializada e integral en los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento jurídico para ellas y sus hijos e hijas. (...)" **Artículo 13. Medidas en el ámbito de la salud.** "El Ministerio de la Protección Social, además de las señaladas en otras leyes, tendrá las siguientes funciones:

/. Elaborará o actualizará los protocolos y guías de actuación de las instituciones de salud y de su personal ante los casos de violencia contra las mujeres. En el marco de la presente ley, para la elaboración de los protocolos el Ministerio tendrá especial cuidado en la atención y protección de las víctimas. "

⁵ **Artículo 5.** "Guías y protocolos. Dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del presente decreto, el Ministerio de Salud y Protección Social, actualizará las guías para la atención de la mujer maltratada y del menor de edad maltratado, contenidas en la Resolución 412 de 2000 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan. De igual forma, adoptará el Modelo y Protocolo de Atención integral en Salud a Víctimas de Violencia Sexual".

garantía del derecho a la salud de las víctimas, puesto que no todas contarán con igual disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios médicos.

En este orden de ideas, plantean que si bien la Resolución tiene una menor jerarquía que la nueva ley en el ordenamiento *“lo que queremos advertir es que la ley, al modificar una resolución que contiene una garantía para un derecho social, está sometida a un principio constitucional superior, que es el principio de no regresividad. Es claro que por jerarquía normativa, una ley puede modificar una Resolución. Pero esta potestad legislativa está limitada en algunos aspectos por las exigencias del principio de no regresividad”*⁶.

Los ciudadanos consideran que toda vez que la disposición es regresiva debe presumirse inconstitucional, a menos que se encuentre alguna razón que justifique la disminución del nivel de protección del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual. No obstante, sostienen que la discrecionalidad en relación con la implementación del Protocolo, no persigue un fin, ni se soporta en criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

En cuanto al requisito de justificación, advierten que a pesar de que en los primeros debates ante el Senado y la Cámara de Representantes el proyecto de ley establecía la aplicación del protocolo como obligatoria, en el segundo debate ante el Senado se cambió la palabra "obligatoria" por el vocablo "facultad", pero los congresistas no debatieron la expresión, ni votaron explícitamente sobre la modificación del término mencionado⁷. Para los demandantes, el carácter regresivo de la medida exigía al Legislador *“demostrar que determinado retroceso en la protección de un derecho social fue cuidadosamente estudiado y justificado. Pero ni si quiera esto ocurrió en el caso de la expresión de la Ley 1719 de 2014 que demandamos, puesto que, como lo mostramos, el cambio no fue siquiera debatido expresamente en el trámite legislativo”*⁸.

Por los anteriores motivos, concluyen que la disposición al cambiar las condiciones de accesibilidad es regresiva y carece de justificación, lo que desconoce la obligación del Estado colombiano de garantizar en la mayor medida de lo posible el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual, específicamente en relación con los componentes de disponibilidad, accesibilidad y calidad.

Segundo cargo: violación a la prohibición de discriminación en la garantía del derecho a la salud para las mujeres

⁶ Cuaderno principal, folio 17.

⁷ Cuaderno principal, folio 23. Sobre el particular la demanda sostiene: "En síntesis, (i) no es claro si la introducción de la calidad de "facultativo" fue introducida por primera vez en la proposición del Senador José Darío Salazar o fue modificada en la corrección de errores ortográficos de la primera proposición; (ii) las Actas dan cuenta de que la modificación a la calidad de "facultativo" de la implementación del protocolo no se debatió ni siquiera mínimamente ni en el Senado ni en la Comisión Accidental por lo que se desconoce por completo su justificación; y (iii) las Actas muestran que tal modificación tampoco fue votada explícitamente en plenaria por el Senado."

⁸ Cuaderno principal, folio 23.

En segundo lugar, los ciudadanos afirman que la regresión injustificada en la garantía del derecho a la salud prevista por la expresión demandada, conlleva dos clases de discriminación indirecta: i) por razones de género y i) de tipo interseccional.

Así pues, sostienen que los artículos 13 y 43 de la Constitución, 1° de la CEDAW y 6° de la Convención Belém do Pará, prevén la prohibición de discriminación directa o indirecta por razones de género. En relación con la *discriminación indirecta por razones de género*, señalan que ésta ocurre cuando las leyes, las políticas y los programas, se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género, pero repercuten negativamente en la mujer.

De otra parte indican que, la *discriminación indirecta de tipo interseccional*, proscrita por los mismos artículos constitucionales y por los artículos 2° de la CEDAW y 9 de la Convención Belém do Pará, se refiere a la adopción de normas que aunque en apariencia son neutras, generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado y discriminado.

A su vez, sostienen que “*no toda medida que genere un impacto adverso en un grupo marginado o discriminado [está] proscrita por la Constitución*”⁹, pero que la naturaleza de especial protección que se debe a este tipo de personas, exige demostrar que la medida es razonable y proporcionada.

Los demandantes citan informes del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como decisiones adoptadas por esta Corporación, y concluyen que las mujeres, sin importar si se está en el marco del conflicto armado o al margen del mismo, son las principales víctimas de violencia sexual, y que las condiciones étnicas, raciales, de edad, o de discapacidad, acrecientan la posibilidad de ser víctimas.

En este sentido, afirman que la expresión demandada somete a las mujeres víctimas de violencia sexual a la disminución de la posibilidad de recibir atención médica especializada en todos los centros de salud del país, y esta situación es aún “*(...) más difícil de sortear, pues las identidades que confluyen en ellas constituyen obstáculos para vivir como iguales en la sociedad*”¹⁰.

En síntesis, los demandantes argumentan que la norma acusada configura una discriminación de género indirecta y además produce una discriminación interseccional contra ciertos grupos de mujeres. Así pues, afirman que el Estado incumple con la obligación a su cargo de respetar el derecho a la igualdad, cuando en vez de eliminar y atender apropiadamente la discriminación reseñada, “*(...) la profundiza mediante la medida regresiva e injustificada que adopta en la disposición acusada.*”⁹

⁹ Cuaderno principal, folio 27.

¹⁰ Cuaderno principal, folio 30.

Tercer Cargo: el cambio de condiciones en la accesibilidad de los servicios de salud para las víctimas de violencia sexual genera una regresión que desconoce la obligación del Estado de eliminar estereotipos de género.

En tercer lugar, los ciudadanos consideran que la regresión injustificada del derecho a la salud que genera la expresión acusada, también desconoce la obligación estatal de eliminar los estereotipos de género. En efecto, señalan que las mujeres víctimas de violencia sexual se enfrentan a estereotipos de género, los cuales se reproducen en las instituciones médicas y obstaculizan la atención adecuada en materia de salud. Sobre el particular, sostienen que uno de los principales objetivos de los protocolos médicos consiste en la implementación de prácticas estandarizadas que permitan prestar una atención adecuada, y en este caso superar tales prejuicios.

Indican que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los instrumentos internacionales han establecido que la reproducción de estereotipos de género vulnera el derecho a la igualdad, y que el Estado tiene la obligación de implementar medidas para eliminarlos.

En particular, los demandantes afirman que en sus investigaciones han encontrado que existen dos estereotipos de género asociados al servicio médico que se ofrece a las mujeres víctimas de violencia sexual que condiciona la garantía de su derecho a la salud: (i) la concepción de que las mujeres normalmente exageran y mienten en las declaraciones y se debe buscar la forma de hacerlas quedar en evidencia; y (ii) la idea de que las víctimas quieren aprovecharse del Estado y pretenden beneficios personales.

En este sentido, señalan que el protocolo obligatorio previsto en la Resolución 459 de 2012, hacía vinculantes algunas normas que estaban orientadas específicamente a combatir los estereotipos de género, como las normas orientadas a evitar la revictimización del paciente y a garantizar condiciones de confidencialidad y privacidad, entre otros.

Por consiguiente, concluyen que al adoptar *"la medida regresiva e injustificada consistente en despojar al Protocolo y el Modelo de su obligatoriedad las entidades del sistema de salud pueden dejar de asegurar que las previsiones mencionadas se cumplan y, como aquellas estaban dirigidas específicamente a prevenir la aplicación de estereotipos de género a las víctimas de violencia sexual, se genera como consecuencia un retroceso en el cumplimiento de la obligación de tomar todas las medidas necesarias para eliminar los estereotipos de género"*¹¹.

En consecuencia, los demandantes solicitan que se declare inexecutable la expresión "facultad" contenida en el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014, por ser violatoria del principio de progresividad y no regresividad en salud, del

¹¹ Cuaderno principal, folio 38.

derecho a la salud, el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación. Además, solicitan que, con el fin de preservar la coherencia de dicha normativa, la expresión sea sustituida por la palabra "obligación", porque es ésta la única que se ajusta a los postulados desconocidos por la norma demandada.

IV. INTERVENCIONES INSTITUCIONALES

1. Ministerio de Justicia y Derecho

Yesid Reyes Alvarado, como Ministro y representante del Ministerio de Justicia y Derecho, **solicita que se declare la inexequibilidad** de la expresión demandada y que se proceda a reemplazarla por la expresión "*obligatoria*", tal y como lo ha hecho esta Corporación en otras oportunidades.

El Ministro considera que la nueva legislación presenta un retroceso respecto de la anterior, que consagraba la obligatoriedad de la aplicación del Protocolo. Además, señala que dicho retroceso es injustificado ya que "*la ausencia de atención médica adecuada sigue siendo una realidad para las víctimas de violencia sexual, por lo que flexibilizar los lineamientos dirigidos a optimizar la prestación de este servicio significa ahondar en las barreras que distancian a las sobrevivientes de la superación de las secuelas dejadas por este hecho (...)*"¹².

En este sentido, resalta la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha sentado respecto de la violencia sexual y las mujeres en el conflicto, particularmente el Auto 009 de 2015 en el que se determinó que la "*ausencia de atención médica y psicosocial adecuada sigue representando una de las más preocupantes barreras para las mujeres sobrevivientes de violencia sexual*"¹³.

De otra parte, considera que la falta de atención adecuada también incide de forma negativa en el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, ya que la actividad de recaudo del material probatorio en dichos casos hace parte de las obligaciones del derecho a la administración de justicia, lo que se contempla en el Protocolo. Finalmente, indica que "*si la aplicación de estos lineamientos es facultativa, la integración de estos enfoques se convierte en relativa, generando un menoscabo para las víctimas de este hecho. En especial de los grupos poblacionales históricamente discriminados, quienes son los más vulnerables ante esta forma de violencia*"¹⁴.

2. Ministerio de Defensa

La apoderada del Ministerio de Defensa solicita **la inhibición** de la Corte Constitucional, por considerar que la demanda incumple con el requisito de

¹² Cuaderno principal, folio 154.

¹³ Cuaderno principal, folio 154.

¹⁴ Cuaderno principal, folio 156.

certeza, pues no se dirige en contra del contenido de la ley, sino de una aplicación hipotética de la misma.

En subsidio, solicita **que se declare la exequibilidad** del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014. Primero, señala que las disposiciones internacionales sobre el derecho internacional humanitario hacen parte del bloque de constitucionalidad. Segundo, hace un recuento de las obligaciones internacionales sobre los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y sostiene que esas normas fueron tenidas en cuenta al elaborar el proyecto de ley que contiene la norma acusada. Además, señala que la Ley 1719 de 2014 constituye un avance importante, pues: i) guarda concordancia con la Ley 1751 de 2015, que determina sujetos de especial protección constitucional a niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de la violencia y del conflicto armado, entre otras; dispone que su atención en salud no puede estar sujeta a restricciones administrativas o económicas y determina que el sector salud debe definir procesos de atención en salud; ii) establece la carga de la prueba en los organismos del Estado que investigan casos; iii) amplía tipos penales sobre la violencia sexual; iv) acoge las causales del Estatuto de Roma respecto de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad; y v) crea un registro unificado de casos.

De otra parte, indica que la Resolución 459 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social establece la obligatoriedad del Protocolo de Atención, Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual y afirma que la Ley 1719 *“igualmente adoptó el modelo de atención, Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual, publicado en la página web del Ministerio de Salud y Protección Social, como marco de referencia en el seguimiento de la atención a personas víctimas de violencia sexual, por parte de las entidades promotoras de salud del régimen contributivo y del régimen subsidiado e instituciones prestadoras de servicios de salud, previendo su revisión y actualización, cada dos años”*¹⁵. En este sentido, estima que *“la ley desarrolla postulados constitucionales y tratados internacionales, y el artículo acusado no vulnera en manera alguna la Carta Política, y por el contrario se han desarrollado directrices y actos administrativos por parte del Estado para garantizar la prestación en salud a las víctimas de la violencia sexual”*¹⁶.

3. Ministerio de Salud y Protección Social

La apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social solicita que se declare **la inexecuibilidad parcial** de la norma atacada, en tanto que el hecho de que *“el Protocolo sea de carácter facultativo expone a las víctimas de violencia sexual a diferentes afectaciones a salud física y mental, a la revictimización a partir del estigma y discriminación, además de incumplir el Estado colombiano los tratados y recomendaciones internacionales frente a la*

¹⁵ Cuaderno principal, folio 236.

¹⁶ Cuaderno principal, folio 236

*no regresividad del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual, de sus obligaciones de prevenir, proteger y garantizar los derechos humanos y el restablecimiento de los derechos de las víctimas*¹⁷.

El Ministerio, primero, presenta un análisis de la situación de violencia sexual en Colombia entre los años 2012 y 2014¹⁸, que señala que las mujeres representan el 88% de este tipo de violencia y que los grupos poblacionales más afectados son la población desplazada, las gestantes, las migrantes, las personas en situación de discapacidad¹⁹, y la población afro e indígena²⁰.

En segundo lugar, hace un recuento de los fundamentos legales para la expedición del Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual. En tercer lugar, explica los componentes del Protocolo, los principios que lo guían, el fundamento de su obligatoriedad y la normatividad complementaria. En cuarto lugar, presenta las acciones que el Ministerio de Salud y Protección Social ha adoptado desde el año 2012 y para el ajuste institucional en la provisión de los servicios en atención al Protocolo. En este sentido, refiere la evaluación del Ministerio del 2014 de la implementación del Protocolo en 11 empresas sociales del Estado e instituciones prestadoras de servicios de salud que operan en 11 municipios priorizados, en la que se encontró que:

- i) Ninguna de las instituciones evaluadas incluyen dentro de los elementos del direccionamiento estratégico los enfoques de derecho, género y diferencial;
- ii) Ninguna cuenta con un programa de inducción y re inducción del talento humano asistencial;
- iii) Sólo una IPS contó con equipo básico para la atención a víctimas de violencia sexual;
- iv) Ninguna cuenta con estrategias de información educación y comunicación para la promoción de derechos, prevención de

¹⁷ Cuaderno principal, folio 266.

¹⁸ Cuaderno principal, folio 240. Sistema de vigilancia de violencia contra la mujer, violencia sexual, y violencia intrafamiliar (2012-2014).

¹⁹ Cuaderno principal, folio 243.

²⁰ Cuaderno principal, folio 242. Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social:

Tabla 3. Número de casos reportados de violencia sexual por grupo poblacional, Colombia. Año 2012 – 2014

GRUPO POBLACIONAL	2012	2013	2014
DESPLAZADOS	289	123	345
GESTANTES	557	819	1972
MIGRANTES	5	6	49
PERSONAS CON DISCAPIDAD	112	65	240
CARCELARAIO	0	1	33
INDIGENTE	0	2	58
POBLACIÓN INFANTIL –ICBF	0	0	218
DESMOVLIZADO	0	0	38
PACIENTE PSIQUIATRICO	0	0	78
VIOLENCIA ARMADA	0	2	821

- violencia sexual, acceso a los servicios de atención integral de violencia;
- v) Sólo una de las IPS garantiza atención en salud mental; y
 - vi) Sólo una IPS dispone de los medicamentos completos para la profilaxis de las infecciones de transmisión sexual.

En quinto lugar, menciona las acciones que ha adoptado para mejorar la capacitación, y *“la coordinación interinstitucional e intersectorial para garantizar la prevención de violencia sexual y la detección y atención integral de las víctimas de violencia sexual”*. De acuerdo con las conclusiones de las acciones de asistencia técnica del Ministerio, la apoderada sostiene que las barreras en la atención integral que se han identificado comprenden, entre muchas, *“prejuicios y creencias personales, de los funcionarios/as que atienden víctimas de violencia sexual, [que] tienden a justificar la violencia e incluso a culpar a las víctimas generando discriminación, estigma y revictimización”*²¹.

Por último, presenta los riesgos del cambio de carácter obligatorio de la implementación del Protocolo, entre los que enfatiza en el de la revictimización. Así pues, para el Ministerio el Protocolo busca disminuir los efectos de la violencia sexual como el feminicidio, el suicidio, la mortalidad materna, la transmisión de enfermedades como el VIH, los embarazos no deseados, los trastornos ginecológicos, el aborto inseguro, el estrés postraumático, la depresión, la angustia, las fobias, el estado de pánico, los trastornos de alimentación, la disfunción sexual, y la escasa autoestima, entre otros. Por lo tanto, su falta de obligatoriedad convierte estos efectos en riesgos y configura una ausencia de mecanismos adecuados para abordar la violencia sexual. En este orden de ideas, sostiene que la facultad de aplicación del instrumento se aparta del modelo determinado por instancias de derechos humanos internacionales como el sistema interamericano, que establecen la necesidad de una atención integral, y la obligación de adoptar medidas en contra de la discriminación contra la mujer.

4. Departamento para la Prosperidad Social

El apoderado del Departamento para la Prosperidad Social solicita la **exequibilidad condicionada** de la norma, en el entendido de que la obligatoriedad de la aplicación del Protocolo sólo es aplicable a niños, niñas o adolescentes. En este sentido, considera que la expedición del Protocolo y Modelo de Atención por parte del Ministerio de Salud y Protección Social se da en el marco del mandato de la Ley 1146 de 2007, que adopta medidas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de niños, niñas y adolescentes. Así, si bien el mandato estaba dirigido sólo para menores de edad, el Ministerio lo adoptó de forma general, entonces la –facultad– establecida en la norma demandada *“no puede desconocer el avance estatal para otorgar; por una parte a los profesionales de salud una herramienta que*

²¹ Cuaderno principal, folio 259.

da cuenta de los puntos de vista orientadores de tipo ético y conceptual para la atención de las víctimas de violencia sexual, los cuales deben sus intervenciones, acciones, procesos, procedimientos para garantizar la integralidad en la atención; y por el otro un procedimiento con enfoque de derechos, género y diferencial que garantice el trato digno de la víctima y evite su revictimización, específicamente en atención a niños, niñas y adolescentes como en principio fue ordenado por la Ley 1146 de 2007”²².

5. Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá

La Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá **coadyuva las pretensiones de la demanda** e insiste en que el cambio de aplicación del Protocolo de obligatorio a facultativo viola el principio de progresividad y no regresividad del derecho a la salud *“como parte de los derechos sociales, económicos y culturales pero también, se trata de restablecer los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual en amparo de sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la igualdad de género que pasa porque el Sistema de Salud responda a la “obligación” de aplicar los protocolos de atención diseñados para tal fin, limitándoles “la facultad” de inaplicarlos y así dar cabida a mayores afectaciones a sus derechos fundamentales”²³.*

A su vez, apoya los cargos planteados sobre discriminación en el acceso a la salud de las mujeres y la violación de la obligación de eliminar estereotipos de género, y se refiere a la importancia de la adecuada atención en salud para el acceso a la justicia. Con el objetivo de evidenciar la violación de los derechos de las mujeres y la reproducción de estereotipos de género en la atención en salud, presenta un análisis sobre las mayores barreras en la atención, y casos particulares en los que no se ha aplicado el Protocolo.

6. Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía General de la Nación, actuando a través de su Directora Nacional de Estrategia de Asuntos Constitucionales (E), solicita a la Corte Constitucional que profiera una *“sentencia integradora sustitutiva con el fin de declarar inexecutable la expresión facultad (...) y la sustituya por la palabra obligación”²⁴.*

En primer lugar, la Fiscalía considera que la solicitud de una integración sustitutiva busca que una norma en el ordenamiento jurídico no se convierta en una expresión sin sentido, lo que es legítimo de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En segundo lugar, se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales que son susceptibles de ser reclamados mediante tutela. En este sentido, sostiene que el derecho a la salud es un

²² Cuaderno principal folio 282.

²³ Cuaderno Principal, folio 302.

²⁴ Cuaderno 2, folio 306.

derecho autónomo y que el Estado tiene el deber de garantizar la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad en el goce de este derecho. Por lo tanto, para la Fiscalía, si el Estado omite garantizar alguno de esos elementos incumple su normativa interna, y sus obligaciones internacionales. Además, señala que la determinación de la aplicación facultativa del Protocolo viola la obligación del Estado de crear protocolos de atención, y los derechos a la salud, a la dignidad y a la igualdad.

Por último, considera que la norma también viola el derecho a la justicia de las víctimas de violencia sexual, pues incumple con el deber de asegurar la debida aplicación de las garantías al debido proceso en el trato a las víctimas, particularmente en cuanto a la debida recolección de evidencia y a la activación de los sectores de justicia. Lo anterior, pues la norma tiene implicaciones directas en el recaudo de la prueba y en su custodia, ya que los resultados del examen médico, como medio probatorio, cumple una función determinante en la investigación de este tipo de delitos.

7. Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas solicita que se **declare inequexible la palabra facultad, y en su lugar se reemplace con la palabra obligación para darle coherencia a la norma**. Para la Unidad, en el marco de la Sentencia C-052 de 2012 que se pronuncia sobre la justicia transicional en el conflicto armado, la norma es regresiva frente a una situación en la que previamente se garantizaba una mejor atención en salud a las víctimas de violencia sexual de este conflicto. La Unidad sostiene que, en efecto, las mujeres son las mayores víctimas de violencia sexual en el conflicto, por lo que la norma las afecta de forma desproporcionada.

8. Corporación de Mujeres Ecofeministas COMUNITAR

La Corporación de Mujeres Ecofeministas COMUNITAR presentó intervención ciudadana en la que **coadyuva la demanda**²⁵ y sostiene que el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos a la dignidad y a la igualdad de las mujeres víctimas de violencia sexual, los cuales se violan al establecer la facultad para los médicos y las entidades de implementar el Protocolo, pues comprende un obstáculo para el acceso a la atención integral en salud que las mujeres requieren.

9. Corporación Anne Frank

La Corporación Anne Frank, mediante apoderada, **coadyuva la demanda** y sostiene que la facultad de implementar el Protocolo o Modelo de Atención Integral en Salud para Víctimas de Violencia Sexual constituye una injusticia.

²⁵ La Corporación presentó su intervención mediante escrito del 26 de junio de 2015, antes de que la demanda fuera admitida.

Además, indica que dicha facultad vulnera el derecho a la salud de las personas, y por lo tanto, el derecho a la vida, al dejar al arbitrio el respeto y práctica de todos los pasos que deben realizar los profesionales de salud en casos de violencia sexual, para garantizar el trato digno, especial, seguro y sin ambivalencias de este tipo de pacientes.

10. Grupo de Investigaciones de Derechos Humanos de la Universidad del Rosario

El Grupo de Investigaciones de Derechos Humanos de la Universidad del Rosario (GIDH) interviene para **coadyuvar las pretensiones de la demanda**. Adicionalmente, considera que la expresión demandada es inconstitucional porque viola el derecho a la administración de justicia contemplado en el artículo 229 de la Constitución. Para el GIDH, el Protocolo pretende garantizar el derecho al acceso a la justicia de víctimas de violencia sexual, y entiende la atención en salud como una medida de rehabilitación y de reparación integral. Por lo tanto, sostiene que la norma demandada viola el derecho a la administración de justicia de las víctimas del conflicto armado, al no garantizar la atención en salud en condiciones de dignidad, como una reparación del daño sufrido.

11. Fundación Mujer y Futuro

La Fundación Mujer y Futuro interviene para **apoyar la demanda** de inconstitucionalidad y solicitar que se accedan a las pretensiones de los demandantes. En este sentido, considera que, de acuerdo con el marco jurídico nacional e internacional, las mujeres víctimas de violencia sexual tienen el derecho a recibir atención integral mediante servicios con cobertura suficiente, accesible y de calidad, que incluyan la reserva de la identidad en la atención médica y la provisión de información clara, completa, veraz y oportuna en relación con la salud sexual y reproductiva. Además, sostiene que los derechos de las mujeres se violan cuando las entidades de salud deciden no adoptar los protocolos de atención, pues re victimizan a quien ya ha sufrido una violación de sus derechos.

12. Clínica Jurídica con Enfoque de Género y Diversidades de la Universidad de Nariño

La Clínica Jurídica con Enfoque de Género y Diversidades de la Universidad de Nariño **coadyuva las pretensiones de la demanda** y primero, indica que según cifras, de las 48.000 mujeres víctimas de violencia sexual que llegan a medicina legal sólo 40% son atendidas por el sistema de salud. Segundo, sostiene que la norma demandada retrocede en la garantía de atención diferencial con enfoque de derechos y perspectiva de género para las víctimas y aporta datos para evidenciar los estereotipos de género que se presentan en la atención de la salud de mujeres víctimas de violencia sexual. Por lo tanto, estima que como el Protocolo busca evitar lo estereotipos de género en la

atención de víctimas de violencia sexual, la determinación de su aplicación como facultativa constituye una violación al principio de progresividad.

13. El Meta con Mirada de Mujer

El Meta con Mirada de Mujer intervino para **coadyuvar las pretensiones** de la demanda. La interviniente indica que, a partir de una encuesta realizada a 72 mujeres víctimas de violencia sexual en el conflicto armado, se evidencia que el 85% de las encuestadas no buscó servicios de salud. De ese porcentaje el 46% no buscó los servicios por miedo a sus agresores, debido a la falta de protección de su información en las entidades prestadoras de salud, el 44% no lo hizo por la distancia y la dificultad para llegar al centro de salud y el 10% por que no existía un centro de salud cerca. A su vez, afirma que la encuesta encontró una falta de atención en salud, un trato deshumanizado e indigno, y la ausencia de servicios de salud sexual y reproductiva. Por último, concluye que existen muchas barreras de acceso a los servicios de salud, lo cual podría mejorar si el Protocolo y Modelo de Atención vuelve a ser obligatorio.

14. Comisión Colombiana de Juristas

La Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) intervino a su nombre y como designado por la Mesa de Seguimiento al Auto 092 para solicitar que se declare la **inexequibilidad de la disposición demandada**, y en su lugar se reemplace por una disposición que obligue a las entidades de salud a implementar el Protocolo y Modelo de Atención. En este sentido, primero, señala que la Corte Constitucional mediante el Auto 092 de 2008, reiterado en el Auto 009 de 2015, determinó que la violencia sexual contra las mujeres es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado y que la respuesta del Estado ha sido ineficiente. Por lo tanto, estima que la disposición vulnera las obligaciones estatales de Colombia en materia de derechos humanos, pues genera una discriminación indirecta en contra de las mujeres, viola sus derechos a la salud y a la igualdad, e incumple la obligación del Estado de actuar con debida diligencia en materia de violencia sexual en contra de las mujeres.

En este orden de ideas, afirma que el Protocolo y Modelo de Atención es un instrumento que tiene el objetivo de garantizar los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual de forma integral, además de asegurar el derecho a la verdad de las víctimas y una política para la previsión de la violencia sexual, lo que es un avance importante para la atención de la salud de las víctimas de violencia sexual. Así pues, señala que como parte de las obligaciones de respeto y garantía de no discriminación y el derecho a la salud se encuentra la prohibición de adoptar medidas que menoscaben el ejercicio de los derechos en razón al género, como sucede en este caso, al ser las mujeres las principales víctimas de la violencia sexual en el marco del conflicto armado. Por último, considera que la disposición viola el deber de debida diligencia respecto de la adecuada protección de actos de violencia contra las mujeres, y el deber de prevención de violencia contra la mujer, como la

revictimización al interior del sistema de salud y la denegación de salud sexual y reproductiva.

15. Corporación Mujer Sigue Mis Pasos

La Corporación Mujer Sigue Mis Pasos intervino en el proceso **para apoyar las pretensiones de la demanda**. En este sentido, primero, indica que como una organización de mujeres víctimas que trabaja por los derechos de las sobrevivientes de violencia sexual, dentro y fuera del conflicto armado, saben que las mujeres quieren denunciar los actos de violencia sexual, pero que necesitan de un ambiente y trato adecuados para poder hacerlo. En segundo lugar, presentan un análisis sobre el impacto y las barreras que encuentran las mujeres en el acceso a la salud que consideran fundamento para demostrar la inconstitucionalidad de la norma demandada. Sus conclusiones son las siguientes:

- La distancia de los centros de salud y el temor a sufrir nuevas agresiones, desincentiva la búsqueda de atención;
- En lugares pequeños las víctimas sienten temor, vergüenza y culpa y les cuesta mucho hablar con los profesionales de salud;
- Las mujeres desconocen las rutas de atención y el derecho a acceder a servicios integrales de salud;
- Cuando las agresiones incluyen lesiones físicas, la atención se concentra en éstas;
- Los operadores de salud no aplican la presunción de violencia sexual en los menores de catorce años;
- Los operadores de salud no dan trámite de urgencia a la atención en salud a las víctimas si buscan la atención después de un tiempo de ocurridos los hechos;
- No se garantiza el acceso a la información sobre derechos sexuales y reproductivos, incluido el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo;
- Hay un uso negligente del kit de violencia sexual; y
- No hay una adecuada recolección del material probatorio y la evidencia física lo que demuestra una falta de articulación entre el sector salud y el sector justicia.

Por último, afirman que la norma no sólo retrocede en la protección del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual, sino que además restringe una competencia constitucional y legal del Ministerio de Salud y Protección Social, al desnaturalizar el contenido y alcance de sus actos.

16. Reconstruyendo Sueños de Mujeres Víctimas (RESMUV)

La organización Reconstruyendo Sueños de Mujeres Víctimas (RESMUV) intervino para **coadyuva de la demanda**. Para RESMUV, los componentes más urgentes que se desconocen en la atención a las mujeres víctimas de violencia sexual son la atención en salud mental, el trato digno y la protección

de la confidencialidad. En este sentido, consideran que el Protocolo y Modelo de Atención garantiza la atención en salud integral y oportuna como la primera reparación a las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado, antes que la indemnización, por lo que su aplicación facultativa viola los derechos de las mujeres.

17. Ruta Pacífica de las Mujeres

La Ruta Pacífica de las Mujeres **coadyuva la demanda** y sostiene que comparte los cargos presentados sobre la violación al principio de no regresividad del derecho a la salud y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (T-025 de 2015) que ordena revisar la infraestructura del Estado en la garantía de acceso a los servicios de salud para mejorar su calidad. En este sentido, indica que su investigación “*Una Comisión de la verdad para las Mujeres*”, donde se tomaron testimonios de más de 1000 mujeres, evidencia la revictimización que las mujeres experimentan en el sistema de salud. En consecuencia, sostiene que la norma viola obligaciones internacionales como la de la OMS, acogida por Colombia, sobre la adopción de protocolos para atender a víctimas de violencia sexual, y los precedentes establecidos en los casos de Campo Algodonero y Rosendo Cantú contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establecen que las víctimas de violencia sexual deben tener el nivel más alto de atención en salud que sea posible.

18. Corporación AVRE (Acompañamiento Psicosocial y Atención en Salud Mental a Víctimas de Violencia Política)

La Corporación AVRE intervino para **coadyuvar la demanda**, pues considera que la norma acusada viola el derecho a la atención integral en salud, que incluye la salud mental. Para la interviniente “*el Protocolo de Atención Integral es pues, como un núcleo gravitatorio que ayuda en el proceso de configuración de una red prestadora de servicios, de un sistema de capacitación de personal y de la construcción de una lógica de valoración de sujetos de derechos*”²⁶, que cumple con las obligaciones internacionales de Colombia en materia de derechos humanos. A su vez, sostiene que el Protocolo es “*coyuntural, pertinente y relevante en tanto que su estructura brinda parámetros para la comprensión, atención y rehabilitación de las víctimas de violencia sexual, es decir, se erige como un instrumento continente, facilitador y organizador de un proceso complejo y, como orientador del deber ser, en términos de justicia, conducente a restituir y rescatar la condición de dignidad de las víctimas de violencia sexual*”²⁷.

19. Grupo de Investigación en Género y Desarrollo de la Universidad del Cauca

²⁶ Cuaderno 2, folio 380.

²⁷ Cuaderno 2, folio 380-381.

El Grupo de Investigación en Género y Desarrollo de la Universidad del Cauca **coadyuva la demanda** ya que considera que la norma demandada viola los derechos de las víctimas. En este sentido, sostiene que el Protocolo estableció un estándar de protección que guarda la salud de las víctimas de forma integral, por lo cual su aplicación no puede depender del criterio de profesionales y debe ser garantizado como parte esencial del derecho a la salud.

20. Red Mariposas de Alas Nuevas Construyendo Futuro

La Red Mariposas de Alas Nuevas Construyendo Futuro **coadyuva la demanda** y resalta la importancia de la garantía de la atención integral a las víctimas de violencia sexual en los términos del Protocolo y enfatiza en la necesidad de asegurar la confidencialidad y el apoyo psicosocial en la atención, lo que considera que la norma demandada desconoce.

21. Fundación Círculo de Estudios Culturales y Políticos

La Fundación Círculo de Estudios Culturales y Políticos **coadyuva la demanda** y fundamenta el apoyo en su experiencia en la defensa de los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia sexual por el conflicto armado desde el año 2008 en más de 14 departamentos de Colombia. En este sentido, indica que en su labor de acompañamiento psicosocial a víctimas de violencia sexual ha atendido a más de 1400 mujeres y documentado 502 casos. A partir de este trabajo señala que: i) las mujeres no pueden expresarse en las zonas donde se encuentran por miedo a nuevas agresiones, ii) hay un 100% de cobertura en la atención en salud para las mujeres, no obstante no hay una atención prioritaria, diferencial, y especializada; iii) los procedimientos establecidos son principalmente de corte clínico; iv) no se advierte en el sector salud el impacto positivo del fortalecimiento de perfiles de liderazgo; v) hay una gestión de emocionalidad en contextos de apoyo mutuo; vi) el mundo emocional de las mujeres está en transición de resignificarse; vii) el acompañamiento psicosocial implica el reconocimiento de la individualidad en cada caso; viii) las mujeres entienden la atención priorizada como una estrategia que valora el componente emocional, en la que no se hagan averiguaciones repetitivas que las re victimizan, y que mantenga el principio de la buena fe al creer en el relato de la mujer; y ix) de los 502 casos que documentaron 62 mujeres quedaron en situación de embarazo y 52 continuaron con el embarazo.

22. Corporación Casa de la Mujer y Corporación Humanas

Natalie Sánchez Benítez, como integrante del equipo de la Corporación Casa de la Mujer, y July Angeli Loaiza, como integrante del equipo de la Corporación Humanas, solicitan la **inexequibilidad de la expresión demandada**. Para las intervinientes, el Protocolo y Modelo de Atención es una herramienta importante para el personal médico y para las instituciones en el desarrollo de su deber de asistencia, atención y restablecimiento de los

derechos de las víctimas. Para apoyar sus consideraciones, presentan un análisis de las deficiencias en la atención en salud a partir de seis casos de mujeres que sufrieron violencia sexual. Así, concluyen que la obligatoriedad del Protocolo es de vital importancia para que el Estado colombiano enfrente el reto de la atención en salud de las víctimas de violencia sexual con compromiso y responsabilidad.

23. Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia Colombiana de Jurisprudencia, actuando mediante José Antonio Molina Torres, solicita que se declare **la inexecutable de la norma parcialmente** demandada, y que se modulen los efectos de la decisión para que se entienda que la palabra facultad se reemplaza por la palabra obligación. Para el interviniente, la disposición demandada constituye un retroceso frente a la protección del derecho a la salud, lo que vulnera el bloque de constitucionalidad y el artículo 49 de la Constitución. Además, sostiene que la facultad de aplicar el Protocolo y Modelo de Atención viola el derecho a la igualdad, por generar un impacto desproporcionado para las mujeres y permitir los estereotipos de género en el acceso a la atención en salud.

V.INTERVENCIONES INSTITUCIONALES EXTRANJERAS

Los artículos 242 de la Constitución²⁸ y 7 del Decreto 2067 de 1991²⁹ contemplan la intervención en los juicios de constitucionalidad ante esta Corporación, para defender o impugnar las normas revisadas, y la determinan como una intervención **ciudadana, que por lo tanto se encuentra restringida a los nacionales**. En este sentido, no es admisible que las intervenciones de extranjeros pretendan la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de contenidos normativos colombianos, al formular juicios de validez de las disposiciones que se revisan. Sin embargo, la Corte Constitucional considera que la participación de extranjeros en este proceso constituye un aporte valioso de apoyo fáctico y técnico para reunir elementos

²⁸ Constitución Política. “Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos.

3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto.

5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley.”

²⁹ Decreto 2067 de 1991. “Artículo 7o. Admitida la demanda, o vencido el término probatorio cuando éste fuere procedente, se ordenará correr traslado por treinta días al Procurador General de la Nación, para que rinda concepto. Dicho término comenzará a contarse al día siguiente de entregada la copia del expediente en el despacho del Procurador.

En el auto admisorio de la demanda se ordenará fijar en lista las normas acusadas por el término de diez días para que, por duplicado, cualquier ciudadano las impugne o defienda. Dicho término correrá simultáneamente con el del Procurador.

A solicitud de cualquier persona, el Defensor del Pueblo podrá demandar, impugnar o defender ante la Corte normas directamente relacionadas con los derechos constitucionales”.

de juicio para tomar la decisión. Por ejemplo, como las contribuciones sobre las situaciones de hecho, los criterios científicos o el derecho internacional. Así pues, esta Corporación omitirá las solicitudes sobre la exequibilidad o inexecutable de la norma acusada y sólo tendrá en cuenta las consideraciones del carácter mencionado, que además hayan sido presentadas en el idioma oficial.

1. El Instituto de Democracia y Derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica de Perú (IDEHPUCP)

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de Perú (IDEHPUCP) presentó un *amicus curiae* en el que sostiene que la implementación de protocolos de atención en salud a víctimas de violencia sexual constituye una obligación para el Estado colombiano. En este sentido, considera que los Estados se encuentran en la obligación de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos y que dicha reparación, como lo ha establecido la Corte Constitucional colombiana, es independiente de la persecución penal de los victimarios. A su vez, señala que el derecho a la atención adecuada en salud hace parte del contenido esencial del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual y es una medida rehabilitadora. Finalmente, indica que una de las medidas necesarias para cumplir con la obligación de reparación de las víctimas de violencia sexual es la adopción de protocolos que permitan la prestación de servicios médicos adecuados, lo que en este caso debe garantizarse mediante la aplicación obligatoria del Protocolo y Modelo de Atención de Violencia Sexual.

2. Amnistía Internacional

Amnistía Internacional presentó un *amicus curiae* para ofrecer más información y consideraciones sobre algunos aspectos de las obligaciones internacionales de Colombia frente a las víctimas de violencia sexual. En este marco, considera que la determinación de la aplicación del Protocolo como facultativa viola el derecho a la justicia y a la reparación de las víctimas de violencia sexual. También señala que la disposición acusada incumple la obligación para los Estados de respetar y garantizar el acceso de las mujeres y las niñas víctimas de violencia sexual a servicios de salud. Además, sostiene que como el Protocolo es un instrumento que garantiza los derechos de las mujeres, la nueva medida que lo hace de aplicación facultativa constituye una regresión en la garantía del derecho a la salud sin discriminación. Por último, indica que la falta de garantía de servicios de salud para víctimas de violencia sexual puede constituir tortura, trato cruel, inhumano y degradante.

3. Médicos sin Fronteras

Médicos sin Fronteras (MSF) presentó *amicus curiae* en el que aporta su informe del 2014 *¿Y qué pasó con caperucita?*, que recoge 223 casos en los departamentos de Caquetá, Cauca y Nariño de personas que recibieron atención por MSF después de haber sufrido violencia sexual. Como lo

establece el informe, indica que el 80% de sobrevivientes de violencia sexual entre junio de 2012 y agosto de 2013 no buscó ayuda en las estructuras de salud locales, por desconocimiento, por no considerar que habían sufrido violencia sexual, por amenazas del perpetrador y por vergüenza, entre otras. En este sentido, considera que el informe evidencia la necesidad de la obligatoriedad de la aplicación del Protocolo para salvaguardar el derecho a la salud de las personas.

4. Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de investigación y Docencia Económicas de México

El Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas de México (ADSR del CIDE) presentó un *amicus curiae* en el que analiza las obligaciones internacionales para los Estados de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud, establecidas por el PIDESC y el artículo 26 de la CADH. En este orden de ideas, afirma que cuando el Estado no garantiza los servicios que requieren las mujeres y niñas víctimas de violencia sexual, afecta sus derechos y las discrimina de forma indirecta. Por lo tanto, sostiene que la disposición vulnera el derecho a la igualdad, y las obligaciones internacionales del Estado sobre el deber de proveer atención en salud, ya que de los obstáculos en el ejercicio del derecho a la salud como víctima de violencia sexual se derivan otras dificultades estructurales que contribuyen a la discriminación de la mujer y a la violación de otros derechos.

5. Nobel Women's Initiative

El grupo Nobel Women's Initiative presentó un *amicus curiae* en inglés. Mediante auto del 7 de octubre de 2015, se le solicitó que enviara dicha intervención en español, para que pudiera ser considerada en la demanda. No obstante, no se recibió ninguna respuesta.

VI. INTERVENCIONES CIUDADANAS

1. Yisel Carabali Rentería, Yeimi Viviana Calderón, Dulce Belalcazar, Irene Cantillo, Ana Beiba palacios, Clemencia Rodríguez, Gloria Amparo Meneses, Siris del Carmen Rentería, Adolfa Perea Martínez, Luz Erika Alegría, Tomasita Vidal Correa, Angélica Sepúlveda y Luz Marina Díaz

Las intervinientes, como lideresas y sobrevivientes de violencia sexual en el contexto del conflicto armado colombiano, **coadyuvan la demanda y sus pretensiones** y manifiestan que la calidad facultativa de la aplicación del Protocolo interfiere en el acceso a la salud de las mujeres víctimas de violencia sexual. Además, identifican una serie de obstáculos en la atención a las mujeres, con el objetivo de complementar las razones por las que la facultad de aplicación del Protocolo contribuye a esta realidad.

2. Diana Isabel Molina Rodríguez

Diana Isabel Molina Rodríguez **coadyuva las pretensiones de la demanda**, pues considera que la violencia sexual sigue siendo un riesgo en virtud del género, en el marco del conflicto armado y el desplazamiento forzado. La interviniente sostiene que la falta de aplicación general y de difusión del Protocolo va en contra de las obligaciones constitucionales e internacionales de brindar atención en salud de forma “*inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial, de forma gratuita y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas derivadas de las agresiones*”³⁰. En este sentido, afirma que las dificultades en el acceso a la salud de las víctimas, que se encuentran reconocidas por el Estado tanto en su jurisprudencia como en el marco normativo, hacen que la adopción del Protocolo y Modelo de Atención como obligatorio sea un paso necesario para la garantía del derecho a la salud de forma integral.

A continuación, señala que los protocolos buscan estandarizar procesos, mejorar la calidad en la atención, racionalizar recursos, y reducir la carga de lo tratado, y que en estricto sentido legal, son obligatorios, y solo son facultativos cuando existen razones demostrables que justifiquen una conducta diferente. Por último, indica que sin un protocolo de carácter obligatorio se retrocede en la vigilancia epidemiológica de la violencia sexual, que constituía un avance significativo para la gestión de conocimiento y en la adopción de medidas de protección y atención integral de la violencia sexual, lo que tiene graves resultados en el goce del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual.

3. Iván Cepeda Castro

Iván Cepeda Castro, como ciudadano y coautor de la ley parcialmente demandada, intervino en el proceso para expresar su “*respaldo a los argumentos expuestos por las organizaciones demandantes, al compartir a cabalidad los tres cargos planteados*”³¹. Señala que el propósito de la norma siempre fue reforzar el deber de aplicación del Protocolo, no obstante, hacia el final del cuarto debate en el Congreso el tema fue cuestionado por el partido conservador, para que no se estableciera su obligatoriedad. Así, afirma que como fue planteado por los demandantes, no se dio una discusión pública sobre el tema al interior del Congreso, ni se justificó la regresividad de la medida. Por último, aclara que “*la aplicación del protocolo en salud con modificaciones que se le pueden realizar, no necesariamente garantizará el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual por sí mismo para ello es necesario que tal y como ocurre en la actualidad, las distintas modificaciones que puedan introducirse en el futuro al instrumento, cumplan con los estándares nacionales e internacionales en materia de*

³⁰ Cuaderno 2, folio 390, citando Sentencia T-045 de 2010.

³¹ Cuaderno 2, folio 432.

*derechos humanos, solo si esto ocurre el protocolo deberá ser de obligatorio cumplimiento*³².

VII. INTERVENCIONES EXTEMPORANEAS

Una vez vencido el término de intervención para los invitados a participar y de fijación en lista, se recibieron escritos del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, de la Defensoría del Pueblo, de Ruth Rubio Marín y de los demandantes.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare la **inhibición** de la demanda por ineptitud, y en subsidio que declare la **exequibilidad** de la disposición demandada.

Para la Vista Fiscal la Corte debería abordar tres problemas jurídicos:

- i) *“Si la expresión “facultad” “hace que la medida establecida en esa norma resulte regresiva frente a lo preceptuado en la Resolución 459 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social de tal manera que vulnera el principio de progresividad y el mandato de no regresividad en materia de salud, contenido en el artículo 49 constitucional y en normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad;*
- ii) *Si la norma demandada, en caso de que efectivamente se trate de una medida regresiva de la protección al derecho a la salud prohibida por el ordenamiento constitucional, genera además una discriminación indirecta en contra de las mujeres por razón de su sexo en general, y de las mujeres menores de edad, indígenas, afro-descendientes y con discapacidad, en particular y contraría lo ordenado en los artículos 13 y 43 constitucionales y en las normas del bloque de constitucionalidad invocadas en la demanda;*
- iii) *Si, en caso de que la norma sea efectivamente regresiva y contraria al principio de progresividad, existe o no una obligación en cabeza del Estado de establecer medidas tendientes a eliminar los estereotipos de “género” y, si la respuesta a esta pregunta es positiva, si por medio de la medida adoptada en la norma demanda el Estado incumple esta obligación*³³.

Para la Procuraduría, la norma *“deja en libertad a las entidades prestadoras de servicio de salud para que adopten o no un protocolo, y en caso de hacerlo, no tiene que ser necesariamente el que está contenido en la Resolución 459 de 2012 (...)”*³⁴, pero además fija unos criterios dentro de la norma que deben ser atendidos en la prestación de la salud, como la gratuidad,

³² Cuaderno 2, folio 433.

³³ Cuaderno 2, folio 569.

³⁴ Cuaderno 2, folio 571.

la priorización, la asesoría a la mujer sobre la interrupción voluntaria del embarazo y la garantía de la objeción de conciencia a los médicos.

En este sentido, hace un recuento de cómo apareció la palabra facultad en la norma y resalta que el cambio respondió a la necesidad de armonizar las tensiones que puedan generarse entre las víctimas de violencia sexual “*cuando estas solicitan la práctica de un aborto, con el derecho de los médicos y del nasciturus*”³⁵. Así, considera que esta armonización cumple con la función de proteger los derechos mencionados, ya que la obligatoriedad del Protocolo delegaba la solución jurídica de la tensión entre la posibilidad de un aborto y la objeción de conciencia en un acto administrativo, cuando se trata de un tema privativo del Legislador.

A continuación, sostiene que los demandantes entienden que la norma hace referencia a la Resolución 459 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social, pero que esto es una lectura errónea, ya que la remisión expresa a la norma fue descartada en el debate. Por lo tanto, considera que los cargos planteados carecen de certeza, por hacer una lectura subjetiva de la norma, por lo que la Corte debería declararse inhibida.

Si la Corte considera que la demanda si cumple con los requisitos de certeza, la Procuraduría solicita que declare la constitucionalidad de la expresión demandada, pues esta no vulnera el principio de progresividad ni la prohibición de no regresividad. Para la Vista Fiscal, un acto administrativo, como es la Resolución, no puede ser tenido como un parámetro para juzgar la regresividad de una medida legislativa porque poseen esferas regulatorias diversas que no pueden confundirse, ya que se transgrediría el principio de legalidad. En este orden de ideas, no es posible afirmar una regresividad en este caso ya que “*el juicio tendiente a determinar si la norma resulta contraria a mandatos constitucionales debe hacerse tomando como parámetro la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad*”³⁶. No obstante, señala que de considerar pertinente el juicio de regresividad debería aplicarse un juicio débil, pues si el asunto es uno que le corresponde al Legislador, es justificable en razón a su competencia sobre la materia.

La Procuraduría estima que lo que los demandantes consideran regresivo no es la prestación de la salud en sentido estricto sino “*la forma como han de armonizarse la posibilidad de acceder al aborto, como una conducta despenalizada (específicamente en caso de embarazo fruto de una violación, o en general, de un acto sexual no consentido) y la objeción de conciencia de los médicos respecto de una eventual solicitud de aborto*”³⁷. Entonces, por tratarse de una armonización en temas privativos de la ley no puede ser invadido por actos administrativos. Para la Procuraduría, la regulación de la objeción de conciencia se debe hacer mediante ley estatutaria, como ha sido

³⁵ Cuaderno 2, folio 574.

³⁶ Cuaderno 2, folio 580

³⁷ Cuaderno 1, folio 581.

indicado por la misma Corte Constitucional, al igual que el aborto. Entonces, la reglamentación del aborto y la objeción de conciencia escapan las competencias del Ministerio por corresponderle al Legislador.

En su concepto, una medida ajustada a la Constitución como lo es la norma, no puede ser considerada como regresiva del derecho a la salud. Así, señala que es paradójico sostener que la norma es regresiva porque no hace obligatoria la implementación de un protocolo que contiene medidas que no hacen parte de lo que es considerado parte del derecho a la salud en Colombia, como el aborto, y que constituye un delito despenalizado en unos supuestos. Además, estima que no puede considerarse regresiva una norma que maximiza la autonomía técnica de las entidades prestadoras de servicios.

Por último, sostiene que al no existir regresividad en la medida no son procedentes los otros dos cargos, y descarta una vulneración al derecho a la igualdad o una vulneración de la obligación del Estado de erradicar estereotipos de género. Además, indica que la modulación solicitada por los demandantes escapa la competencia de la Corte Constitucional, ya que se inmiscuye en la competencia legislativa y cambia el sentido de la disposición.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra un precepto que forma parte de una ley de la República.

Consideraciones previas: aptitud de la demanda

2. Antes de entrar a considerar los cargos planteados, es necesario establecer la aptitud de la demanda, toda vez que el Ministerio de Defensa y la Procuraduría General de la Nación plantearon la ineptitud de la misma por falta de certeza.

La Procuraduría solicita que se declare la ineptitud sustantiva de la demanda por incumplir con el requisito de certeza, ya que estima que los demandantes entienden que la norma tiene una referencia a la Resolución 459 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social, lo que es una lectura errónea, ya que la referencia expresa a la norma fue descartada en el debate. Por lo tanto, considera que los cargos planteados hacen una lectura subjetiva de la norma.

El Ministerio de Defensa también solicita que la Corte declare la ineptitud de la demanda por incumplir con el requisito de certeza, pues considera que ésta no se dirige en contra del contenido de la ley, sino de una aplicación hipotética de la misma.

3. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad³⁸. Específicamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe precisar: el *objeto* demandado, el *concepto de la violación* y la razón por la cual la Corte es *competente* para conocer del asunto. La concurrencia de los tres requerimientos mencionados hace posible un pronunciamiento de fondo.

En la **Sentencia C-1052 de 2001**, la Corte señaló que las razones presentadas por el demandante en el concepto de la violación debe reunir las siguientes características: *claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia*. El requisito de *certeza* implica que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por el actor sin conexión con el texto de la disposición acusada. Lo anterior supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto.

4. Los demandantes afirman que la expresión acusada es contraria al derecho a la salud, al bloque de constitucionalidad y al principio de no regresividad en materia de derechos sociales, debido a que prevé un retroceso injustificado de una garantía existente en relación con la obligación de adoptar e implementar protocolos dirigidos a asegurar el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual bajo condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad. Particularmente, sostienen que mediante la Resolución 459 de 2012, el Ministerio de Salud había establecido la obligación a cargo de las instituciones de implementar el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual para las víctimas de violencia sexual que generaba unas condiciones particulares de accesibilidad, sin embargo el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 reguló la materia y previó la implementación del protocolo como una facultad, de manera que admite que las instituciones de salud se abstengan de aplicarlo.

Los demandantes consideran que la eliminación del deber de estandarización de los servicios de salud para este tipo de víctimas, al cambiar las condiciones de acceso (i) conlleva la disminución de la garantía del derecho a la salud de las víctimas, puesto que no todas contarán con igual disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios médicos; y (ii) no persigue ningún fin, ni se soporta en criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, la disposición carece de justificación y desconoce la obligación del Estado colombiano de garantizar en la mayor medida posible el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual, específicamente en relación con los componentes de disponibilidad, accesibilidad y calidad.

³⁸ Dice norma citada: “Artículo 2°. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

A su vez, consideran que la norma es inconstitucional por la discriminación indirecta que genera el retroceso injustificado en relación con el cambio de condiciones de accesibilidad a los servicios de salud; y por el desconocimiento de la obligación a cargo del Estado colombiano, de adoptar medidas para eliminar los estereotipos de género.

5. La Corte considera que los cargos planteados cumplen con el requisito de certeza por cuanto el contenido normativo se deduce de la ley. En efecto, ésta prevé la facultad de adoptar el Protocolo y, en esa medida, se trata de una medida discrecional para las instituciones de salud. En efecto, la norma establece que “[t]odas las entidades del sistema de salud están en la facultad de implementar el **Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual**”. Si bien la norma no hace referencia expresa a la Resolución 459 de 2012, si establece una remisión específica al Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, que fue adoptado en dicha Resolución. Así pues, el contenido normativo es particular e individualizable, lo que hace incuestionable la certeza de los cargos.

En el mismo sentido, el requisito de certeza exige que la proposición jurídica que se demande sea real, esto implica que sea posible verificar el contenido a partir del texto de la norma, lo que sucede en este caso. A su vez, la consignación expresa del Protocolo hace posible entender que la norma alude a las directrices de atención médica expedidas por la Resolución 459 de 2012. Si el Legislador hubiera tenido una intención diferente o se tratara de una remisión subjetiva no se hubiera referido al mismo como –el- Protocolo, sino probablemente como –un- Protocolo, y tampoco hubiera hecho referencia a su título técnico. Por lo tanto, es a partir del mismo artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 que se deduce el asunto.

De otra parte, los cargos en contra de la norma se refieren al incumplimiento de una obligación internacional sobre adopción de protocolos que se concreta en un cambio en las condiciones de acceso al derecho a la salud por la determinación de la facultad de aplicación de un procedimiento estandarizado, que en el concepto de los demandantes contiene garantías de disponibilidad, accesibilidad y calidad. Por lo tanto, los cargos no buscan que la Corte se pronuncie sobre el contenido de dicha Resolución, lo que no sería posible, sino buscan cuestionar la facultad de aplicación de un procedimiento médico en la atención en salud, que está abiertamente consignado en la norma demandada. Así pues, el hecho de que la norma expresamente consigne la posibilidad de aplicación e individualice la directriz para la atención en salud, hace que los cargos recaigan sobre una situación cierta, y no hipotética o subjetiva.

6. Para la Corte, la demanda cumple con el requisito de certeza por lo que se pasarán a analizar los cargos planteados.

Alcance de la norma, planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución

7. Los demandantes plantean tres cargos de inconstitucionalidad contra la expresión “*facultad*”, contenida en el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014, a saber: i) la violación de los artículos 49 y 93 de la Constitución, del bloque de constitucionalidad y del principio de progresividad y no regresividad del derecho a la salud al generar un cambio en las condiciones de accesibilidad de las víctimas de violencia sexual; ii) la discriminación indirecta que genera el retroceso injustificado en relación con una garantía del derecho a la salud lo que viola los artículos 13, 43 y 49 de la Carta y el bloque de constitucionalidad; y iii) el desconocimiento de la obligación a cargo del Estado colombiano, de adoptar medidas para eliminar los estereotipos de género establecida por el derecho a la igualdad y el bloque de constitucionalidad.

El Ministerio de Justicia y de Derecho, el Ministerio de Salud y Protección Social, la Fiscalía General de la Nación, la Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá y la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas solicitan que se declare la inexecutable de la expresión demandada y en su lugar se adopte una sentencia integradora sustitutiva que reemplace la expresión por la palabra obligación. Más de veinticinco organizaciones no gubernamentales, diferentes Universidades y ciudadanos coadyuvan la demanda.

Todos los anteriores intervinientes consideran que la expresión acusada vulnera el derecho a la salud, al haber retrocedido en la garantía de protección de este derecho por el cambio en las condiciones de accesibilidad, particularmente de las mujeres víctimas de violencia sexual, y por lo tanto viola el principio de progresividad y no regresividad. Además, la mayoría coinciden con los argumentos planteados sobre el impacto desproporcionado que genera la norma en el ejercicio del derecho a la salud de las mujeres, y el desconocimiento de la obligación de eliminar estereotipos de género. Adicionalmente, varios de los intervinientes consideran que la norma acusada también viola el derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación y el deber de debida diligencia en la atención y prevención de la violencia contra la mujer.

El Departamento para la Prosperidad Social solicita la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido de que la aplicación del Protocolo y Modelo de Atención solo es obligatoria para niños, niñas y adolescentes, pues la Ley 1146 de 2007 ordenó una protección reforzada para los menores de 18 años en relación con la violencia sexual, por lo que la nueva norma no puede desconocer ese avance.

La Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Defensa solicitan que se declare la exequibilidad de la norma. Para la Vista Fiscal, una Resolución, como un acto administrativo, no puede ser un parámetro para juzgar la

regresividad de una medida legislativa, pero si esto es admitido por la Corte, debería aplicar un juicio débil.

De otra parte, la Procuraduría considera que lo que los demandantes entienden que es regresivo no es la prestación del servicio de salud, sino la posibilidad de acceder al aborto y a reclamar la objeción de conciencia de los médicos ante una eventual solicitud de esa naturaleza. En este orden de ideas, advierte que por tratarse de dos temas que son privativos de la ley no pueden ser invadidos por la regulación de los actos administrativos y se deben mantener como facultad del Legislador. Así pues, sostiene que el Protocolo contiene medidas que no son consideradas parte del derecho a la salud, como el aborto, por lo que su aplicación discrecional no puede ser considerada como una regresión en la garantía del derecho a la salud. Por último, estima que en vista de que la norma no es regresiva, los otros dos cargos no son procedentes.

Alcance de la norma demandada

8. La Corte Constitucional considera que antes de determinar los problemas jurídicos de acuerdo con la demanda planteada, es necesario establecer el alcance de la norma demandada, pues también fija el alcance de la revisión constitucional que abordará la Corte.

9. En primer lugar es necesario delimitar el contexto en el que se inscribe el aparte demandado. Así, el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 establece la atención integral y gratuita en salud para las víctimas de violencia sexual. En este sentido, la norma **primero**, reconoce el derecho de las víctimas de violencia sexual a la atención prioritaria como equivalente a la atención médica de urgencia, sin importar el tiempo transcurrido entre el momento de la agresión y la consulta, así como de la denuncia penal. **Segundo**, establece la gratuidad de los servicios de salud. **Tercero**, determina que todas las entidades del sistema están en la facultad de implementar “*el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual*”. **Por último**, condiciona el contenido del Protocolo a la exigencia de contemplar como parte de los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo la objeción de los médicos y la asesoría de la mujer en continuar o interrumpir el embarazo.

De conformidad con lo anterior, la disposición en la que se inscribe el aparte demandado tiene una finalidad: la protección prioritaria de las víctimas de violencia sexual. Esta busca cumplir con dicho objetivo mediante dos acercamientos: la protección de la salud integral de las víctimas y el aseguramiento de los medios de prueba y su integridad para la garantía de la efectividad y eficacia de la investigación penal, que a su vez busca salvaguardar el derecho de las víctimas de violencia sexual al acceso a la justicia.

Es así como el contenido normativo, de una parte, reconoce el derecho a una protección prioritaria, integral y gratuita a todas las víctimas de violencia

sexual y concreta las anteriores directrices al contemplar la facultad de las entidades de salud de implementar un protocolo de atención que busca estandarizar procesos. Finalmente, añade por vía legal el requisito de que la atención contemple la posibilidad de los médicos de objetar conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo, así como la consejería para las mujeres sobre la posibilidad de continuar o no con dicho embarazo.

Ahora bien, en el anterior contexto se precisa que el aparte que delimita el alcance de la revisión corresponde al **tercer componente** del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 y se limita a la expresión “*facultad*” de ese enunciado compuesto. En este sentido, la expresión acusada se refiere a la posibilidad que tienen las entidades de salud de implementar un protocolo y modelo de atención. Como se advirtió, la finalidad específica de este contenido normativo es concretar la atención prioritaria e integral y la protección del derecho al acceso a la administración de justicia.

Es así como, el análisis de constitucionalidad que esta Corporación realizará se circunscribe a la expresión “*facultad*” en la tercera frase del artículo. Se debe resaltar que, la demanda no versa sobre el cuarto aparte que hace referencia a la interrupción voluntaria del embarazo y a la objeción de conciencia, ni a otro de los componentes del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014. No obstante, como se trata de un enunciado que delimita la posibilidad para unos sujetos determinados, -las entidades de salud-, de hacer o no algo, -implementar un protocolo-, es necesario hacer referencia a los sujetos y a la acción de la posibilidad que se analiza, pero esto no significa que se examine su constitucionalidad.

De conformidad con lo anterior, la inclusión de un protocolo en la norma busca atender simultáneamente la protección de la salud integral de las víctimas en los términos reconocidos en la norma y su derecho al acceso a la administración de justicia como un instrumento que fija un procedimiento estandarizado para esta atención, que a su vez genera una colaboración interinstitucional. Como fue explicado por el Ministerio de Salud en su intervención, este procedimiento contempla una serie de pasos de diversa naturaleza que abarcan desde la información a la comunidad para que conozca sobre la posibilidad de la atención, la recepción de la víctima, su trato y la ayuda psicosocial hasta la determinación de los exámenes específicos y tratamientos para, por ejemplo, la prevención del VIH, el embarazo y en los casos pertinentes: el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, así como la colaboración interinstitucional para adelantar las respectivas investigaciones penales³⁹.

³⁹ El Protocolo y Modelo de Atención a Víctimas de Violencia Sexual está compuesto por: i) introducción; ii) objetivos; iii) alcance; iv) justificación; v) población; glosario básico sobre la violencia sexual; vi) pasos fundamentales en la atención integral de las víctimas de violencia sexual; vii) sinopsis del proceso en la atención de la violencia sexual por el sector salud; y viii) sinopsis del proceso de seguimiento de la víctima de violencia sexual por el sector salud. La introducción presenta el instrumento como una herramienta de atención integral en salud para las víctimas de violencia sexual y explica el proceso de su construcción con la participación de profesionales interdisciplinarios. El objetivo general del protocolo es brindar a los equipos de salud una herramienta metodológica y conceptual con los criterios básicos e indispensables para el abordaje integral de las víctimas de violencia sexual que garanticen una atención con calidad y el restablecimiento de

La Corte advierte que el Legislador, en el ejercicio de su margen de configuración, decidió referir a un acto administrativo específico e individualizable la adopción de un protocolo para definir el modelo de atención de las víctimas de violencia sexual. No obstante, en este caso la delimitación de lineamientos sobre la atención en salud a víctimas de delitos hace parte de las competencias del Ministerio de Salud y de la Fiscalía en lo relevante a la investigación de los delitos. Se debe recordar que como un acto administrativo de carácter general su contenido es vinculante de forma autónoma a la ley, pero en esta oportunidad ha sido recogido en el artículo. También es importante precisar que las autoridades competentes están en la facultad de revisar el contenido de sus protocolos cuando lo consideren pertinente, como en efecto deberían hacerlo, pues se trata de actos administrativos que responden a realidades cambiantes y a una dinámica del delito que se pueden actualizar.

De conformidad con lo anterior, esta Corporación no es competente para conocer de la validez del protocolo referido en la disposición parcialmente acusada. De una parte, porque su enunciado en el artículo 23 no ha sido demandado, pero aún si lo hubiera sido, su naturaleza como acto administrativo escapa la competencia de revisión de la Corte. Sin embargo, la determinación del Legislador de incluirlo en la norma como una referencia, habilita a este Tribunal para conocer de lo relativo a la implementación o no de ese instrumento en la forma en que la ley lo dispone.

En este orden de ideas, se reitera que el alcance del examen de constitucionalidad de la expresión demandada en relación con los cargos está circunscrito a revisar la “*facultad*” de implementar protocolos de atención en el contexto de la violencia sexual. Por lo tanto, la revisión constitucional no apunta a hacer un juicio de validez sobre el respeto de los derechos a la igualdad, a la salud y del principio de no regresividad del contenido del

los derechos de las víctimas. Los objetivos específicos buscan ofrecer a las instituciones prestadoras del servicio de salud y a sus profesionales los procesos y procedimientos e insumos para garantizar la atención de calidad y oportuna a esta población, articular las guías y reglamentos relacionados con la toma de pruebas, tratamiento adecuado y acciones de protección para garantizar la integralidad de la atención y la restitución de los derechos, poner en marcha la ruta intersectorial, y cumplir con los procedimientos necesarios en los procesos de judicialización. El alcance, la justificación y la población dan cuenta de los destinatarios y de la problemática de la violencia sexual en el país. El glosario hace referencia a los términos más utilizados alrededor de esta problemática. Luego, el protocolo pasa a delimitar los quince pasos prácticos y lineamientos a seguir para la atención de las víctimas por el personal de salud: 1. La preparación de la comunidad para acceder a los servicios integrales de salud dirigidos a víctimas de violencia sexual. 2. La verificación y mantenimiento de las condiciones mínimas necesarias para brindar una atención integral a la víctima de violencia sexual desde el sector salud. 3. La recepción inmediata a la víctima de violencia sexual en el servicio de urgencias médicas. 4. La valoración clínica inicial de la víctima. 5. La toma de las pruebas diagnósticas necesarias para explorar el estado de salud de la víctima en la evaluación inicial. 6. La profilaxis sindromática para ITS durante la consulta inicial por salud. 7. La profilaxis para VIH/Sida durante la consulta inicial por salud. 8. La anticoncepción de emergencia y el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. 9. La intervención terapéutica inicial especializada en salud mental para la víctima durante la primera consulta. 10. Los seguimientos clínicos requeridos. 11. La derivación hacia otros profesionales de la salud para asegurar la atención integral de las víctimas de violencia sexual. 12. La derivación hacia otros sectores involucrados en la atención inicial del caso de violencia sexual. 13. Los procedimientos de vigilancia en salud pública de la violencia sexual que correspondan. 14. Los seguimientos rutinarios que requiere una víctima de violencia sexual atendida por el sector salud. 15. El adecuado cierre de caso. Los últimos dos puntos hace una sinopsis en cuadros de los procedimientos y el seguimiento a las víctimas de violencia sexual.

protocolo, sino que se limita al juicio sobre la “*facultad*” de implementar protocolos de atención para víctimas de violencia sexual, de conformidad con los cargos planteados.

10. En consecuencia, en el presente caso la Corte debe entrar a resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿La expresión *facultad* del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 viola los artículos 49 y 93 de la Constitución, el bloque de constitucionalidad y el principio de progresividad y no regresividad al generar un cambio en las condiciones de acceso a los servicios de salud para las víctimas de violencia sexual?
2. ¿La expresión *facultad* del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 viola el derecho a la igualdad en el acceso al derecho a la salud por generar una discriminación indirecta e interseccional para las mujeres y sobre todo para aquellas indígenas, afrocolombianas y en situación de discapacidad?
3. ¿La expresión *facultad* del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 viola la obligación del Estado de adoptar medidas para eliminar los estereotipos de género, en razón a la regresión en la protección del derecho a la salud?

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Corte abordará el marco constitucional sobre i) el derecho a la salud y el principio de progresividad y no regresividad; ii) el deber de igualdad ante la ley; iii) el contenido del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual; iv) la obligación de eliminar estereotipos de género; v) para finalmente y con fundamento en lo anterior pasar a resolver los problemas jurídicos planteados por la demanda.

El derecho a la salud y el principio de progresividad y no regresividad

11. El artículo 49 de la Constitución establece la garantía para todas las personas del “*acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”. Esta Corporación ha definido la salud como ‘*un estado completo de bienestar físico, y mental*’ dentro del nivel posible de salud para una persona⁴⁰. A su vez, la jurisprudencia Constitucional ha determinado la salud como un servicio público esencial de carácter obligatorio⁴¹ que se rige principalmente por los principios de *solidaridad, universalidad e integralidad*⁴².

Asimismo, esta Corporación ha determinado que el derecho a la salud es un **derecho fundamental y autónomo**⁴³ esencial para la garantía de la dignidad

⁴⁰ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa citando Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴¹ Sentencia C-313 de 2014 M.P. Eduardo Mendoza citando Sentencia T- 484 de 1992 M.P. Morón Díaz y sentencia C- 408 de 1994.

⁴² Sentencia C-130 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería; Sentencia C-258 de 2013 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

humana, que comprende el derecho al nivel más alto de salud física, mental y social posible⁴⁴, y que algunas de sus facetas son susceptibles de ser reclamadas mediante la acción de tutela⁴⁵. El artículo 2 de la Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015, establece su contenido y naturaleza de la siguiente manera:

“Artículo 2. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que el derecho a la salud tiene una dimensión positiva y otra negativa. La primera, se refiere a las acciones que debe adoptar el Estado para garantizar el acceso a servicios de salud de calidad y de forma oportuna y eficaz. La dimensión negativa se refiere a la prohibición de que el Estado, de una parte adopte medidas que vulneren el derecho a la salud, o de otra, interfiera de forma injustificada en el goce de este derecho.

12. Los convenios internacionales de derechos humanos que reconocen el derecho a la salud han sido integrados a la Constitución a través de los artículos 93 y 94 de la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad⁴⁶. En este ámbito, el principal reconocimiento y desarrollo

⁴⁴ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-313 de 2014 M.P. Eduardo Mendoza; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Artículo 12.

⁴⁵ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. La Corte determinó que el derecho a la salud era exigible de forma inmediata, cuando el servicio o medicamento que se reclama hace parte del plan obligatorio de salud, y en los casos en que sujetos de especial protección constitucional reclaman un servicio de salud que requieren. *“Así pues, la jurisprudencia constitucional ha dejado de decir que tutela el derecho a la salud ‘en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad personal’, para pasar a proteger el derecho ‘fundamental autónomo a la salud’. Para la jurisprudencia constitucional “(...) no brindar los medicamentos previstos en cualquiera de los planes obligatorios de salud, o no permitir la realización de las cirugías amparadas por el plan, constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud.” La Corte también había considerado explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo ha considerado la jurisprudencia, por ejemplo, con relación a las personas de la tercera edad”.*

⁴⁶ Sentencia C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; la inclusión de los derechos sociales como se clasifica el derecho a la salud en el derecho internacional al bloque de constitucionalidad se da en las Sentencias T-568 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-551 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-642 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, T-666 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-697 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y T-827 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Para un recuento detallado del desarrollo del derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos ver Anexo 2 de la Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, las que también integran el reconocimiento, contenido y alcance del derecho a la salud en diversos

de este derecho se ha dado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁴⁷, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁸, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece la obligación de proveer acceso al derecho a la salud a todas las mujeres sin discriminación⁴⁹, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁰ en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, que reconoce en su artículo 10 que el derecho a la salud comprende ‘*el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*’⁵¹. Estas disposiciones, como parte del bloque de constitucionalidad, son parámetro de control de constitucionalidad de las leyes.

A partir del bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de esta Corporación y la ley, han integrado al ordenamiento jurídico el contenido y el alcance de las obligaciones que surgen de los mencionados instrumentos. La Observación General No. 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)⁵², ha establecido cuatro elementos

instrumentos internacionales como parámetro de constitucionalidad. Ver también la Sentencia C-262 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chalhub

⁴⁷ “Artículo 11. “[*toda persona tiene derecho ‘a que su salud sea preservada [1] por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, [2] correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”.

⁴⁸ “Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

⁴⁹ “Artículo 12. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

⁵⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

⁵¹ Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. “[L]os Estados americanos decidieron comprometerse a cumplir cinco tipos de obligaciones con relación a los derechos económicos sociales y culturales, contempladas en los primeros 5 artículos, a saber, (i) ‘adoptar medidas’ necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad; (artículo 1), (ii) ‘adoptar disposiciones’ legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer[los] efectivos; (artículo 2), (iii) garantizar su ejercicio sin discriminación; (artículo 3), (iv) ‘no restringir’ derechos específicamente reconocidos nacional o internacionalmente (artículo 4) y, (v) solo restringir y limitar los derechos reconocidos en el Protocolo mediante leyes que tengan por fin proteger el bienestar general en una ‘sociedad democrática’ (artículo 5).”

⁵² Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. “A nivel general, se ha reconocido que el más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado, lo ha realizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N°14 (2000) relacionada con ‘el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud’.

interrelacionados que dotan de contenido las obligaciones de los Estados respecto del derecho a la salud: *la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad*. Sobre estos cuatro elementos, en la **Sentencia T-760 de 2008**⁵³ la Corte Constitucional dijo:

*“(i) Cada estado debe tener disponibles `un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas’.*⁵⁴ (ii) *Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, en cuatro dimensiones superpuestas: (a) ‘no discriminación’, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna; (b) ‘accesibilidad física’, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados;*⁵⁵ (c) *‘accesibilidad económica’ (asequibilidad), los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, en especial, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos;*⁵⁶ y (d) *‘acceso a la información’, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, sin perjuicio de la debida confidencialidad. (iii) Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser (aceptables) respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.” (iv) Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de*

⁵³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁴ Para el Comité: *“(…) esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS (Véase la Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS, revisada en diciembre de 1999, Información sobre medicamentos de la OMS, vol. 13, N° 4, 1999.)”*

⁵⁵ Como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA, señala el Comité. Añade que *“la accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.”* (Observación General N°14).

⁵⁶ El Comité señala que *“los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos.”* (Observación General N°14).

salud deberán ser también de buena calidad, apropiados desde el punto de vista científico y médico.⁵⁷”

A su vez, la Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 2015, incorporó estos elementos al ordenamiento jurídico en su artículo 6, así:

“Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

*a) **Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;*

*b) **Aceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;*

*c) **Accesibilidad.** Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;*

*d) **Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.(...)”⁵⁸.*

⁵⁷ Para el Comité “ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.” (Observación General N°14).

⁵⁸ Ley 1751 de 2015. “Artículo 6. (...) Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios: a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida; b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas; c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección; d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas; e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones; f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se

13. Así las cosas, las obligaciones del Estado de proteger, respetar y garantizar el derecho a la salud incluyen deberes positivos y negativos respecto de cada uno de esos elementos. De acuerdo con el desarrollo de las obligaciones de respeto, protección y garantía del derecho a la salud del Comité DESC en su Observación General 14, la obligación de **respetar** comprende principalmente obligaciones negativas en las que el Estado tiene el deber de: i) abstenerse de limitar o prohibir el acceso a la salud; y ii) abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en el acceso a la salud⁵⁹.

La obligación de **proteger** implica deberes de carácter positivo y se refiere a: i) la adopción de leyes o medidas para impedir que terceros interfieran en el acceso y goce del derecho a la salud; ii) la adopción de leyes, normas o medidas que garanticen el acceso en condiciones de igualdad a la atención en

formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años; g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación; i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal; j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades; k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población; l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global; m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI); n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres. Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.”

⁵⁹ La Observación General No. 14 del CDESC (2000) estableció que la obligación de respetar implica: “[abstenerse] de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas.

[...] Asimismo, los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud. Los Estados deben abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado, utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano, o limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.”

salud; iii) la debida supervisión de las entidades privadas en la provisión de los servicios de salud y de comercialización de equipos médicos y medicamentos; iv) la garantía de que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten el derecho a la salud de las mujeres, en particular el ejercicio de los derechos reproductivos; v) la adopción de medidas de especial protección en el acceso a servicios de salud para personas que pertenecen a grupos vulnerables; y vi) la adopción de medidas para asegurar que terceros no limiten el acceso a la información y a servicios de salud⁶⁰.

La obligación de **cumplir o el deber de garantizar** el derecho a la salud “*requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud*”⁶¹, y comprende obligaciones más extensas, a saber⁶²: i) la adopción de una política nacional de salud acompañada de un plan que reconozca de forma suficiente el derecho a la salud; ii) la adopción de medidas para asegurar el acceso en condiciones de

⁶⁰ La obligación de proteger fue definida el mismo CDESC en la Observación General 14 de 2000 como el deber de adoptar “*medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12*”, y la determinó así: “*(...) incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.*”

⁶¹ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶² La Observación General No. 14 del CDESC estableció que la obligación de garantizar el derecho a la salud requiere: “*que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas. Los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Con tal fin, los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina. Asimismo, los Estados Partes deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.*”

igualdad a todos los factores determinantes básicos de la salud; iii) la provisión de servicios de salud sexual y genésica, particularmente en áreas rurales; iv) la apropiada formación del personal médico de todos los niveles; v) la existencia de infraestructura suficiente y apropiada para la provisión de servicios de salud, incluida la salud mental; vii) el fomento de investigaciones médicas; viii) la educación e información sobre la salud, particularmente en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; y ix) la adopción de medidas contra los peligros para la salud de la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, además de las medidas de garantía en las esferas de facilitación, proporcionamiento y promoción de las garantías del derecho a la salud^{63 64}.

Ahora bien, la misma Observación General 14 del Comité DESC establece que *“el Estado no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar “toda una gama de facilidades, bienes y servicios” que aseguren el más alto nivel posible de salud*⁶⁵. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que existen

⁶³ La Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa también señaló que “3.4.2.9.3. (...) (i) Para el Comité la obligación de cumplir (facilitar) “requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud”. (ii) La obligación de cumplir (proporcionar) un derecho específico enunciado en el Pacto “en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición” (iii) La obligación de cumplir (promover) el derecho a la salud “requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población.”

⁶⁴ El artículo 5 de la Ley estatutaria de Salud fue declarado exequible mediante sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo bajo el entendido de que “cabe una lectura, según la cual, las responsabilidades consignadas en la preceptiva legal, no son taxativas, sino que hacen parte de un conjunto de obligaciones abierto y orientado por lo preceptuado en la observación 14, de tal modo que las obligaciones legales específicas, las obligaciones internacionales y las obligaciones básicas, incorporadas en el pronunciamiento internacional hacen parte de las obligaciones del Estado colombiano en materia de salud, acorde con los principios de progresividad y no regresividad, propios de derechos como el que aquí se analiza. Artículo 5. “Obligaciones del Estado. El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas; b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema; c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales; d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio; e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto; f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población; g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas; h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud; i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población; j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio.” El literal i) fue declarado exequible “en el entendido que la sostenibilidad financiera no puede comprender la negación a prestar eficiente y oportunamente todos los servicios de salud debidos a cualquier usuario”.

⁶⁵ Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

facetas del derecho a la salud que son exigibles de forma inmediata⁶⁶ y otras que están sujetas al principio de progresividad. Por lo que, la protección inmediata, gradual o progresiva de las dimensiones del derecho a la salud no responde al carácter positivo o negativo del deber.

14. En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado las obligaciones de inmediato cumplimiento de los derechos y aquellas que sí pueden estar sujetas al principio de progresividad. Ha precisado que “[n]o es cierto pues, que la categoría derechos de libertad coincida con la categoría ‘derechos no prestacionales’ o ‘derechos negativos’”. Por ejemplo, cuando se catalogaba el derecho a la salud como un derecho prestacional, esta Corporación indicó que: “[e]xisten múltiples facetas de los derechos sociales, económicos y culturales, concretamente del derecho a la salud, que son de carácter negativo y su cumplimiento no supone la actuación del Estado o de los particulares sino su abstención”⁶⁷.

En ese sentido, esta Corporación ha indicado que todos los derechos tienen una faceta que debe ser protegida de forma automática, incluso, de los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁸. A juicio de la Corte, no hay razón para que las obligaciones negativas de tales derechos sean postpuestas por el Estado⁶⁹, al igual que algunas de las facetas positivas. Asimismo, existe otra faceta que sí puede estar sujeta a que su garantía integral se realice con el tiempo, la cual también aplica, por ejemplo, en relación con las facetas prestacionales de los derechos civiles y políticos⁷⁰.

15. Ahora bien, las obligaciones del derecho a la salud que son exigibles de forma inmediata fueron establecidas en el párrafo 30 de la Observación General 14 del Comité DESC y comprenden: i) la garantía de que el derecho a la salud será ejercido **sin discriminación**; y ii) la obligación de adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la realización del derecho⁷¹.

A su vez, la misma Observación General 14 del Comité DESC, señaló que también son obligaciones de aplicación inmediata las *obligaciones mínimas*, las que definió de la siguiente manera:

⁶⁶ La Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa determinó que las facetas de la garantía del derecho a la salud que son exigibles de forma inmediata y mediante la acción de tutela son: i) la garantía al acceso a los medicamentos y servicios de salud que están contemplados en el plan obligatorio de salud; ii) la garantía al acceso a medicamentos o servicios que son requeridos por sujetos de especial protección constitucional; y iii) la garantía al acceso a servicios de salud cuando exista una gravedad e inminencia que hagan impostergable la prestación.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia C-020 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁰ Ver sentencias C-372 de 2011, C-288 de 2012 y C-256 de 2014.

⁷¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, párr. 30. “Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas **obligaciones de efecto inmediato**. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud (20)”.

“a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.”

16. En atención a este marco internacional, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-760 de 2008** determinó que el derecho de acceso a los servicios de salud de calidad y de forma oportuna y eficaz, implica las siguientes obligaciones de exigibilidad inmediata, en las que el Estado debe garantizar: i) la existencia de un Sistema de Salud que asegure el acceso a los servicios de salud⁷²; ii) que las personas puedan pertenecer al sistema de salud, al igual que a la prestación de servicios de salud **sin discriminación**⁷³; iii) la provisión de

⁷² Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “4.1.3. Como se indicó, para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema.

4.1.4. La legislación y la jurisprudencia constitucional han precisado, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, para garantizar la existencia de un sistema de salud que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible dadas las condiciones y capacidades existentes.”

⁷³ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “4.2.3. El Estado tiene la obligación de respetar el derecho a la salud de toda persona, permitiendo que acceda sin discriminación alguna al Sistema de Salud (art. 49, CP). En esa medida, no se puede irrespetar el derecho a la salud estableciendo obstáculos irrazonables y desproporcionados, que impidan a una parte de la población acceder al Sistema y a la prestación de servicios de salud, en condiciones de igualdad. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado, por ejemplo, que el legislador irrespeta el derecho a la salud por discriminar, al exigir a las familias conformadas mediante uniones maritales de hecho un requisito irrazonable –que transcurran dos años de relación– para acceder al Sistema de Salud, que no se exigía a las familias conformadas mediante matrimonio.

la información adecuada y necesaria para acceder a los servicios de salud con libertad y autonomía; iv) la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades responsables con calidad, eficacia y oportunidad, lo que a su vez implica la garantía de acceso a servicios indispensables para conservar la salud, en especial aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal⁷⁴, incluidos o no incluidos en el POS⁷⁵; y v) el derecho a la salud de los niños de forma inmediata, en los casos en que este se encuentre amenazado a vulnerado.

17. Al haber delimitado el contenido y el alcance del derecho a la salud, y las obligaciones de aplicación inmediata, se pasa ahora a abordar el principio de progresividad y no retroceso.

El principio de progresividad y no retroceso en la faceta prestacional de los derechos

18. El principio de progresividad se refiere a la forma en la que el Estado debe hacer efectivas ciertas facetas prestacionales de los derechos, pues como se advirtió, existen facetas que aun cuando tienen un componente prestacional son exigibles de forma inmediata. El principio de progresividad consta de dos obligaciones: la primera, avanzar y ampliar cada vez más el ámbito de realización del derecho; y la segunda, no disminuir el nivel de satisfacción alcanzado con anterioridad. Esta imposibilidad de retrotraer las medidas que logran la protección de los derechos es conocida como principio de no

(...)

En conclusión, puede afirmarse que cuando se obstaculiza a una persona el acceso al servicio de salud que requiere, por fallas en la información, se viola su derecho a la salud. Esta violación puede implicar, según sea el caso, una desprotección o un irrespeto al derecho. Así por ejemplo, el Estado deja de proteger el derecho a la salud cuando no ha expedido una regulación adecuada para implementar el programa que determina el derecho a entrar al régimen subsidiado, como fue analizado, y una EPS irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando se le impide acceder a un servicio de salud por fallas graves en el manejo y registro de la información que se tiene, como ocurre en la sentencia T-277 de 2004.”

⁷⁴ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “*Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud, depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al Sistema de Salud.*”

⁷⁵ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “*Con el tiempo, la jurisprudencia constitucional fue precisando los criterios de aplicación la regla de acceso a los servicios de salud que se requerían y no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud. Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el plan obligatorio de salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.” En adelante, para simplificar, se dirá que una entidad de salud viola el derecho si se niega a autorizar un servicio que no esté incluido en el plan obligatorio de salud, cuando el servicio se requiera [que reúna las condiciones (i), (ii) y (iv)] con necesidad [condición (iii)]. Como lo mencionó esta Corporación, “(...) esta decisión ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en varias ocasiones, tanto en el contexto del régimen contributivo de salud, como en el régimen subsidiado, indicando, no obstante, que existen casos en los cuales se deben tener en cuenta consideraciones especiales, en razón al sujeto que reclama la protección, a la enfermedad que padece la persona o al tipo de servicio que ésta requiere.”*

regresividad o mandato de no retroceso, según el cual existe una prohibición *prima facie* de regresión, que tiene un margen cuando ésta se puedan justificar⁷⁶.

Inicialmente, el principio de progresividad y su consecuente prohibición de retroceso se predicaban, por excelencia, de los derechos económicos sociales y culturales⁷⁷. Este principio se incorpora a partir de la inclusión del artículo 2.1 del PIDESC⁷⁸, del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Protocolo de San Salvador al ordenamiento, así como de la interpretación sobre el alcance y el contenido del derecho a la salud contenido en las Observaciones Generales como la Observación General No. 3 del Comité DESC⁷⁹. Para dotarlo de contenido, se entiende que algunas de las obligaciones sobre los derechos económicos, sociales y culturales no son exigibles de forma inmediata, pues dependen, en gran medida, de la creación de políticas públicas y la disposición de recursos. Por ello, de acuerdo con el principio de progresividad, la forma de cumplir sus obligaciones debe ser paso a paso, con la prohibición de retroceder en las garantías alcanzadas con el tiempo.

Al respecto es relevante traer una definición de este principio expuesto en la **Sentencia C-671 de 2002**, según la cual:

“(...) el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe

⁷⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 3, 1990.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-251 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. *“Uno de los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el principio de progresividad se produjo en la Sentencia C-251 de 1997. En esa decisión se analizó la constitucionalidad del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos ‘‘Protocolo de San Salvador’’, suscrito en 1988. En esa ocasión, esta Corporación examinó si los artículos 1º y 2º del Protocolo que establecían la obligación de los Estados de realizar progresivamente los derechos a los que hace referencia el Instrumento –básicamente, los que la doctrina reconoce como económicos, sociales y culturales–, estaba ajustado a la Constitución. Con base en la doctrina internacional especializada (principalmente, los informes del Comité DESC y los principios de Limburgo, adoptados por expertos en Maastricht, Holanda, en 1986), la Corte declaró exequibles los artículos analizados. Consideró que eran obligaciones acordes con la fórmula de Estado Social de Derecho y el deber de las autoridades de hacer efectivos los derechos constitucionales.’’*

⁷⁹ La fuerza vinculante del principio quedó plasmada en la Sentencia C-1165 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, cuando este Tribunal determinó que una norma que reducía los recursos destinados al Fondo de Solidaridad y Garantía era contraria a la Constitución, pues no permitía la realización progresiva de los derechos comprendidos bajo el concepto de seguridad social. La Corporación precisó, asimismo, que la medida se apartaba del mandato contenido en el artículo 48 Superior, de acuerdo con el cual el Estado tiene el deber de ampliar progresivamente la seguridad social. En esa ocasión, la sentencia expresó: *“Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales, que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad de servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aun estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales.’’*

La cláusula de no retroceso y los criterios de las observaciones Generales del Comité DESC han sido aplicadas en las Sentencias C- 038 de 2004, C-1141 de 2008, T- 1213 de 2008.

*presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto (...)*⁸⁰.

19. El respeto del principio de progresividad y de no regresividad ha sido un parámetro de constitucionalidad, así como un elemento de análisis al verificar la violación de derechos constitucionales, principalmente alrededor de los derechos a la seguridad social⁸¹, al medio ambiente⁸², a la vivienda⁸³ y a la salud. El desarrollo de este principio es diferente respecto de cada derecho. No obstante, la evolución de la jurisprudencia sobre el mismo ha determinado ciertas reglas generales, a saber: i) las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales son *prima facie* inconstitucionales⁸⁴; ii) la libre configuración del Legislador se reduce en materia de estos derechos⁸⁵, en tanto que cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, tiene un deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración⁸⁶; iii) la prohibición de regresividad

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-671 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

⁸¹ Ver Sentencias C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-257 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1036 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-1141 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-1213 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-428 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo; C-228 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez

⁸² Sentencia C-443 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁸³ Sentencia C-444 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chalhub; C-536 de 2012 M.P. Adriana Guillen Arango.

⁸⁴ Un segundo momento relevante en la jurisprudencia constitucional en la evolución del principio de progresividad, puede asociarse a un conjunto de decisiones en las que se estableció que diversas medidas, que reflejaban un retroceso en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales se presumían inconstitucionales. Esta postura, aún vigente, se desarrolló con especial claridad en la Sentencia C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En esa decisión, la Corte Constitucional analizó una reforma al Código Sustantivo del Trabajo, destinada a reducir los costos del contrato laboral, especialmente, en lo relacionado con la remuneración por trabajo extra o trabajo nocturno. Por ejemplo, en la reforma se extendió la jornada diurna hasta las 10 de la noche.

Al estudiar la norma, esta Corporación señaló que las medidas que constituyan **un retroceso en la protección de los derechos sociales son prima facie inconstitucionales**. Preciso que de acuerdo con la Observación General No. 3 del Comité DESC, las disposiciones deliberadamente retroactivas deben ser plenamente justificadas por parte del Estado. Y puntualizó que, de conformidad con la Observación No. 14 sobre el derecho a la salud del mismo Comité, corresponde al Estado demostrar que las medidas regresivas se aplican “*tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte*”.

⁸⁵ La Sentencia C-038 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett indicó que la libertad de configuración normativa del Legislador se reduce cuando adelanta reformas o establece nuevas regulaciones asociadas al desarrollo de los derechos sociales. En caso de que el Congreso adopte una medida que produzca un retroceso en el nivel de protección alcanzado, ésta debe estar justificada conforme al principio de proporcionalidad. A juicio de la Corte, en tal escenario corresponde a la autoridad política “*justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia*”.

⁸⁶ Asimismo, esta Corporación determinó en la misma sentencia que el análisis de la reforma laboral citada estaba atravesado por debates acerca de los efectos de las políticas económicas, y en ese contexto, la justificación de la medida era más compleja, pues las que diversas escuelas teóricas señalaban consecuencias diferentes. Por ese motivo, este Tribunal consideró que al analizar la necesidad y adecuación de la medida, debía ser deferente con las decisiones del Legislador, salvo en caso de encontrar que sus razonamientos fueran abiertamente desorbitados.

La sentencia señaló que cuando la Corte no tiene los elementos técnicos suficientes para abordar la adecuación y necesidad de la reforma, será necesario verificar “*(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida*

también es aplicable a la Administración⁸⁷; iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos⁸⁸; y (v) en relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente “(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados”⁸⁹.

Principio de progresividad y prohibición de retroceso en materia de salud

20. En relación con el principio de progresividad y el mandato de no retroceso en salud, esta Corporación ha retomado la Observación General 14 del Comité DESC, según la cual le está prohibido al Estado adoptar deliberadamente medidas regresivas en la realización plena del derecho a la salud. No obstante, existe un margen para su adopción cuando se demuestre que se analizaron las demás alternativas “y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”⁹⁰,⁹¹.

Vale la pena resaltar que en la **Sentencia C-313 de 2014**⁹², que examinó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria sobre el derecho a la salud que incluye el principio de progresividad, este Tribunal señaló que las medidas que constituyan un retroceso deberán ser justificadas a partir de la exposición de razones que demuestren la necesidad de una disminución en el nivel de protección ya alcanzado, con el exclusivo propósito de avanzar en el desarrollo de otras facetas de los derechos constitucionales, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo”.

En ese caso, la Corte consideró que no estaba demostrado que la reforma constituyera una medida abiertamente inadecuada o innecesaria, pues existía un debate inconcluso sobre los efectos económicos de ese tipo de medidas y su potencialidad para alcanzar el propósito trazado por el Legislador. Por lo tanto, el juez constitucional no podía controvertir la justificación expuesta por el Congreso. Además, consideró que las nuevas normas eran proporcionadas porque no restringían intensamente otros derechos constitucionales.

⁸⁷ Ver Sentencias C-443 de 2009 y T-1318 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸⁸ Así por ejemplo, la Sentencia T-1213 de 2008 señaló que en el marco de las discusiones sobre lo que establece el PIDESC, debe entenderse que aquel obliga solo a no deshacer el nivel de protección alcanzado, sino también, a lograr estándares mínimos de protección de los derechos. Expuso: “(...) en opinión del Comité, la firma del Pacto supone la aceptación de una `obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser”.

⁸⁹ Sentencia T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: “3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, “lo mínimo que debe hacer [la autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de [un derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante ‘no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan’.” Ver también Sentencia T-595 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁰ Véase la Observación General N° 3 (párr. 9), y la Observación General N° 13 (párr. 45).

⁹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General 14, Párr. 32.

⁹² M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

21. El ámbito de aplicación del principio de progresividad corresponde a aquellas obligaciones **diferentes** de las que han sido definidas como de aplicación inmediata, y que recaen sobre algunas de las facetas prestacionales del derecho. En efecto, la Corte ha aplicado este mandato principalmente en asuntos relacionados con: i) el acceso al derecho a la salud; ii) la destinación de presupuesto para los servicios de salud; iii) el acceso al servicio de salud en las condiciones de calidad en las que se prestaba el servicio; y iv) la exclusión en el POS de los servicios que se brindaban con anterioridad. No obstante, esta Corporación ha advertido que el mandato también se extiende a la visión más amplia del goce del derecho a la salud, lo que incluye los determinantes sociales de la salud⁹³.

22. En relación con el acceso a los servicios de salud, la Corte ha retomado el principio de progresividad⁹⁴ cuando la salud no se consideraba un derecho fundamental, sino prestacional⁹⁵. En ese contexto, por ejemplo la **Sentencia C-671 de 2002**⁹⁶ analizó la decisión del Legislador de excluir como beneficiarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares a los padres de los oficiales y suboficiales en retiro. Si bien el tema revisado en esa oportunidad es diferente al que la Corte conoce ahora, el análisis y metodología sobre la vulneración del principio de progresividad son relevantes.

El problema jurídico del caso se planteó en torno a si existía una eventual violación a la prohibición de discriminación a partir de la medida legislativa. Sin embargo, al abordar el fondo del cargo, la argumentación de la Corte se concentró en examinar si la medida constituyó un retroceso injustificado. En efecto, la Corte acudió a la Observación General 14 del Comité DESC para sostener que *“la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que “se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles”*⁹⁷.

La Corte concluyó que excluir del sistema de salud a un grupo que ya se encontraba incluido en una norma destinada a asegurar contenidos propios del derecho a la salud es una medida regresiva, frente a la cual no se encontró

⁹³ Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. *“Para el Tribunal Constitucional, el principio de progresividad resulta fundamental en el proceso evolutivo, y permanente que debe conducir a la materialización de todo lo que comportan los determinantes sociales en salud. No en vano, el Legislador Estatutario al redactar el artículo 9 sobre determinantes sociales en salud, empleo la expresión ‘(...) lograr la reducción de las desigualdades de la salud que incidan en el goce efectivo (...)’ con lo cual, queda evidenciado que esta faceta del derecho a la salud, presenta un importante déficit por cubrir y tal cobertura es progresiva”*.

⁹⁴ Por ejemplo, las sentencias T-686 de 2008 y T-752 del mismo año retomaron la sentencia C-038 de 2004.

⁹⁵ Es importante anotar que el derecho a la salud fue inicialmente considerado social, ej SU-111 de 1998; posteriormente, fundamental en lo definido en el POS en la sentencias T-859/03 y T-860 de 2003, y solo ha sido concebido como fundamental autónomo a partir de las sentencias T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

⁹⁶ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁹⁷ Observación No. 14 del Comité DESC. Tomada de C-671 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

justificación alguna⁹⁸. En ese caso, (i) la Corte constató el carácter regresivo de la medida en materia de salud; (ii) aplicó la presunción de inconstitucionalidad y (iii) ante la ausencia de las razones constitucionales, (iv) decidió declarar su inexecutable⁹⁹.

23. En materia de destinación de recursos, la Corte también ha declarado la inconstitucionalidad de normas que reducen recursos que el Estado destina para la afiliación de la población más pobre al sistema de salud. En la **Sentencia C-040 de 2004**¹⁰⁰, declaró inconstitucional una norma del presupuesto anual de la Nación que disminuyó los aportes para los afiliados al régimen contributivo.

En lo que tiene que ver con el elemento de calidad en el acceso a los servicios de salud¹⁰¹, resulta especialmente relevante la **Sentencia T-739 de 2004**¹⁰². En ese pronunciamiento, la Corte señaló que la Observación General 14 del Comité DESC es vinculante en relación con la aplicación del principio de progresividad, así como los elementos del derecho a la salud, a saber, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El caso concreto planteaba una tensión entre la dimensión de *acceso* y la de *calidad* de la salud, pues la EPS ordenó la atención y tratamiento médico de una persona en una ciudad distinta a la que la venía atendiendo, más cerca a la residencia del paciente. El fallo determinó que *prima facie* la medida era contraria al principio de progresividad porque imponía condiciones menos favorables al paciente para su tratamiento médico.

Esta Corporación verificó que la EPS tenía fuertes razones para realizar el traslado por la disponibilidad de centros médicos con los que contaba en ese momento. Acto seguido, la Corte pasó a analizar si la decisión afectaba el contenido mínimo del derecho a la salud, en sus elementos de accesibilidad y calidad. La Sala, primero, determinó que no se configuró un retroceso en la medida de protección del derecho y, una vez verificado esto, analizó una posible afectación a los componentes del derecho a la salud.

En esa oportunidad, en la sentencia se estableció que una entidad promotora de salud no desconoce el derecho a no desmejorar las condiciones de una paciente “*cuando (i) las razones del cambio tienden a garantizar el disfrute del nivel más alto de salud posible de la persona, en especial, garantizar la vida en condiciones dignas; (ii) el cambio no constituye una afectación injustificada del principio de progresividad del derecho a la salud ni afecta el contenido esencial de los postulados de accesibilidad y calidad; y (iii) el*

⁹⁸ La tesis de esta sentencia fue retomada en la sentencia T-267 de 2006 y T-594 de 2006.

⁹⁹ En el mismo sentido, la Corte Constitucional falló casos similares. Ver también C-040 de 2004 y C-594 de 2006.

¹⁰⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰¹ El contenido de este elemento, así como los componentes básicos del derecho a gozar del nivel más alto posible de salud, ha sido ampliamente explicado por el Comité DESC en su Observación General No. 14, ya citada.

¹⁰² M.P. Jaime Córdoba Triviño.

cambio no implica una barrera que impida específicamente el acceso del paciente”¹⁰³.

24. En relación con los servicios que se dejan de ofrecer, es pertinente lo expuesto en la **Sentencia T-760 de 2008**. En ese fallo, la Corte ordenó a la Comisión Nacional de Regulación en Salud actualizar el POS. En este sentido, indicó que en caso de que se dejen de entregar tratamientos o medicamentos que antes se brindaban a los afiliados como parte del POS, la exclusión de servicios debe tener una justificación, a partir de criterios técnicos, de priorización en el servicio de salud, o de la evaluación del impacto social. Además, precisó que “[s]iempre que los fundamentos por los cuales se supriman servicios estén encaminados a la protección efectiva del derecho a la salud según las necesidades de la población, la Sala considera que, prima facie, la mencionada eliminación no es regresiva.”

25. En la misma dirección, en la reciente **Sentencia C-313 de 2014**¹⁰⁴, al referirse al deber del Estado de establecer la estructura del sistema de salud, la Corporación puntualizó que las autoridades competentes deben tomar como punto de partida los elementos existentes en la actualidad, es decir, que no pueden partir de “cero”, pues “[u]n entendimiento de la definición del sistema en términos de disminución de cualquiera de los factores que lo configuran es inaceptable constitucionalmente”.

A su vez, en la misma sentencia esta Corporación determinó que una medida es regresiva “i) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; ii) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho y iii) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho”¹⁰⁵.

26. En general, en el desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud es relevante tener en cuenta que el Estado debe proteger ciertas dimensiones del mismo de forma inmediata, mientras que las facetas prestacionales que escapan al ámbito anterior están sujetas a que, de forma progresiva, se adopten medidas para la satisfacción del derecho, y no se lleven a cabo retrocesos sin justificación requerida. Así lo expresó la Corte Constitucional en la **Sentencia T-760 de 2008**:

“[E]l derecho a la salud es un derecho fundamental que como todos los derechos, entraña tanto obligaciones positivas como negativas y tiene facetas prestacionales y otras que no lo son. Entre las obligaciones de carácter prestacional, adicionalmente, hay algunas que implican el diseño de políticas públicas complejas que requieren gasto y cuyo cumplimiento es entonces progresivo, y hay otras, más sencillas, que no exigen la adopción de un programa completo sino de una acción simple.

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia T-739 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁴ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰⁵ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Frente a aquellas facetas del derecho a la salud que, son prestacionales y además progresivas, se justifica, en muchos casos, la imposibilidad de exigir judicialmente el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del derecho constitucional. Sin embargo, bajo el argumento de la progresividad tampoco puede ampararse la inacción prolongada de la administración en la adopción de políticas públicas dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho.”

27. En conclusión, esta Corporación ha advertido el carácter complejo de la garantía del derecho a la salud y ha destacado que su protección involucra una gran variedad de obligaciones, algunas que el Estado debe cumplir de forma inmediata y otras que requieren un mayor despliegue técnico y presupuestal cuya garantía puede darse de forma progresiva. En los casos examinados por este Tribunal, se ha distinguido entre estos dos tipos de obligaciones y se han determinado dos pasos para verificar el cumplimiento de las obligaciones respecto de la garantía del derecho a la salud.

En primer lugar, la Corte ha analizado que las medidas u omisiones no afecten la faceta de exigibilidad inmediata del derecho en los estrictos términos indicados por la Constitución, la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad. Segundo, se ha verificado que si el ámbito de la garantía del acceso a la salud no es de obligatorio cumplimiento, la medida no disminuya el nivel de satisfacción del derecho previamente alcanzado, lo cual se constata al analizar si: i) se ha recortado o limitado el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; ii) se han aumentado sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho; y iii) si se han disminuido o desviado sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del mismo. En caso de que esto suceda, ha verificado si se reúnen ciertas condiciones de razonabilidad que la justifiquen.

En ese sentido, la Corte ha reprochado, por un lado las medidas que abiertamente violan las obligaciones de exigibilidad inmediata del derecho a la salud, y por otro, las medidas que disminuyan la satisfacción alcanzada sin una justificación válida, en términos de acceso, cobertura, calidad y prestación de tratamientos. Así pues, en relación con los deberes bajo el principio de progresividad, la regla consiste en que el Estado debe ampliar cada vez más el ámbito de garantía del derecho hacía el más alto nivel de salud posible, y no puede disminuirlo, pues si bien ciertas facetas prestacionales pueden no ser exigibles de forma inmediata, si lo es avanzar y no retroceder en el nivel de protección al que se ha llegado.

El deber de garantía de igualdad ante la ley y el derecho a la salud de las mujeres víctimas de violencia sexual

28. Es importante resaltar que la determinación del deber de garantía del derecho a la salud sin discriminación como una obligación de aplicación inmediata es coherente con las obligaciones constitucionales que se desprenden del artículo 13 de la Carta. La igualdad, que en el ordenamiento

colombiano es un principio, un valor y un derecho, es fundamental para la concreción del Estado Social de Derecho, y guía el carácter y objetivo de la organización estatal, al ser fuente de obligaciones y límites para las autoridades. De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución¹⁰⁶, la igualdad tiene dos dimensiones. La primera, una dimensión formal, que establece la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación bajo criterios sospechosos. La segunda, una dimensión material o sustancial, que ordena, de una parte, la adopción de medidas positivas de promoción a favor de grupos históricamente discriminados o marginados, para lograr la igualdad real y efectiva; y de otra parte, la protección especial a las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta *“por su condición económica, física, o mental”*.

A partir del artículo 13 de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que dichos deberes son diferenciables para el Estado. La dimensión formal del derecho a la igualdad, se refiere a la prohibición de intervenciones que generen discriminación o acentúen situaciones de discriminación de forma directa o indirecta. En efecto, el deber de garantía de igualdad ante la ley supone que todos los individuos, como sujetos de derechos deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento, y que no es admisible ninguna diferencia de trato con fundamento en criterios como el género, la raza, el origen, la lengua, la religión y la opinión política o filosófica. Estos motivos constituyen criterios sospechosos, pues históricamente han estado asociados a prácticas que han tendido a subvalorar y a poner en situación de desventaja a ciertas personas, y se encuentran proscritos por la Constitución como una violación del derecho a la igualdad¹⁰⁷.

Este mandato de trato igual ante la ley y de abstención de discriminación¹⁰⁸, no se entiende de forma tal que la administración sólo esté vinculada a la

¹⁰⁶ Constitución Política de 1991. *“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

¹⁰⁷ Sentencias C-481 de 1998 y C-112 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C-371 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz. *“Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”*

El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad.”

¹⁰⁸ Sentencia C-410 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz. *“El principio de no discriminación que la Carta contempla, tradicionalmente es identificado con el perfil negativo de la igualdad, puesto que, ante todo, se destaca su carácter eminentemente prohibitivo de tratos injustificados; empero, cabe precisar que la referencia constitucional expresa a criterios vedados, tiene un contenido más amplio que no se agota en la simple interdicción de esos factores, sino que implica también una advertencia acerca de frecuentes e*

prohibición de adoptar normas, medidas, políticas públicas o programas que sean discriminatorios de forma directa, es decir que de forma abierta excluyan, restrinjan o diferencien a una persona o a un grupo de personas con el objeto de reducir o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio de un derecho o libertad fundamental, en razón a su género, posición socioeconómica, raza o estatus particular, entre otros. Así, el deber negativo también se concreta en una prohibición de discriminación indirecta, es decir de trato u omisión que tenga como resultado un impacto desproporcionado en personas parte de grupos marginados, en el sentido de coartar o excluir del reconocimiento, disfrute o ejercicio de un derecho o libertad fundamental¹⁰⁹.

29. De otra parte, la prohibición de discriminación directa o indirecta y el deber reforzado de protección, también se extiende a casos donde la acción u omisión del Estado se concreta en una discriminación múltiple o interseccional. Es decir, a situaciones donde una persona es sometida a mayores riesgos o desventajas por la confluencia de diferentes criterios sospechosos que agravan o añaden obstáculos en el ejercicio de un derecho o libertad fundamental.

En consecuencia, el Legislador tiene el deber de ajustarse a los límites que impone el derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación. Por su parte, el Juez constitucional debe verificar el respeto por los mínimos constitucionales que se ordena en cada caso. Cuando se verifique una situación de discriminación, directa o indirecta, debe intervenir, por tratarse de situaciones que violan el derecho a la igualdad.

históricas causas generadoras de desigualdad, opuestas, por lo demás, a la dignidad de la persona humana en que se funda nuestra organización estatal (art. 1o.), y a la consecución de "un orden político, económico y social justo" (preámbulo); en esa medida, se puede afirmar que existe la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables. Se impone, entonces, el compromiso de impedir el mantenimiento y la perpetuación de tales situaciones, por la vía de neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se derivan".

¹⁰⁹ Sentencia C-410 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz. "El principio de no discriminación que la Carta contempla, tradicionalmente es identificado con el perfil negativo de la igualdad, puesto que, ante todo, se destaca su carácter eminentemente prohibitivo de tratos injustificados; empero, cabe precisar que la referencia constitucional expresa a criterios vedados, tiene un contenido más amplio que no se agota en la simple interdicción de esos factores, sino que implica también una advertencia acerca de frecuentes e históricas causas generadoras de desigualdad, opuestas, por lo demás, a la dignidad de la persona humana en que se funda nuestra organización estatal (art. 1o.), y a la consecución de "un orden político, económico y social justo" (preámbulo); en esa medida, se puede afirmar que existe la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables. Se impone, entonces, el compromiso de impedir el mantenimiento y la perpetuación de tales situaciones, por la vía de neutralizar las consecuencias de hecho que de ellas se derivan". Sentencia T-291 de 2009 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez: "(...) existe un deber de la administración de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad (...)". "(...) la Constitución prohíbe, tanto las llamadas discriminaciones directas –actos que apelan a criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, para coartar o excluir a una persona o grupo de personas del ejercicio de un derecho o del acceso a un determinado beneficio, como las discriminaciones indirectas – las que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado".

El derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual: mínimos de protección constitucional

30. La violencia sexual es una grave violación a la dignidad humana y a la integridad física y mental de las personas¹¹⁰. En algunos contextos internacionales también ha sido determinada como una violación del derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes y al crimen de tortura, si se han verificado los otros elementos que lo configuran¹¹¹. En este sentido, diferentes instrumentos internacionales han determinado la obligación de adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia sexual, particularmente hacia las mujeres, y garantizar la debida diligencia en la prevención, atención, protección y acceso a la justicia de sobrevivientes de violencia sexual. Estas obligaciones también han sido desarrolladas por la jurisprudencia constitucional, principalmente mediante autos de seguimiento a la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional frente al ejercicio de los derechos de la población desplazada, para determinar **mínimos constitucionales para la atención a víctimas de violencia sexual**¹¹².

31. En anteriores oportunidades la Corte Constitucional ha establecido la relevancia de los fallos de tutela en el debate de control constitucional. En la **Sentencia C-584 de 2015**¹¹³ esta Corporación advirtió:

“8. Para algunos doctrinantes, los juicios concreto y abstracto de constitucionalidad presentan diferencias sustanciales que exigen su separación absoluta, pues se trata de niveles de análisis distintos y repercusiones prácticas disímiles. En efecto, mientras el control abstracto se limita a confrontar normas generales y a proferir decisiones con efectos erga omnes, el control por vía de tutela verifica la violación particular de derechos fundamentales y su efecto es exclusivamente en el caso concreto.

Sin embargo, no se puede soslayar el hecho de que al fallar en sede de revisión las acciones de tutela seleccionadas para interpretar el alcance de derechos fundamentales o para otorgar justicia material, la ratio decidendi de las sentencias de tutela no solamente vinculan a las partes,

¹¹⁰ Constitución Política, Artículos 12 y 49.

¹¹¹ Ver Auto 092 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa citando Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, casos del Fiscal v. Anto Furundzija -decisión del 10 de diciembre de 1998- y Fiscal v. Mucic et al (caso Celebici) –sentencia del 16 de noviembre de 1998-. En idéntico sentido, ver la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Fernando y Raquel Mejía v. Perú del 1º de marzo de 1996, y el fallo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso del Fiscal v. Jean Paul Akayesu.

¹¹² Auto 092 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. “Debe resaltarse a este respecto que, según se explicó en la sentencia T-025/04, entre los derechos mínimos de las personas desplazadas por la violencia que “integran el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado” se incluyen varios que resultan directamente lesionados por la violencia sexual ejercida contra las mujeres desplazadas: el derecho a la vida (art. 11, C.P.), los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (art. 12, C.P.) y el derecho a la salud (art. 49 C.P.), “cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona ante situaciones de enfermedad o heridas que les amenacen directamente y prevenir las enfermedades contagiosas e infecciosas, de conformidad con el Principio 19”, siempre dando aplicación a los mandatos prevaletentes de los artículos 44 y 50 de la Constitución en los casos de niñas y adolescentes.”

¹¹³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

sino también a los operadores jurídicos. En efecto, una sentencia de tutela puede fijar criterios que trascienden el caso específico y, por consiguiente, deben ser tenidos en cuenta por las autoridades y por los jueces al enfrentar casos idénticos. A su turno, tampoco puede olvidarse que el carácter abstracto del control de constitucionalidad de las leyes indica que la cuestión llevada al conocimiento de la Corte tiene su origen en una acción pública de constitucionalidad que obliga al Tribunal a adelantar un análisis del contexto de las normas demandadas y como las mismas han sido aplicadas a casos concretos. Esto significa que en el juicio de control de constitucionalidad de la ley, la Sala Plena de la Corte no sólo debe ser congruente con la interpretación de la ley que ha adelantado en sede de tutela, sino también deberá tener presente la ratio decidendi de las sentencias de revisión”¹¹⁴.

32. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en su artículo 8 establece la obligación de los Estados de *“suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados”¹¹⁵.*

¹¹⁴ Sentencia C-584 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. *“De hecho, en varias oportunidades, esta Corporación ha adoptado las decisiones de constitucionalidad abstracta en consideración con reglas jurisprudenciales elaboradas en sentencias de tutela. Por ejemplo, en la admisión de la posibilidad de demandas en contra de interpretaciones judiciales de leyes o en la incorporación del derecho viviente como objeto del control material de constitucionalidad de las leyes y, ya en el ámbito que ahora se quiere destacar, la asunción en sede de control abstracto de demandas en contra de preceptos legales antes excepcionados en sede de tutela por la propia Corte o cuyas consecuencias habían sido controvertidas en previas acciones de tutelas también conocidas y decididas por la Corporación.*

9. Para traer a colación un caso ilustrativo de esta tendencia, baste recordar las acciones de tutela en las que se reclamó contra la práctica recurrente que consistía en no actualizar la primera mesada en el momento en que se hacía exigible una pensión, aduciendo que ésta se había causado años antes, cuando el peticionario recibía por concepto de salario una suma notablemente inferior a su equivalente actualizado. Mediante numerosas acciones de tutela fue cuestionada con éxito tanto la práctica como las decisiones judiciales que la avalaban y, esta Corte, por su parte, produjo la sentencia SU-120 de 2003 y luego pronunció en sede de control de constitucionalidad sobre este problema y a propósito de demandas ciudadanas en las que fueron cuestionados varios artículos del Código sustantivo del Trabajo atinentes a la pensión de jubilación y a la entonces denominada pensión-sanción.

Otro ejemplo de la relación que guarda el análisis que realiza el Tribunal en sus Salas de Revisión y el examen de constitucionalidad que se le encomendó a su Sala Plena, se encuentra en la jurisprudencia sobre el requisito de fidelidad para la pensión de invalidez. Dicha obligación de cotización mínima en el sistema de seguridad social fue objeto de diversos exámenes por parte de esta Corporación en sede de tutela, por ser considerado un requisito más gravoso para acceder a la pensión de invalidez. Así, la línea jurisprudencial de tutela producto de la actividad de esta Corte en sede de revisión estudió el requisito de fidelidad, y concluyó que la reforma introducida por la Ley 860 de 2003 resultaba contraria al principio de progresividad de los derechos sociales y la prohibición de regresividad frente a las personas que se afiliaran al sistema de pensiones con anterioridad a la vigencia de dicha modificación. Finalmente, y a partir de estas sentencias, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la mencionada Ley 860 de 2003 y, en la sentencia C-428 de 2009, estimó que el requisito de fidelidad de cotización al sistema contradecía efectivamente el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹¹⁵ Adicionalmente, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer establece *“[e]sforzarse por garantizar, en la mayor medida posible (...) que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo y, asimismo, adoptar todas las demás medidas adecuadas para fomentar su seguridad y rehabilitación física y psicológica”.*

A su vez, el Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) en su Observación General No. 24 (la Mujer y la Salud), que desarrolla el artículo 12 sobre el deber de eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso a la salud, establece como obligaciones de los Estados “*la promulgación y aplicación eficaz de leyes y la formulación de políticas, incluidos los protocolos sanitarios y procedimientos hospitalarios, que aborden la violencia contra la mujer y los abusos deshonestos de las niñas, y la prestación de los servicios sanitarios apropiados*”¹¹⁶. En el mismo sentido, el Comité CEDAW en su Observación General No. 19 (la Violencia y la Mujer), y en su Observación General No. 30 (Mujeres en la Prevención de Conflictos y en Situaciones de Conflicto y Postconflictos) determinó el deber de los Estados de establecer y apoyar servicios destinados a las sobrevivientes de violencia sexual que incluyan la atención en salud, servicios de apoyo por personal especialmente capacitado¹¹⁷, y un enfoque diferencial¹¹⁸.

33. En atención al anterior marco internacional, la jurisprudencia constitucional ha reconocido una especial protección a las mujeres, las niñas, adolescentes y adultas mayores sobrevivientes de violencia sexual en el contexto del conflicto armado¹¹⁹. Esta Corporación, en el **Auto 092 de 2008**, determinó que las mujeres sufrían un impacto desproporcionado como consecuencia del conflicto armado, a partir del reconocimiento de que las mujeres estaban sujetas a un riesgo diferenciado de violencia sexual o esclavitud sexual. Además, reconoció que este riesgo era aun mayor para las mujeres indígenas y afro descendientes. En dicha providencia, la Corte ordenó la creación de un programa especial para la prevención de la violencia sexual

¹¹⁶ Comité de la CEDAW, Observación General 24. “Los Estados Partes velen porque las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad. Debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención.”

¹¹⁷ Comité de la CEDAW, Observación General No. 19. “*Los Estados Partes establezcan o apoyen servicios destinados a las víctimas de violencia en el hogar, violaciones, violencia sexual y otras formas de violencia contra la mujer, entre ellos refugios, el empleo de trabajadores sanitarios especialmente capacitados, rehabilitación y asesoramiento.*”

¹¹⁸ Comité de la CEDAW, Observación General núm. 30 sobre las Mujeres en la Prevención de Conflictos y en Situaciones de Conflicto y Posteriores a Conflictos (CEDAW/C/GC/30). “57.El Comité recomienda que los Estados partes:

a) *Adopten las medidas preventivas necesarias para garantizar la protección frente al desplazamiento forzado, así como la protección de los derechos humanos de las mujeres y las niñas desplazadas, incluido el acceso a los servicios básicos, durante la huida, el desplazamiento y en el contexto de soluciones duraderas;*

b) *Aborden los riesgos concretos y las necesidades particulares de diferentes grupos de desplazadas internas y refugiadas que son objeto de formas diversas y entrecruzadas de discriminación, como las mujeres con discapacidad, las mujeres de edad, las niñas, las viudas, las mujeres cabeza de familia, las mujeres embarazadas, las mujeres que viven con el VIH/SIDA, las mujeres rurales, las mujeres indígenas, las mujeres pertenecientes a minorías étnicas, nacionales, sexuales o religiosas, y las defensoras de los derechos humanos”.*

¹¹⁹ Auto 092 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. “*Como resultado de este marco constitucional de protección reforzada del derecho a la salud de las mujeres desplazadas, éstas tienen derecho a recibir atención diferenciada, que proteja su integridad física y mental durante todas las fases del desplazamiento, y en todos los diversos aspectos de su salud como mujeres, niñas o adolescentes, incluidas sus necesidades especiales en términos sanitarios, su salud sexual y reproductiva, y demás necesidades especiales de salud propias de su género y afectadas por su situación de desplazamiento. En el caso de las niñas y adolescentes desplazadas, se trata de un derecho prevaleciente y de inmediata aplicación que debe sujetarse a lo establecido en los artículos 44 y 50 de la Constitución.*”

contra la mujer desplazada y de atención integral a sus víctimas. En esa oportunidad, se acogieron los estándares mínimos internacionales para las víctimas de violencia sexual como criterios para determinar las obligaciones constitucionales que se debían desarrollar en el plan de atención a sobrevivientes de violencia sexual:

“Desde otra perspectiva, existen estándares internacionales sobre los componentes mínimos de atención gratuita e inmediata a las víctimas de la violencia sexual, que incluyen: (a) asistencia médica inmediata para la atención de las heridas y lesiones recibidas por las víctimas, (b) seguimiento médico para la atención de las consecuencias clínicas del acto delictivo; (c) provisión inmediata de anticoncepción de emergencia y tratamiento profiláctico para evitar el contagio de infecciones de transmisión sexual; (d) atención psicológica especializada inmediata para la víctima y su familia; (e) asesoría médico-legal y jurídica; (f) asistencia social; (g) medidas protectivas para prevenir agresiones adicionales a la víctima. Según ha explicado la Organización Panamericana de la Salud, los servicios requeridos por las víctimas de violencia sexual son los siguientes: “Brindar una atención integral e interdisciplinaria: esto incluye la atención médica, psicológica y de apoyo a través de los grupos de apoyo autoayuda. Además, los proveedores deben conocer los otros servicios y recursos disponibles en su comunidad para referir a la sobreviviente a servicios de atención que no se proveen en el centro de salud o de otros servicios, como son los legales, de apoyo económico y de protección, entre otros... Contar con una guía de recursos del sector público y privado que brindan asistencia y patrocinio jurídico gratuito para las mujeres que quieran realizar la denuncia judicial”.

34. En la **Sentencia C-776 de 2010**¹²⁰ la Corte estudió una demanda contra el artículo 13 de la Ley 1257 de 2008¹²¹, que incluía en los servicios que se deben prestar a las mujeres sobrevivientes de violencia, alimentación y alojamiento a cargo del sistema general de seguridad social en salud. La Corte estableció que el concepto integral del derecho a la salud, a la luz del principio de progresividad, permite ampliar la prestación de servicio de salud, a la habitación y alimentación, siempre que tengan una relación al menos indirecta, con la salud¹²².

¹²⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²¹ “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

¹²² La sentencia señaló: “El concepto amplio e integral[22] del derecho a la salud, aunado al principio de progresividad aplicable al mismo, como también las circunstancias dentro de las cuales se ampara este derecho, permiten considerar que el reconocimiento de las prestaciones de alojamiento y alimentación para las mujeres víctimas de violencia, no significa vulneración de lo establecido en el artículo 49 de la Carta Política, pues, como se ha dicho, el Legislador cuenta con atribuciones para extender la protección a estas áreas, siempre y cuando se encuentren directa e inescindiblemente ligadas al restablecimiento de la salud de la afectada.”

35. En el **Auto 009 de 2015**¹²³, esta Corporación reiteró el riesgo de violencia sexual para las mujeres como un impacto desproporcionado del conflicto armado en el marco del desplazamiento y a su vez constató que las fallas en la atención a sobrevivientes de violencia sexual persistían. La Corte determinó que estas fallas comprendían, principalmente, la deficiencia en los sistemas de atención, la falta de garantía de los servicios de salud integral que abarcaba desde la disfuncionalidad de los sistemas de atención, hasta los malos tratos por parte de los funcionarios públicos, y la ausencia de capacitación de aquellos en enfoque de género¹²⁴. Sobre los requisitos que debe cumplir la atención en salud a sobrevivientes de violencia sexual, dijo:

“Ahora bien, se debe resaltar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en advertir que la prestación de servicios de salud debe cumplir con los requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, y para el caso de las personas en situación de desplazamiento, el ejercicio del derecho a la salud debe ser sensible a la circunstancias específicas derivadas del conflicto armado y el desplazamiento forzado por la violencia. En la Sentencia T- 045 de 2010, esta Corte ordenó al Ministerio de Protección Social, hoy Ministerio de Salud, la inclusión de la atención psicosocial permanente para atención a las víctimas del conflicto armado, con cobertura para la mujer víctima de violencia sexual, su núcleo familiar y su comunidad¹²⁵, hasta tanto la mujer, su núcleo familiar y su comunidad hayan restablecido su salud mental.

(...)

En particular, la Sala hace énfasis en el derecho de las víctimas de violencia sexual a restablecer de manera plena su salud sexual y reproductiva, y en la obligación del Estado de proveer asistencia médica completa, gratuita y permanente. El Estado debe brindar a las sobrevivientes de violencia sexual los recursos integrales en salud, tales como: exámenes médicos completos y tratamientos de calidad, que por un lado, diagnostiquen de manera completa las afectaciones en la salud

¹²³ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²⁴ Auto 009 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. “Conforme a la información allegada por organismos internacionales, organizaciones de mujeres y los organismos de control del Estado, esta Sala Especial nota que las fallas relativas a la atención de las víctimas de violencia sexual identificadas por esta Corte en el Auto 092 de 2008, persisten. Dentro de estas, se puede dar cuenta de: (i) el inadecuado funcionamiento de los sistemas de atención a las víctimas de violencia sexual, (ii) la falta de implementación de programas de formación permanente a funcionarios públicos en materia de enfoque de género y de las necesidades específicas de las mujeres sobrevivientes a la violencia sexual, (iii) las dificultades de las mujeres víctimas para acceder a los servicios básicos del Estado, toda vez que los centros de atención suelen encontrarse considerablemente distanciados de sus lugares de residencia, y (iv) el desconocimiento por parte de las mujeres de la existencia de mecanismos o procedimientos administrativos de atención.

Sin embargo, estas no son las únicas fallas que la Sala ha notado. Las labores de seguimiento realizadas en los últimos cinco años también han permitido detectar fallas adicionales para la atención de las mujeres víctimas de violencia sexual, tales como: (i) las dificultades de acceso a los servicios del Estado, dados los constantes tránsitos entre una entidad u otra, (ii) la carencia de recursos económicos por parte de estas mujeres para solventar las diferentes eventualidades que demandan los procedimientos de atención, y (iii) la presencia de actores armados en los sitios en los que se ubican los centros médicos y las entidades públicas.”

¹²⁵ La Corte Constitucional ordenó el diseño y la implementación de protocolos, programas y políticas de atención en salud, que respondan a las necesidades particulares de las víctimas del conflicto armado, sus familias y comunidades, especialmente en lo referido a la recuperación de los impactos psicosociales producidos por su exposición a eventos traumáticos, desencadenados

*de las sobrevivientes, y por otro, ordenen las medidas y tratamientos necesarios para superar estas afectaciones. De tal manera que, las instituciones competentes deben practicar exámenes especializados para determinar detalladamente las afectaciones a la mujer, especialmente las que lesionan la salud sexual y reproductiva de las mujeres, y luego garantizar el tratamiento idóneo para su recuperación*¹²⁶.

En este sentido, la Corte Constitucional reconoció explícitamente que la atención integral de la salud de las mujeres víctimas de violencia sexual **incluye la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva**. Sin embargo, en este proceso la Procuraduría General de la Nación sostuvo en su intervención que la interrupción voluntaria del embarazo en casos de abuso sexual, no hace parte del derecho a la salud, sino que se trata de una conducta despenalizada y por lo tanto, la disposición acusada no puede ser regresiva, ya que en este aspecto no se trata de una garantía del derecho a la salud. Es importante advertir que la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva no solo hace parte de los deberes del Estado en el ámbito del derecho a la salud, sino que además, esta Corporación ha determinado que la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los tres casos establecidos en la **Sentencia C-355 de 2006**¹²⁷, que incluye el aborto en supuestos de violencia sexual, es **un derecho fundamental de las mujeres, como un derecho reproductivo**¹²⁸.

¹²⁶ Las organizaciones de mujeres que acompañan casos de violencia sexual, han documentado entre otras, las siguientes afectaciones en la salud sexual y reproductiva de las víctimas de violencia sexual: (i) enfermedades de transmisión sexual, (ii) cáncer y (iii) necesidad de histerectomías. En este punto, vale la pena mencionar que, aunque el Ministerio de Salud cuenta con la Resolución 459 de 2012, por medio del cual se establece el protocolo de atención para víctimas de violencia sexual, este instrumento no cuenta con unos procedimientos específicos para casos de atención de casos de violencia sexual relacionados con el conflicto armado interno.

¹²⁷ Ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-297 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas); T-560 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Rentería); T-868 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); T-451 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda); T-586 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); y en relación con personas desplazadas con discapacidad, ver sentencias: T 560 de 2008 (M.P. Jaime Araujo Rentería); T-688 de 2007 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla); T-856 de 2011 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

¹²⁸ M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

¹²⁸ Sentencia C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería; Sentencia T-732 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-585 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “19.- Resulta innegable que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, surgió en Colombia un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incurso en las tres hipótesis despenalizadas. En efecto, como se indicó, en esta sentencia la Corte concluyó que la protección de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental –contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- implican reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada. En otras palabras, del contenido de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó el derecho a la IVE de las mujeres gestantes que se encuentran en los eventos antes indicados.

(...)

21.- De todo lo anterior esta Sala concluyó, en la sentencia T-732 de 2009, que las prerrogativas que conceden los derechos reproductivos, incluida la IVE, son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991 pues especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en los ámbitos de la reproducción. Por esta razón la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 indicó que esta categoría de derechos “abarca ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso” (principio 4). En este sentido, los derechos reproductivos, con ellos la IVE, están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad

Ahora bien, sobre este punto la Procuraduría también menciona una tensión entre la IVE en casos de violencia sexual y el ejercicio de la objeción de conciencia, ligada al contenido del Protocolo y Modelo de Atención. Se debe recordar que el reproche de inconstitucionalidad en esta oportunidad es contra la expresión “*facultad*”, y no contra el contenido del Protocolo ni otros apartes de la norma. Es decir, lo que se acusa es la posibilidad contemplada en la norma para que las **entidades** de salud implementen o no un instrumento que estandariza procesos, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social. Por lo tanto, las consideraciones de la Vista Fiscal se desvían del ámbito de estudio del caso, pues apuntan hacia un examen de validez del Protocolo. En este sentido, la Corte Constitucional no abordará estos planteamientos, pues como se advirtió, el control de las resoluciones escapa su competencia. No obstante, cabe advertir que la facultad acusada en este caso se concreta para las entidades, no para las personas y, como lo ha establecido esta Corporación, la objeción de conciencia solo puede ser ejercida por las personas naturales. Además, su ejercicio legítimo no es incompatible con el carácter obligatorio de un deber jurídico.

36. En conclusión, el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual, particularmente de las mujeres como sujetos de especial protección constitucional, debe ser garantizado como un mínimo constitucional. Este derecho comprende el acceso a la atención de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial, de forma gratuita y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas derivadas de las agresiones, que incluye valoración médica, tratamientos, procedimientos quirúrgicos o medicación que garanticen los derechos sexuales y reproductivos, tales como el acceso a la anticoncepción de emergencia y a la interrupción voluntaria del embarazo, la atención psicosocial en condiciones de dignidad y respeto.

La proscripción de los estereotipos de género en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad

37. Los estereotipos de género, como parte de una política de discriminación sospechosa, tienen una prohibición reforzada. No solo están proscritos por la cláusula general de igualdad de la Constitución sino que se encuentran prohibidos por normas que, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Sociales, Civiles y Políticos forman parte del bloque de constitucionalidad. Especialmente, la Convención para la Eliminación de las Formas de Discriminación contra la Mujer¹²⁹ (CEDAW) en sus artículos 5¹³⁰ y 10¹³¹ impone la obligación a los Estados de tomar medidas

(artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros”.

¹²⁹ Dicha Convención fue ratificado por el estado colombiano el 19 de enero de 1982.

¹³⁰ CEDAW. Artículo 5. “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

concretas para modificar los patrones sociales y culturales que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Un estereotipo se refiere a la determinación de un molde como una referencia a la identidad de alguien, que cuando se traduce en un prejuicio adquiere una connotación negativa y tiene el efecto de la discriminación. La asignación de estereotipos muchas veces responde a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo cual puede generar desventajas que tengan un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales. Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular, o sobre los roles que éstos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los miembros de un grupo tienen unas características o cumplen unos roles precisos, y por lo tanto cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo se presume que ésta actuará de conformidad con dichas preconcepciones, o que es su deber hacerlo¹³².

Ahora bien, la proscripción de los estereotipos de género responde al deber del Estado de adoptar medidas para que la igualdad sea real y efectiva y particularmente en el caso de las mujeres para que estas puedan participar en la sociedad como ciudadanas en las mismas condiciones que los demás miembros. Los estereotipos de género se vuelven negativos, y por lo tanto prejuicios que perpetúan la subordinación, cuando se utilizan como categorías por acción u omisión que determinan el acceso al ejercicio de los derechos fundamentales. En este tipo de situaciones se viola el derecho a la igualdad. Más allá, las disposiciones del bloque de constitucionalidad mencionadas imponen un deber positivo al Estado de adoptar medidas para eliminar los estereotipos de género.

38. En este sentido, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades¹³³ ha reconocido en el bloque de constitucionalidad una fuente de obligaciones expresas frente a los estereotipos de género. Así, por ejemplo, en la **Sentencia C-082 de 1999**¹³⁴ la Corte conoció de una demanda contra el artículo 140.7 del Código Civil que señalaba que el matrimonio entre la “*mujer adúltera y su cómplice*” era nulo. La Sala Plena, en aquella ocasión consideró que la norma era inconstitucional ya que, entre otras razones, reforzaba el paradigma social

¹³¹ CEDAW. Artículo 10. “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza*”.

¹³² Rebecca J Cook & Simone Cusack, *Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales*, Profamilia 2010.

¹³³ Ver, entre otras, sentencias T-098 de 1994; T-624 de 1995; T-090 de 1996; C-410 de 1996; C-622 de 1997; C-184 de 2003; T-722 de 2003; T-978 de 2003; C-101 de 2005; SU-389 de 2005; C-534 de 2005; C-355 de 2006; C-633 de 2009; T-634 de 2013; T-878 de 2014; y T-274 de 2015.

¹³⁴ Sentencia C-082 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

que tradicionalmente se construyó alrededor del hombre. Bajo esta idea, es a éste a quien se le atribuyen características socialmente valoradas como la racionalidad, por oposición a la mujer a quien se le ha considerado débil y sumisa. Tal dicotomía, expresamente proscrita por la CEDAW, ha generado una enorme brecha entre los sexos que ha promovido, como consecuencia directa, una discriminación de la mujer en diferentes campos.

39. Incluso, el bloque de constitucionalidad también ha sido utilizado por la Corte para justificar acciones afirmativas en favor de las mujeres como medidas dirigidas a la superación de la discriminación que producen los estereotipos de género. Este es el caso de la **Sentencia C-371 de 2000**¹³⁵, mediante la cual el Tribunal realizó el control automático de constitucionalidad a la ley estatutaria que promovió medidas para la adecuada participación de la mujer en los niveles decisorios de la función pública. Al examinar el sistema de cuotas de representación introducida por dicha normativa, la Corporación resaltó que este tipo de instrumentos se ajustaban a la Constitución toda vez que reconoció que estas medidas de discriminación inversa resultaban razonables, a luz de tratados como la CEDAW, en cuanto no existe duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja, que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo.

Igualmente, en sede de tutela, la Corte Constitucional ha aplicado los contenidos de los tratados internacionales para reprochar prácticas discriminatorias contra la mujer. Particularmente, en la **Sentencia T-500 de 2002**¹³⁶ varias empleadas de ECOPETROL presentaron una acción de tutela contra la empresa ya que no se les permitió incluir a sus esposos como beneficiarios del plan de salud, situación que no ocurría con los trabajadores de la petrolera estatal. En esa oportunidad, la Corte amparó el derecho a la igualdad de las accionantes al considerar que la restricción impuesta proviene de un acto de discriminación arbitrario que afecta a las mujeres y que se basa en un estereotipo de género, prohibido por la Constitución y el bloque de constitucionalidad, que le asigna a cada sexo ciertos roles sociales y familiares. En efecto, la medida desestimaba el papel de la mujer como apoyo económico en el sostenimiento integral de la familia y, paralelamente, cohonestaba también el incumplimiento de las obligaciones médico asistenciales a cargo del Estado.

40. En otras oportunidades, el bloque de constitucionalidad ha sido utilizado por la Corte para declarar la inexecutable de normas legales que introducían diferencias injustificadas entre hombres y mujeres. De esta manera, en la **Sentencia C-507 de 2004**¹³⁷ el Tribunal conoció de una demanda contra el artículo 140 del Código Civil que determinó que los matrimonios celebrados con un niño menor de 14 años o una niña menor de 12 años eran nulos. Al precisar que dicha diferenciación resultaba inconstitucional, la Corte señaló

¹³⁵ Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹³⁶ Sentencia T-500 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³⁷ Sentencia C-507 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

que mantener la edad de los 12 años como parámetro para que la mujer pueda contraer matrimonio, si cuenta con el permiso de sus padres, es legitimar el estereotipo según el cual la función social de la mujer es dedicarse al hogar y a su esposo. Estereotipo inspirado en que el principal fin del matrimonio es procrear, para lo cual las mujeres serían “útiles” desde la pubertad, según una visión marcada por relaciones de dominación de los hombres sobre las mismas y que se encuentra en contradicción directa con la CEDAW y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

41. Incluso, en razón a la aplicación reiterada del bloque de constitucionalidad, la Corte ha redefinido de manera profunda conceptos civiles tradicionales. Este es el caso de la **Sentencia C-804 de 2006**¹³⁸, que resolvió una demanda contra la expresión “*hombre*” contenida en el artículo 33 del Código Civil y la referencia que la norma hacía a que dicha palabra debía entenderse de manera general por lo que aplicaba a cualquier individuo, sin distinción de identidad de género. El Tribunal declaró inexecutable esa expresión y señaló que en virtud de la evolución del rol social de la mujer y de la introducción de la protección reforzada de sus derechos a través del bloque de constitucionalidad, no tienen cabida en el ordenamiento jurídico colombiano disposiciones que establecen tratos discriminatorios aun cuando se trate de regulaciones dirigidas supuestamente a protegerlas, pero que al estar inspiradas en estereotipos sociales y culturales machistas perpetúan la desigualdad.

42. Más aún, la Corte ha tenido la oportunidad de analizar el alcance de los estereotipos de género en los medios de comunicación y las acciones de autorregulación que en los mismos se deben implementar para superarlos. Este es el caso de la **Sentencia T-391 de 2007**¹³⁹, donde el Tribunal conoció un amparo elevado por los representantes de la cadena radial RCN contra una sentencia del Consejo de Estado que, en virtud de una acción de grupo, le ordenó al Ministerio de Comunicaciones iniciar un procedimiento administrativo contra dicha empresa por los contenidos que se publicaban con frecuencia en su programa radial “*El Mañanero*”. Para los actores de la acción popular el programa vulneraba la moralidad pública toda vez que con frecuencia promovía información con contenidos sexuales denigrantes y otros elementos que se consideraba que corrompían a la juventud. Para la emisora, por el contrario, el discurso público del programa se ajustaba a la protección que la Constitución le otorga a la libertad de expresión. La decisión del Tribunal, que termina por revocar el fallo del Consejo de Estado y le ordena a la emisora que implemente un proceso de autorregulación que haga manifiesta su responsabilidad social al ejercer su libertad de expresión, no desarrolló una definición de estereotipos de género pero sí recordó que es importante establecer mecanismos que, sin llegar a constituirse en restricciones a la libertad de expresión, permitan que los medios de difusión masiva fomenten una imagen equilibrada y no estereotipada de la mujer a partir de las

¹³⁸ Sentencia C-804 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹³⁹ Sentencia T-391 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

obligaciones impuestas por la cláusula general de igualdad de la Carta Política y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

43. De igual modo, y de manera reciente, la Corte ha concebido que el Legislador tiene la facultad de desarrollar varios mecanismos que vayan más allá de la sanción penal o administrativa para remover los estereotipos de género. Así, en la **Sentencia C-335 de 2013**¹⁴⁰ la Corte examinó una acción de constitucionalidad contra un artículo de la Ley 1257 de 2008 que contemplaba la posibilidad de introducir medidas de sanción social en casos de violencia de género. En la providencia, esta Corporación declaró la exequibilidad de la norma al considerar, entre otras razones, que la discriminación y la violencia contra la mujer están a su vez fundadas sociológicamente en prejuicios y estereotipos de género que han motivado la idea de la independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer. Esta situación, que va en contravía de la Constitución y de las reglas fijadas por el bloque de constitucionalidad, ha causado una discriminación de las mujeres en roles intelectuales y de liderazgo que históricamente ha sido reforzada mediante la violencia, a través de la agresividad masculina aprendida en la infancia como estereotipo y luego desarrollada como forma de dominación.

44. Finalmente, con respecto a la función judicial, la Corte ha tenido la oportunidad de fijar varias reglas a partir de la aplicación sistemática de las normas internacionales contra los estereotipos de género. En el caso de la **Sentencia T-967 de 2014**¹⁴¹ la Corporación estudió el caso de una jueza que consideró que la causal de “*ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra*” en una demanda de divorcio que presentó una mujer no incluía el maltrato psicológico, por lo que el proceso ordinario concluyó que dicha petición era improcedente. El Tribunal revocó dicho fallo y reconoció que los altos niveles de impunidad refuerzan los estereotipos de género por lo que los jueces, a partir de sus obligaciones internacionales, deben asumir un rol activo en el desmonte de los mismos.

45. En conclusión, la Corte ha identificado de manera reiterada los estereotipos de género con preconcepciones que generalmente le asignan a la mujer un rol tradicional asociado al trabajo del hogar, a la reproducción y a la subordinación frente al hombre sobre quien, por el contrario, han recaído todas las obligaciones de liderazgo, debido a su fuerza física y supuesta racionalidad mental. En ese sentido, el Tribunal ha acudido a los contenidos de la cláusula de igualdad constitucional y al bloque de constitucionalidad para superar los estereotipos de género. Esto, con el fin de reconocer las obligaciones de acción u abstención al Estado para que no aplique políticas discriminatorias en razón del género y de estereotipos que se construyen alrededor de la idea de las mujeres, como ciudadanas que están supeditadas a roles de inferioridad en la sociedad.

¹⁴⁰ Sentencia C-335 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelet Chaljub.

¹⁴¹ Sentencia T-967 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Al haber delimitado el marco constitucional relevante se pasa ahora a resolver los problemas jurídicos planteados.

La obligación del Estado de garantizar la accesibilidad a los servicios de salud de las víctimas de violencia sexual es de aplicación inmediata

46. Los demandantes plantean que la expresión acusada viola los artículos 49, 93 y por lo tanto el bloque de constitucionalidad por el cambio de las condiciones en la accesibilidad a los servicios de salud para las víctimas de violencia sexual. En este sentido, indican que dicho cambio prevé un retroceso injustificado de una garantía existente, en relación con la obligación de adoptar e implementar protocolos dirigidos a asegurar el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual, bajo condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad. Señalan que, la Resolución 459 de 2012, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, había establecido la obligación a cargo de las instituciones de salud, de implementar el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, mientras que la norma demandada establece su aplicación facultativa. Por lo tanto, estiman que el mencionado cambio genera una disminución en el acceso al derecho a la salud que viola el principio de progresividad y no regresividad.

La mayoría de los intervinientes coadyuvan el cargo, por considerar que la determinación discrecional de aplicación del Protocolo y Modelo de Atención, viola el derecho de las víctimas de violencia sexual a una atención integral en salud, que antes se aseguraba con la implementación obligatoria de dicho instrumento.

La Procuraduría General de la Nación sostiene que la expresión de la norma acusada no está sujeta al principio de progresividad, pues no puede ser objeto de control por una norma de inferior jerarquía, y además la disposición se ajusta a la Constitución, pues logra garantizar el balance entre el acceso al aborto y el derecho a la objeción de conciencia de los médicos a los que potencialmente se les requiera la práctica de este procedimiento.

47. En efecto, la expresión acusada prevé la **facultad** para las entidades de salud que presten servicios a sobrevivientes de violencia sexual de implementar el Protocolo y Modelo de Atención, contrario a lo que estaba contemplado por la Resolución 459 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social, que establecía su obligatoriedad.

En este sentido, la Corte advierte que la norma reconoce un procedimiento estandarizado como parte de la provisión de salud integral a una población de especial protección constitucional, pero genera un cambio en la aplicación de dicho instrumento, al modificar su carácter vinculante, como provisto antes de la vigencia de la norma, a uno voluntario.

Igualmente, se debe resaltar que la medida, como un medio de garantía de unas reglas de calidad que hacen parte de los instructivos de la autoridad de control del sector salud, sigue en el ordenamiento jurídico. Así, la norma parcialmente acusada no se ha derogado o ha revocado el instrumento, y éste sigue siendo parte de las opciones que una entidad de salud puede utilizar, al igual que de las opciones que el Ministerio puede impulsar dentro de sus competencias.

48. Como se advirtió, el carácter complejo de la garantía del derecho a la salud involucra una variedad de obligaciones de distinto orden para el Estado. En efecto, unas de estas deben cumplirse de forma inmediata, y generalmente se encuentran ligadas a los deberes de respeto y protección de los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad del derecho a la salud. De otra parte, algunas de las que se circunscriben al deber de garantía, y que también se predicen de los mismos elementos, están sujetas al principio de progresividad y no regresividad, por implicar un mayor despliegue técnico y prestacional.

La Corte Constitucional considera que para establecer si una medida cumple con las obligaciones respecto de la garantía del derecho a la salud debe superar un análisis de dos pasos. Primero, se debe verificar si la medida afecta el ámbito de exigibilidad inmediata del derecho a la salud, en los términos establecidos por la Constitución, la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad. Segundo, se debe constatar que la medida no disminuya el nivel de satisfacción previamente alcanzado, lo cual se determina al analizar i) si se ha recortado o limitado el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; ii) si se han aumentado sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho; y iii) si se han disminuido o desviado sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del mismo. En caso de que esto suceda, se debe comprobar si se reúnen ciertas condiciones de razonabilidad que justifiquen la medida.

49. En este orden de ideas, la Corte encuentra que en efecto la protección del derecho a la salud impone al Estado la obligación de garantizar el acceso a servicios de salud integral a las víctimas de violencia sexual. Esta obligación se deriva del deber de garantía de los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud contemplado en el artículo 49 de la Carta Superior, del derecho fundamental a la salud y del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, el elemento de accesibilidad desarrollado por el Comité DESC y por la jurisprudencia de este Tribunal establece que los bienes y servicios públicos de salud deben ser accesibles a todos en **condiciones de igualdad** y sin discriminación, particularmente a los sectores más marginados. En este sentido, la CEDAW establece en su artículo 12 la obligación de proveer el acceso a la salud a todas las mujeres sin discriminación. De conformidad con este reconocimiento, la Observación General 24 del Comité de la CEDAW determina que los Estados están obligados a promulgar y aplicar de forma eficaz leyes y a formular políticas “*incluidos los protocolos sanitarios y*

procedimientos hospitalarios, que aborden la violencia contra la mujer (...) y la prestación de los servicios sanitarios apropiados”.

A su vez, la Convención de Belém do Pará, en sus artículos 7, 8 y 9 determina la obligación para los Estados de adoptar todas las medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, con particular atención a las mujeres que hacen parte de grupos discriminados o vulnerables, lo que incluye el deber de suministrar todos los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia. Bajo este marco, la Corte Constitucional ha circunscrito la garantía de atención integral al deber de debida diligencia en la prevención, atención, protección y acceso a la justicia a favor de las mujeres sobrevivientes de la violencia sexual perpetrada por actores armados.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha delimitado los mínimos constitucionales en la provisión de los servicios de atención en salud para las mujeres sobrevivientes de violencia sexual, los que ha concretado en el acceso a la atención de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial, de forma gratuita y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas derivadas de la agresión. Así pues, estos son los **mínimos constitucionales indiscutibles** en la garantía del derecho a la salud, que son exigibles inmediatamente al Estado.

50. La Corte entiende que la finalidad del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014, al determinar la atención integral y gratuita de los servicios de salud a las víctimas de violencia sexual, responde a los imperativos constitucionales de protección al derecho a la salud, a los deberes de prevención y atención de la violencia, y al derecho al acceso a la administración de justicia. Estos postulados se concretan particularmente, al haber fijado como parámetro de atención el Protocolo y Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual. De hecho, así fue interpretado en el **Auto 009 de 2015**, en donde la Corte estableció:

“Uno de los primeros avances en materia de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual, fue el desarrollo en enero de 2011 del documento borrador sobre el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, por parte del en ese entonces Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social. En este documento, además de hacerse un diagnóstico sobre la vulnerabilidad de las mujeres, niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado y el desplazamiento forzado respecto de actos de violencia sexual, se asumen, primero, una serie de enfoques tendientes a la atención integral en salud de esta población vulnerable y, segundo, un protocolo clínico de atención específica de esta población en aras de su no revictimización y protección a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).”

Este Tribunal advierte que esta medida sigue en el ordenamiento jurídico, y es susceptible de ser adoptada a discreción por las entidades que atienden a víctimas de violencia sexual. Por lo tanto, no se está ante una situación en la que existían unas garantías que ahora han desaparecido por completo. No obstante, la calidad facultativa que se acusa en esta demanda, tiene un impacto innegable en la garantía de accesibilidad en condiciones de igualdad, y por lo tanto se inscribe en el ámbito de las obligaciones de aplicación inmediata del derecho a la salud.

Como lo han advertido la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, particularmente la Observación General 12 del Comité DESC, existe un deber de garantizar el acceso a los servicios de salud en condiciones de igualdad. En este sentido y en atención a la importancia de asegurar las condiciones de accesibilidad para todos sin distinción, ésta se ha delimitado como una obligación de aplicación inmediata para los Estados.

En este orden de ideas, la delimitación del acceso a un procedimiento de salud integral y estandarizado de forma facultativa, tiene el efecto de supeditar el servicio a una serie de procedimientos que garantizarían la calidad en los servicios de salud, al arbitrio y a la capacitación de los profesionales que los proveen. Adicionalmente, como fue sugerido por varios de los intervinientes, esta calificación tiene implicaciones en el derecho al acceso a la justicia de las víctimas de violencia en el conflicto armado. Así pues, dicha determinación genera dos grupos entre las víctimas de violencia sexual: los que reciben la atención conforme a los procedimientos estandarizados y los que no.

51. Como se ha dicho, la delimitación constitucional de las obligaciones de aplicación inmediata del derecho a la salud y de los mínimos que se deben proveer a las víctimas de violencia sexual exige que la atención en salud sea integral, y que asegure que todas las personas puedan acceder al servicio en las mismas condiciones, lo que no puede estar sujeto a la discrecionalidad de los operadores de salud. En este sentido, la distinción en el acceso provista en la expresión acusada genera una diferencia en las condiciones de acceso a los servicios sin justificación. Por lo tanto, este elemento, hace que la medida que se acusa de inconstitucional, no esté sujeta al principio de progresividad y no regresividad, pues no se trata de una de las obligaciones que el Estado puede o no prestar.

Para este Tribunal, es indiscutible que la prestación de los servicios de salud a las víctimas de violencia sexual en las condiciones establecidas por la jurisprudencia y el bloque de constitucionalidad tienen un carácter imperativo. Por lo tanto, las medidas que omitan la garantía de provisión de estos servicios bajo las condiciones de integralidad que responden a los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad son inconstitucionales, por violar una obligación exigible de forma inmediata.

52. De acuerdo con lo anterior, el análisis de la medida sobre la violación al principio de progresividad no pasa el primer paso del examen, pero no porque

no se trate de una obligación que no se deba garantizar, sino porque precisamente la garantía del derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual en condiciones de igualdad comprende una **garantía mínima** en el acceso al derecho a la salud de una población vulnerable que no se cumple con la expresión acusada de la norma.

La Corte considera que la distinción en las condiciones de acceso a los servicios de salud para las víctimas de violencia sexual genera una desigualdad inadmisibles en la que unas personas pueden gozar de un trato estandarizado que busca asegurar el derecho a la salud integral y el acceso a la administración de justicia y otros no. Por lo tanto, esta Corporación considera que la adopción de protocolos de atención de forma facultativa infringe los principios de igualdad en el acceso al derecho a la salud y el bloque de constitucionalidad. Toda vez que la garantía de estos derechos y de las condiciones de accesibilidad a los servicios de salud comprende una obligación de aplicación inmediata, su implementación debe ser obligatoria. Lo anterior, se elaborará en la sección sobre el alcance de la orden a impartir.

Es importante resaltar que la anterior determinación bajo ninguna circunstancia torna a un acto administrativo, el Protocolo y Modelo de Atención, en un parámetro de constitucionalidad. Conforme a lo delimitado en el alcance de la norma y los problemas jurídicos, este examen de constitucionalidad se refiere al contenido normativo demandado del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014, es decir, a la *facultad* de implementar protocolos de atención en casos de víctimas de violencia sexual. Esta determinación ni constitucionaliza ni legaliza el protocolo, del cual se reitera que esta Corporación no ha analizado la validez de su contenido, pues las autoridades competentes pueden adoptar las reglas que se ajusten a los mandatos legales y constitucionales y actualizarlo como respuesta a la dinámica cambiante de los tratamientos médicos y de la investigación de delitos. Esta determinación se circunscribe a la obligación del Estado de garantizar condiciones de igualdad en el acceso a servicios de salud que respeten los parámetros que esta Corporación ha adoptado, el derecho a la salud en condiciones de igualdad y el bloque de constitucionalidad, que son determinantes para la protección de una población vulnerable.

Por lo tanto, la Corte declarará la inexecutable de la disposición acusada, por vulnerar los artículos 49 y 93 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

53. La Corte considera que, si bien el análisis del primer cargo determina la inconstitucionalidad de la expresión acusada, por razones pedagógicas es importante abordar los otros dos cargos planteados, lo que se pasa a hacer a continuación.

La expresión acusada genera una discriminación indirecta e interseccional hacia las mujeres víctimas de violencia sexual, particularmente las que pertenecen a grupos marginados

54. Los demandantes acusan de inconstitucional la expresión facultad del artículo 23 de la Ley 1719 de 2015 por violar los artículos 13, 43 de la Constitución, 1º y 2º de la CEDAW y 6º y 9 de la Convención de Belém do Pará, como quiera que la disminución en la garantía del derecho a la salud en condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad conlleva dos clases de discriminación: i) por razones de género, y ii) de tipo interseccional. En este sentido, consideran que la norma genera un impacto desproporcionado en las mujeres, pues estas son las principales víctimas de violencia sexual, y las condiciones étnicas, raciales, de edad, o de discapacidad, acrecientan la posibilidad de ser víctimas.

La mayoría de los intervinientes coinciden con este cargo y además aportan diversos informes, cifras y casos que dan cuenta del impacto desproporcionado que tiene la violencia sexual en las mujeres, particularmente en el contexto del conflicto armado.

55. En este contexto es relevante recordar el artículo 13 de la Constitución que proscribe explícitamente la diferencia de trato ante la ley, por criterios sospechosos. En este sentido, este Tribunal ha sido enfático en establecer que son inadmisibles las medidas que violen la cláusula de igualdad formal, la que se extiende a la discriminación directa e indirecta. Es decir, la Constitución prohíbe adoptar medidas que de forma abierta excluyan o diferencien a una persona o a un grupo de personas con el objeto de reducir o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio de un derecho o una libertad fundamental, en razón al género, posición socioeconómica, raza, estatus particular, entre otros (discriminación directa); así como prescribe tratos u omisiones que tengan como resultado un impacto desproporcionado en personas parte de ese grupo en el sentido de coartar o excluir del reconocimiento, disfrute o ejercicio de un derecho o libertad fundamental (discriminación indirecta).

56. Los diversos pronunciamientos de esta Corporación alrededor de la violencia sexual en el conflicto armado, particularmente en los **Autos 092 de 2008** y **009 de 2015**, han constatado que las mujeres están sujetas a un riesgo desproporcionado de violencia y de abuso sexual en el contexto del conflicto armado. Más allá, estas providencias han establecido que la violencia sexual que las mujeres sufren en este contexto desarrolla un triple proceso de invisibilidad oficial y extraoficial, silencio por parte de las víctimas e impunidad de los perpetradores. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que las mujeres sufrían un impacto diferencial de la violencia armada, que a su turno les imponía una serie de cargas materiales y psicológicas de naturaleza extrema y abrupta, que los hombres no se ven obligados a sobrellevar, o por lo menos no de forma comparable.

En esta misma línea, la Corte reconoció los efectos perversos de la violencia sexual en el ejercicio de los derechos fundamentales y cómo éstos se perpetúan con sus secuelas, las cuales identificó en el **Auto 092 de 2008** como: “(a) lesiones físicas y el contagio de infecciones de transmisión sexual

–incluido el VIH/SIDA-, (b) embarazos involuntarios y distintos problemas ginecológicos secundarios –tales como problemas de infertilidad derivada del contagio de ETS o por lesiones recibidas durante el crimen, o problemas en el desarrollo físico de las niñas víctimas de estos delitos-, (c) la ocurrencia de graves traumas psicológicos que se proyectan a largo plazo sobre distintas fases de las esferas vitales de las víctimas –incluida su autoestima, su seguridad, su vida afectiva y el ejercicio sano de su sexualidad-, que se agravan por la carencia de atención especializada y apoyo para las afectadas, y que a su vez les generan mayor riesgo de desarrollar otros problemas de salud a largo plazo tales como abuso de drogas o alcohol, depresión, culpabilidad, dolor crónico o discapacidad física; (d) la generación de procesos de revictimización a través del rechazo y la estigmatización social por las comunidades y familias de las afectadas, y (e) la causación de situaciones de temor y zozobra generalizados en las regiones donde los hechos son cometidos, que coartan en particular la movilidad y el ejercicio de los derechos de las mujeres, adolescentes y niñas de la zona”.

A continuación, este Tribunal determinó que el Estado tenía la obligación de adoptar un programa de prevención de la violencia sexual contra la mujer desplazada y de atención integral a sus víctimas. Posteriormente, siete años después de que se reconociera una mayor protección por parte del Estado a las mujeres desplazadas por el conflicto armado, la Corte Constitucional volvió a constatar que los riesgos exacerbados de la violencia sexual para las mujeres en el conflicto armado no solo se mantienen, sino que se han reconocido nuevos contextos del conflicto donde también se verifica este peligro¹⁴².

De hecho, en la intervención del Ministerio de Salud y Protección Social en este proceso informó que las mujeres constituyeron el 88% de las víctimas de violencia sexual entre los años 2012 y 2014, y que los grupos poblacionales más afectados son la población desplazada, las gestantes, las migrantes, las personas en situación de discapacidad y la población afro e indígena¹⁴³. A su vez, el Ministerio reportó que entre los años 2012 y 2014 el mayor número de

¹⁴² En efecto, en el Auto 009 de 2015, la Corte se dedica en extenso a analizar los problemas asociados al proceso de atención de las sobrevivientes de actos de violencia sexual y concluye que:

“Conforme a la información allegada por organismos internacionales, organizaciones de mujeres y los organismos de control del Estado, esta Sala Especial nota que las fallas relativas a la atención de las víctimas de violencia sexual identificadas por esta Corte en el Auto 092 de 2008, persisten. Dentro de estas, se puede dar cuenta de: (i) el inadecuado funcionamiento de los sistemas de atención a las víctimas de violencia sexual, (ii) la falta de implementación de programas de formación permanente a funcionarios públicos en materia de enfoque de género y de las necesidades específicas de las mujeres sobrevivientes a la violencia sexual, (iii) las dificultades de las mujeres víctimas para acceder a los servicios básicos del Estado, toda vez que los centros de atención suelen encontrarse considerablemente distanciados de sus lugares de residencia, y (iv) el desconocimiento por parte de las mujeres de la existencia de mecanismos o procedimientos administrativos de atención.

Sin embargo, estas no son las únicas fallas que la Sala ha notado. Las labores de seguimiento realizadas en los últimos cinco años también han permitido detectar fallas adicionales para la atención de las mujeres víctimas de violencia sexual, tales como: (i) las dificultades de acceso a los servicios del Estado, dados los constantes tránsitos entre una entidad u otra, (ii) la carencia de recursos económicos por parte de estas mujeres para solventar las diferentes eventualidades que demandan los procedimientos de atención, y (iii) la presencia de actores armados en los sitios en los que se ubican los centros médicos y las entidades públicas.”

¹⁴³ Cuaderno principal, folio 243. La intervención del Ministerio de Salud y de la Protección Social indica que la población más afectada por la violencia sexual entre el 2012 y el 2014 es la afro, y en segundo lugar la población indígena.

casos de violencia sexual se había dado en contra de la población afro, con un 60.8%, y en segundo lugar en la población indígena, con un 33%.

Por su parte, las cifras del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses indican que de los 20.739 exámenes médicos legales que realizaron en el año 2013, el 84,44% correspondía a víctimas mujeres. En el mismo sentido, el Registro Único de Víctimas reporta un total de 12,092 casos denunciados de violencia o abuso sexual desde el 1985 hasta el 2015, de los cuales 10,850 son mujeres, 919 hombres y 323 pertenecen a la población diversa.

Los anteriores pronunciamientos y la información allegada permiten a esta Corporación constatar que, en efecto, como los demandantes y muchos de los intervinientes aseveran, es innegable que la violencia sexual tiene un impacto desproporcionado en las mujeres y dentro de este grupo afecta aún más a grupos vulnerables como las mujeres afro, indígenas o en situación de discapacidad.

57. Así las cosas, este Tribunal entiende que la identificación de una población específica sobre la que recae un riesgo mayor de una situación contemplada en la norma demandada, la violencia sexual, implica que los efectos de la norma también generan un mayor impacto en este grupo poblacional.

De acuerdo con lo anterior, si bien la disposición acusada tiene a primera vista un contenido neutro, pues incluye en general a las víctimas de violencia sexual, es indudable que los efectos de la norma tienen un impacto mayor en un grupo poblacional, las mujeres.

En este sentido, para la Corte es claro que la determinación de una diferencia en las condiciones del acceso a servicios de salud para las víctimas de violencia sexual, -la determinación facultativa de aplicar el Protocolo y Modelo de Atención-, tiene un impacto exacerbado para las mujeres, lo que genera una discriminación indirecta.

58. Además, para la Corte también es claro que este impacto se acentúa en la población que integra grupos vulnerables, lo que hace que la norma también genere una discriminación interseccional. Respecto a la discriminación múltiple, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de González Lluy contra Ecuador, estableció que *“ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos”*¹⁴⁴. En ese sentido, la Relatora

¹⁴⁴ Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso de B.S. Vs. España, reconoció la situación de extrema vulnerabilidad de B.S., quien sufrió discriminación por género, raza, origen nacional, estatus de extranjera y su trabajo como trabajadora sexual. En el texto original, el Tribunal Europeo indicó: “In the light of the evidence submitted in the present case, the Court considers that the decisions made by the domestic courts failed to take account of the applicant’s particular vulnerability inherent in her position as an African woman working as a prostitute”. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Caso B.S. v. España*, No. 47159/08, Sentencia de 24 de julio de 2012, párr. 62. En el mismo sentido, consultar: CIDH, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas*, de 20 de enero de 2007, párrs. 195 a 197; CIDH, *Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en*

Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que “la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres”^{145,146}.

Es así como muchas veces la convergencia de diferentes factores de vulnerabilidad, desata riesgos adicionales para cierta población, es decir, la intersección de estas categorías crea una situación de naturaleza concreta con cargas de discriminación mayores por la confluencia de los factores. En este mismo sentido, cuando una medida enmarca una situación particular frente a la cual ese grupo de personas es sujeto de ser afectado, la medida tiene a su vez un impacto mayor para éste.

En este orden de ideas, la Corte verifica que en este caso la norma en efecto genera una discriminación indirecta para las mujeres, pero además ésta se aumenta por la confluencia de diferentes criterios sospechosos que imponen mayores riesgos a las mujeres parte de minorías vulnerables, ya sea por su raza o estatus, como las mujeres parte de la población indígena o afro, o en situación de discapacidad. En este sentido, la carga del impacto de la norma en estos grupos poblacionales es aún mayor y genera una discriminación interseccional.

59. De acuerdo con lo anterior, la expresión “*facultad*” del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014, al determinar condiciones de desigualdad en la accesibilidad a los servicios de salud de las víctimas de violencia sexual y tener un impacto indirecto y desproporcionado en las mujeres, y en un mayor grado en la población de mujeres parte de grupos vulnerables, genera una discriminación indirecta e interseccional, que hace que la norma sea inconstitucional por violación a los artículos 13, 49 y del bloque de constitucionalidad.

La expresión acusada viola el deber del Estado de eliminar estereotipos de género determinado por la cláusula de igualdad y el bloque de constitucionalidad

60. El tercer cargo planteado por los demandantes sostiene que la expresión acusada, al violar el derecho al acceso de salud de las víctimas de violencia

Colombia, de 18 de octubre de 2006, párrs. 102 a 106, y CIDH, *Informe sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití*, de 10 de marzo de 2009, párr. 90.

¹⁴⁵ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, 2 de mayo de 2011. párr. 67.

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, Párr 288. En este caso la Corte Interamericana determinó la responsabilidad del Estado de Ecuador responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy al haber incumplido con su deber de supervisar y fiscalizar las entidades que prestan servicios de salud pues fue infectada con el virus del VIH durante una transfusión de sangre en el marco de la atención de salud pública prestada por particulares, cuando tenía 3 años de edad y la educación sin discriminación al también haber sido retirada de diferentes instituciones educativas en razón a su condición VIH positiva.

sexual por desconocer la garantía de disponibilidad, accesibilidad y calidad en los servicios de salud y tener un impacto desproporcionado en las mujeres, permite que en dicha atención se apliquen estereotipos de género, los que se encuentran proscritos por el bloque de constitucionalidad. La mayoría de los intervinientes coinciden con el cargo.

61. En efecto, varias de las intervenciones presentadas durante el trámite en la Corte Constitucional, hicieron referencia específica a ejemplos concretos que dan cuenta de los obstáculos que los estereotipos de género le imponen a las mujeres para acceder de manera eficiente a recursos judiciales y administrativos, así como en la atención de la salud ante la violación de sus derechos fundamentales por los actos de agresión sexual.

Por ejemplo, la **Fundación Mujer y Futuro** resumió el caso de Sandra Orejarena Troya¹⁴⁷, víctima del delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir. Después de interponer la respectiva denuncia, un juez penal decretó la práctica de varias pruebas destinadas a investigar detalles propios de la señora Orejarena Troya, como su conducta personal como estudiante, las circunstancias en que presentó la denuncia y los detalles de las relaciones sentimentales que la misma tuvo antes de los hechos del caso. Ante esta situación, la mujer presentó una acción de tutela que fue revisada por esta Corporación. Así, en la **Sentencia T-453 de 2005**¹⁴⁸ se ampararon los derechos fundamentales de la víctima y ordenó extraer del expediente dichas pruebas, ya que las mismas vulneraban sus derechos a la intimidad y al debido proceso toda vez que estaban destinadas a indagar sobre el comportamiento sexual de la mujer con anterioridad a los hechos objeto de investigación, sin que la limitación de su derechos haya sido razonable o proporcional.

Por su parte, **un grupo de lideresas y sobrevivientes de la violencia sexual en el contexto del conflicto armado** presentaron una intervención conjunta¹⁴⁹ donde identificaron varios obstáculos para el acceso a la salud de esta población. Así, señalaron que, entre otras cosas, se presentan en la atención médica y psicológica reiteradas prácticas *revictimizantes* como: (i) realizar afirmaciones que culpabilizan a la víctima de la agresión sufrida, como por ejemplo que ésta fue provocada por la forma de vestir de la persona; y (ii) hacer preguntas humillantes, como si la agresión le produjo a la persona algún tipo de placer sexual.

En ese sentido, la **Clínica Jurídica con Enfoque de Género y Diversidades de la Universidad de Nariño** en su escrito¹⁵⁰, señaló que “*la cultura patriarcal de las y los funcionarios contribuye de manera efectiva en el mayor o menos grado de tolerancia institucional hacia las violencias contras las*

¹⁴⁷ Memorial de la Fundación Mujer y Futuro (folio 108; cuaderno principal).

¹⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-453 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁴⁹ Memorial de lideresas y sobrevivientes de la violencia sexual en el contexto del conflicto armado (folio 122; cuaderno principal).

¹⁵⁰ Memorial de la Clínica Jurídica con Enfoque de Género y Diversidades de la Universidad de Nariño (folio 143; cuaderno principal)

mujeres, niñas, niños y adolescentes”¹⁵¹. Para comprobar esa premisa, la Universidad presentó los resultados del *Informe de la Segunda Medición de Resultados sobre la Tolerancia Social e Institucional de las Violaciones hacia las Mujeres* realizado por la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer durante al año 2014. En el mismo, por ejemplo, se da cuenta de que el 41% de los servidores públicos estuvo de acuerdo con la afirmación de que “*a los hombres bravos es mejor no provocarlos*”¹⁵². Por su parte, el 45% de los funcionarios piensa que en casos de violencia intrafamiliar “*la ropa sucia se lava en casa*”¹⁵³. Por último, el 16% de los empleados públicos piensa que, en general, las mujeres exageran los hechos de violencia cuando son víctimas de agresiones¹⁵⁴.

Asimismo, la **Corporación El Meta con Mirada de Mujer** en su coadyuvancia¹⁵⁵ presentó los resultados de una encuesta de salud realizada en el departamento del Meta entre mujeres que fueron víctimas de violencia sexual. Entre sus resultados, es oportuno destacar que: (i) el 85% de las mujeres víctimas de violencia sexual no buscaron los servicios de salud, de las cuales el 46% no lo hizo por miedo, un 44% se abstuvo de hacerlo por las dificultades materiales de acceso a los servicios de salud; e (ii) igualmente, un 74% de las encuestadas señaló que la atención recibida **no es digna**.

Es importante resaltar de nuevo que entre los argumentos esgrimidos por el **Ministerio de Salud** en su apoyo a la acción de inconstitucionalidad se encuentran las cifras del *Sistema de Vigilancia de Violencia de Género* que desde el 2012 ha identificado la magnitud del fenómeno de violencia contra la mujer, violencia intrafamiliar y violencia sexual en el país. Así, por ejemplo, la Sala considera adecuado transcribir la información contenida en la siguiente tabla para observar el comportamiento exponencial de estos delitos.

-Tabla 1-
Número de casos reportados de violencia contra
la mujer en Colombia
2012-2014

AÑO	HOMBRES		Mujeres		TOTAL
	Casos	%	Casos	%	
2012	10.120	16	53.136	84	63.256
2013	8.403	20	34.405	80	42.808
2014	12.250	20	49.568	80	61.818
TOTAL	30.773	18	137.109	82	167.882

Fuente: Sistema de Vigilancia de Violencia contra la Mujer, Violencia Sexual y Violencia Intrafamiliar. Instituto Nacional de Salud.

¹⁵¹ *Ibidem*; folio 146.

¹⁵² *Ibidem*; folio 147.

¹⁵³ *Ibidem*; folio 147.

¹⁵⁴ *Ibidem*; folio 147.

¹⁵⁵ Memorial de la Asociación El Meta con Mirada de Mujer (folio 185; cuaderno principal).

Como se ha advertido, la violencia sexual es una conducta sistemática, reiterada y generalizada que afecta de manera particular a las mujeres. Por esa razón, el Ministerio concluye que el hecho de *“que el Protocolo sea facultativo expone a las víctimas de violencia sexual a diferentes afectaciones a salud física y mental (y) a la revictimización a partir del estigma y la discriminación”*¹⁵⁶.

De igual modo, la **Ruta Pacífica de las Mujeres** en su documento¹⁵⁷ de intervención presentó varios argumentos de hecho que constituyen una clara evidencia empírica sobre los efectos de los estereotipos de género sobre los derechos de las víctimas de violencia sexual. Así, en el marco de una *Comisión de la Verdad para las Mujeres*, la organización recogió alrededor de mil testimonios de mujeres afectadas por la violencia que permitieron detectar que en la mayoría de los casos las mujeres fueron *revictimizadas* en la atención en salud porque: (i) la aplicación facultativa del Protocolo permite que las entidades regionales aumenten la arbitrariedad frente a sus obligaciones de atención en salud para esta población; y (iii) no se les prestaron servicios médicos y psicológicos adecuados.

Finalmente, la **Fundación Círculo de Estudios Culturales y Políticos** respaldó la demanda¹⁵⁸ como organización que ha desarrollado un amplio trabajo de acompañamiento psicosocial con más de 1400 víctimas de violencia sexual y ha llegado a documentar 502 de estos casos. Como parte de los hallazgos encontrados por esta entidad, resulta notorio que *“las víctimas (...) no pueden ejercer plenamente el derecho psicosocial a expresarse (ya que) viven en contextos donde los actores armados agresores se mantienen vigentes”*¹⁵⁹. En particular, del estudio realizado se encontró que el 95.62% de las mujeres no recibió atención de acompañamiento psicológico por parte de las entidades que conforman el Sistema General de Salud y que, en los pocos casos donde se dio esa atención, el proceso fue deficiente ya que la información no se ajustó a reglas de reserva adecuadas ni se mantuvo el **principio de buena fe constitucional durante la evaluación de los relatos iniciales** donde se denunciaban o recreaban los hechos vulneradores.

62. Los obstáculos en la atención a las víctimas de violencia de género derivados de los estereotipos de género ya han sido constatados de manera directa por la Corte. Puntualmente, en el **Auto 009 de 2015**¹⁶⁰, el Tribunal conoció de dichas dificultades de la siguiente forma:

“La Sala de Seguimiento de la sentencia T-025 de 2004 tuvo noticia de que algunos funcionarios descartaron el inicio de las investigaciones alegando que las denuncias son interpuestas con el propósito de desestimular relaciones interpersonales entre la víctima y el agresor; exigiendo la ratificación de los hechos a través de la denuncia; negando

¹⁵⁶ Ibídem (folio 266).

¹⁵⁷ Memorial de la Ruta Pacífica de Mujeres (folio 371; cuaderno auxiliar).

¹⁵⁸ Memorial de la Fundación Círculo de Estudios Culturales y Políticos (folio 450; cuaderno auxiliar).

¹⁵⁹ Ibídem (folio 456).

¹⁶⁰ Corte Constitucional. Auto 009 de 2015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

la emisión de la orden judicial destinada a la práctica de exámenes médico-forenses a las sobrevivientes de violencia sexual; negando la práctica de exámenes médico-forenses aduciendo que para ello la víctima debe estar acompañada; oponiéndose a recibir denuncias por hechos de violencia sexual, manifestando que ya se contaba con el testimonio de otra mujer sobre los mismos hechos; y finalmente, formulando afirmaciones desincentivadoras dirigidas a las víctimas, en el sentido de que las denuncias serán inútiles por la dificultad que implica la identificación de los perpetradores.

Del mismo modo, se han conocido casos de víctimas que perciben en los funcionarios judiciales desconfianza sobre sus narraciones, así como de funcionarios que insinúan que los hechos fueron provocados por las víctimas, o que la denuncia es un acto de retaliación y venganza emocional contra el presunto agresor, y que incluso en las declaraciones y testimonios, formulan preguntas relacionadas con vida personal de la denunciante, que resultarían impertinentes e inconducentes para los propósitos de la investigación” (resaltado fuera del texto).

De manera explícita, la Corte ha determinado que estas conductas evidencian el desconocimiento y la inaplicación de estándares internacionales sobre la investigación de delitos de violencia sexual, especialmente en lo relativo al trato digno que deben recibir las mujeres y los estereotipos de género que deben enfrentar en los procedimientos administrativos y judiciales. Sin duda, una medida como la demandada en esta oportunidad también constituye una acción estatal que desconoce la obligación de tomar medidas concretas y eficientes que permitan que las ciudadanas que son sometidas a tratos denigrantes y crueles accedan a una atención integral en salud.

63. En este sentido, el estigma y los estereotipos que las víctimas de violencia sexual reciben en la atención en salud comprenden una carga desproporcionada que viola sus derechos fundamentales a la igualdad y a la atención en salud integral y en condiciones de igualdad. Por lo tanto, una atención en salud que esté permeada por actitudes revictimizantes, por preconcepciones sobre las mujeres, tales como que éstas tuvieron la culpa de los hechos por haberse puesto en una situación provocativa, por el lugar donde se encontraban, o la vestimenta, son inadmisibles. A su vez, un trato en salud que esté mediado por la desconfianza, por considerar que las denuncias de violencia sexual, que comienzan por la atención en salud, son una venganza de las mujeres o una mentira, comprende un irrespeto a la dignidad de éstas.

La Sala Plena encuentra que existe evidencia consistente acerca de la realidad y magnitud de la violencia sexual en Colombia, así como de los impactos directos que los estereotipos de género tienen sobre la efectividad en la protección de los derechos de las víctimas de este fenómeno. En especial, llama la atención cómo los servicios en salud física y mental para estas personas están supeditados por reglas de desconfianza, inversión del principio de la buena fe, manejo inadecuado de la confidencialidad médica y procesos

constantes de *revictimización*. No cabe duda entonces, que las ideas acerca de los roles tradicionales de la mujer en nuestra sociedad, y que desafortunadamente guardan una relación con el uso del cuerpo femenino como instrumento o botín de guerra, muestran deficiencias estructurales en la atención primaria para esta población.

64. Como se estableció en el acápite correspondiente, la cláusula de igualdad de la Constitución y en particular, los artículos 5 y 12 de la CEDAW y el artículo 8 de la Convención de Belém do Pará imponen al Estado la obligación de eliminar estereotipos de género en el acceso a la salud de las mujeres víctimas de violencia sexual. En diferentes casos la jurisprudencia tanto de la CEDAW como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha verificado una violación a la obligación expresa de eliminar los estereotipos de género, o ha dotado de contenido esta obligación.

Por ejemplo, en el caso de L.C. contra Perú, el Comité de la CEDAW determinó que el Estado violó el artículo 5 de la Convención, al haber restringido a la peticionaria, una niña de 13 años, de una intervención quirúrgica en la espalda por encontrarse embarazada, cuando el embarazo era consecuencia de violencia sexual y su cuadriplejía era el resultado de un intento de suicidio por su situación. El Comité de la CEDAW consideró que la denegación de los servicios de salud configuró una violación al artículo 5 de la Convención “*ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre*”¹⁶¹. En el mismo sentido, en el caso de Vertido contra Filipinas, el Comité de la CEDAW verificó una violación al artículo 5 de la Convención, ya que la peticionaria no tuvo respuesta del sistema judicial del país por el abuso sexual que sufrió en manos de su jefe, en razón a estereotipos de género que permearon las instancias judiciales, como que no podía ser una violación pues las partes se conocían, y además supuestamente le era posible escapar al abuso sexual¹⁶².

De otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Campo Algodonero contra México constató que la falta al deber de debida diligencia en la investigación y sanción de las desapariciones de las víctimas del caso, así como a las obligaciones de no discriminación, en parte respondieron a estereotipos de género. En este sentido, consideró que la subordinación de la mujer muchas veces se encontraba asociada a estereotipos de género, lo que se tornaba en causa y consecuencia de la violencia de género contra la mujer, lo que a su vez resultaba en una violación de derechos humanos, cuando se asociaba a la actuación u omisión del Estado¹⁶³.

Estos casos son relevantes en la medida en que muestran, de una parte, cómo operaron los estereotipos de género en la provisión de salud a víctimas de

¹⁶¹ Comité de la CEDAW, LC v Perú, CEDAW/C/50/D/22/2009, Párr 8.1.

¹⁶² Comité de la CEDAW, Vertido vs Filipinas, CEDAW/C/46/D/18/2008, Párrs 8.5-8.8.

¹⁶³ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párr. 208 y 401.

violencia sexual y, de otra, en el acceso a la administración de justicia, como violaciones de la obligación estatal de eliminar los estereotipos de género.

65. En este contexto la expresión acusada, al determinar la facultad de las entidades de salud para aplicar un procedimiento que busca estandarizar la calidad del acceso a los servicios de salud en casos de violencia sexual y garantiza la atención integral, y que como se ha visto tiene un impacto mayor en las mujeres, permite que se perpetúen los estereotipos de género señalados. Por lo tanto, la disposición crea y mantiene condiciones que conducen a las mujeres a la vulnerabilidad social, y a la violación de sus derechos, por permitir márgenes de discrecionalidad inadecuados que fomentan prácticas discriminatorias. En este orden de ideas, esta medida desconoce la obligación del Estado colombiano de eliminar los estereotipos de género contemplada expresamente por la cláusula de igualdad en la la Carta Política y el bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, la Corte también procederá a declarar la inconstitucionalidad de la disposición acusada por este cargo.

Alcance de la decisión a adoptar

66. Como lo ha determinado la Sala Plena de este Tribunal, la expresión “*facultad*” del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 será declarada inexecutable por violar el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual y la obligación del Estado de garantizar servicios de salud en condiciones de igualdad accesibles para todos, pues la adopción facultativa de un procedimiento estandarizado que busca garantizar la calidad y los derechos de las víctimas de violencia sexual, genera una distinción inadmisibles en el acceso a los servicios de salud. A su vez, por violar el derecho a la igualdad y el bloque de constitucionalidad, al configurar una discriminación indirecta e interseccional en el acceso a servicios de salud integrales accesibles, disponibles y de calidad para las mujeres víctimas de violencia sexual, particularmente para aquellas que pertenecen a grupos vulnerables; y además por incumplir con la obligación del Estado de eliminar estereotipos de género en el ámbito del acceso a servicios de salud de las mujeres víctimas de violencia sexual, la expresión acusada será expulsada del sistema jurídico.

67. Los demandantes, al igual que la mayoría de los intervinientes, solicitan que se declare inexecutable la expresión “*facultad*”, pero que se reemplace por la palabra obligación, para “*ajustar la disposición de manera que exprese un significado coherente, de acuerdo con los designios de la Constitución*”¹⁶⁴.

La Procuraduría General de la Nación, considera que dicha solicitud no se puede acoger, pues ese tipo de decisiones escapan la esfera de la competencia del juez constitucional.

68. Ahora bien, la Corte Constitucional considera que en este caso la declaratoria de inexecutable simple no es suficiente para superar la

¹⁶⁴ Cuaderno Principal, folio 39.

inconstitucionalidad constatada, pues una decisión en este sentido privaría a la norma de coherencia y significado y anularía su sentido -la provisión de atención integral y gratuita a las víctimas de violencia sexual-, de tal forma que se generaría un vacío sobre las obligaciones para las entidades de salud respecto del Protocolo y Modelo de Atención y una mayor discriminación en las condiciones de acceso a la salud integral de los destinatarios de la norma. Además, una actuación en este sentido iría en contra de los principios de efectividad y conservación del derecho.

Toda vez que en este caso la inconstitucionalidad de la norma acusada se centra en un problema de discriminación en el acceso a servicios de salud esenciales para un grupo especialmente protegido, se hace necesario corregir esa desigualdad para proveer las condiciones de igualdad, que son imperativas en el acceso a servicios de salud para las víctimas de violencia sexual. Una determinación de inexecutable simple, mantendría vigente la contrariedad de la norma con la Constitución.

De esta forma es procedente determinar la inexecutable de la expresión acusada, en el entendido que la misma se reemplaza por la expresión “*obligación*”. Esta decisión permite de una parte, retirar del ordenamiento jurídico el contenido normativo inconstitucional y, de otra, ajustar la disposición de manera que exprese un significado coherente, de acuerdo con los designios de la Constitución, específicamente en el ámbito de los derechos a la igualdad y a la salud y el bloque de constitucionalidad.

69. La Corte Constitucional considera que la adopción de una sentencia **integradora de tipo sustitutivo para modular los efectos del fallo en el anterior sentido** hace parte de sus competencias y es coherente con actuaciones anteriores. Veamos.

De conformidad con el artículo 243 Superior, “[l]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. Esta Corporación ha sostenido que la cosa juzgada es una figura jurídica que reviste los fallos de constitucionalidad con el carácter de inmutables, vinculantes y definitivos. Esto se debe a que la cosa juzgada es una institución creada con el fin de preservar la seguridad jurídica, que a su vez protege el derecho a la igualdad de las personas en el acceso a la administración de justicia. Asimismo, evita nuevos juicios de constitucionalidad sobre disposiciones y cargos previamente analizados por esta Corporación¹⁶⁵.

Ahora bien, con fundamento en los artículos 241 y 243 de la Constitución Política, la Corte ha sostenido que puede fijar los efectos de sus propios fallos y por ello tiene la atribución de delimitar el alcance de la cosa juzgada en sus

¹⁶⁵ Sentencia C-073 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero. En esta sentencia la Corte declaró la inexecutable de una norma sobre la competencia de la Dirección Nacional del Derecho de Autor para ejercer inspección y vigilancia sobre las sociedades de gestión colectiva de los derechos reconocidos en la Ley 23 de 1982 y ordenó estarse a lo resuelto en sentencia C-851 de 2013.

providencias¹⁶⁶. Por lo anterior, el juez constitucional tiene la facultad de **adoptar distintas alternativas** al momento de proferir una decisión, para lo cual ha empleado diferentes técnicas de modulación en sus fallos de constitucionalidad¹⁶⁷. La posibilidad de emplear dichas metodologías es una facultad de suma importancia para la Corte Constitucional, toda vez que con estas se busca que los fallos en los que se advierta la vulneración de la Carta Política, no impliquen una afectación aun mayor de la misma¹⁶⁸, como lo sería en ciertos casos la expulsión inmediata de toda norma que se sea abiertamente contradictoria con la Constitución.

Los fallos en los que este Tribunal ha modulado sus decisiones, se pueden distinguir o clasificar de la siguiente manera: (i) sentencias interpretativas o condicionadas; (ii) sentencias integradoras interpretativas aditivas y sustitutivas, y (iii) sentencias de inexecuibilidad diferida o de constitucionalidad temporal. En este caso, es relevante hacer referencia a las sentencias integradoras interpretativas, aditivas y sustitutivas.

Sentencias integradoras interpretativas, aditivas y sustitutivas

70. Mediante las sentencias integradoras interpretativas, aditivas y sustitutivas la Corte ha empleado la técnica de modulación de sus fallos con el objeto de integrar normas no demandadas¹⁶⁹ o contenidos no previstos en la norma no demandada¹⁷⁰, con el fin de ampliar el alcance de un precepto legal a supuestos de hecho no previstos por el Legislador.

Las sentencias integradoras sustitutivas, son aquellas que permiten una modalidad de decisión en la que *“el juez constitucional proyecta los*

¹⁶⁶ Sentencia C-113 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía. En esta ocasión se analizó una demanda contra el contra una parte del inciso segundo del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, según la cual los efectos de los fallos de esta Corporación, se aplicarían excepcionalmente de forma retroactiva para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución. La Corte decidió declarar inexecutable dicho inciso al considerar *“(…) que sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta.”*

¹⁶⁷ Sentencia C-978 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas. En este fallo, el Tribunal Constitucional declaró la inexecutable de unas normas del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010. Así mismo, ordenó que los efectos de la declaratoria se aplicaran retroactivamente a partir de la fecha de promulgación de las Leyes 1151 de 2007 y 1176 de 2007.

¹⁶⁸ Sentencia C-252 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta providencia se analizó la constitucionalidad del Decreto Legislativo número 4975 del 23 de diciembre de 2009, *“Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”*. La Corte consideró que *“el decreto declaratorio del estado de emergencia social se ha encontrado contrario a la Constitución Política, por cuanto no logró demostrarse la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico); si bien la situación reviste de gravedad no resulta inminente (presupuesto valorativo); y el Gobierno dispone de medios ordinarios para enfrentar la problemática que expone en salud (juicio de suficiencia).”* Por lo anterior, dicha norma fue declarada inexecutable.

¹⁶⁹ Este tribunal ha sostenido que *“La sentencia integradora es una modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (CP art. 4), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal.”* (Sentencia C-109 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

¹⁷⁰ Respecto del empleo de las sentencias aditivas, esta Corporación ha sostenido que estas se deben dictar en aquellos eventos donde es necesario agregar *“un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política.”* (Sentencia C-1037 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería).

mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal”¹⁷¹, y tiene su fundamento en los artículos 2, 4 y 241 de la Constitución y en los principios de efectividad y conservación del derecho, que gobiernan el ejercicio del control constitucional y buscan mantener vigente en el ordenamiento jurídico las normas mediante una técnica que supere los aspectos que son insuficientes desde la perspectiva constitucional¹⁷².

71. En este orden de ideas, en algunos casos, la Corte ha establecido que ciertas disposiciones deben ser sustituidas o reemplazadas cuando su significado es contrario a principios y valores constitucionales, tales como la prohibición de discriminación o el principio de dignidad humana, lo anterior, por cuanto la aplicación de un condicionamiento interpretativo de la disposición acusada, sería una medida insuficiente para proteger los derechos de las personas y el orden Constitucional.

A modo de ejemplo, en **Sentencia C-458 de 2015**¹⁷³, esta Corporación resolvió declarar la exequibilidad condicionada y reemplazar una serie de expresiones lingüísticas contenidas en distintos cuerpos normativos por otras diferentes, pues las inicialmente contempladas atentaban contra los derechos a la igualdad y a la dignidad de un grupo poblacional y perpetuaban estereotipos negativos¹⁷⁴.

¹⁷¹ Sentencia C-325 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, citando la Sentencia C-109 de 1995.

¹⁷² Sentencia C-1230 de 2005 M.P.

¹⁷³ M.P. Gloria Stella Ortiz.

¹⁷⁴ Las siguientes expresiones lingüísticas fueron reemplazadas por la de “*personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial*”: (i) “*los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales*” contenida en el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, y (ii) “*personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas*”, “*personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales*” y “*personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas o mentales*” –ambas contenidas en el artículo 46-, expresiones contempladas en los artículos 1º y 46 de la Ley 115 de 1994.

La Corte ordenó sustituir las expresiones “*limitado auditivo*” y “*limitados auditivos*”, contenidas en los artículos 1º, 10 y 11 de la Ley 324 de 1996, por las de “*persona con discapacidad auditiva*” y “*personas con discapacidad auditiva*”.

Las siguientes expresiones lingüísticas fueron reemplazadas por las de “*persona en situación de discapacidad*” y “*personas en situación de discapacidad*”: (i) “*los discapacitados*” contenida en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993; (ii) “*personas con limitaciones*” contenida en el título del Capítulo I y en los artículos 47 y 48 de la Ley 115 de 1994; (iii) “*personas discapacitadas*” del artículo 4º de la Ley 119 de 1994; (iv) “*personas con limitación*”, “*personas con limitaciones*”, “*persona con limitación*”, “*población con limitación*”, “*personas limitadas físicamente*” o “*población limitada*” contenidas en el título y en los artículos 1º, 3º, 5º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 49, 54, 59, 66, 69 y 72 de la Ley 361 de 1997; (v) “*limitados*” o “*limitada*” contenidas en los artículos 13, 18, 19, 21, 26, 33, 40 y 42 de la Ley 361 de 1997; (vi) “*población minusválida*” y “*minusválidos*” del parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 546 de 1999 y del artículo 1º de la Ley 1114 de 2006; (vii) “*población minusválida*” y “*minusválidos*” del parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 546 de 1999 y del artículo 1º de la Ley 1114 de 2006, y (viii) “*discapacitado*” y “*discapacitados*” contenidas en el artículo 66 de la Ley 1438 de 2011.

La Corte ordenó reemplazar las expresiones “*limitación*”, “*limitaciones*” o “*disminución padecida*” contenidas en los artículos 5º, 7º, 8º, 9º, 11, 12, 14, 18, 22, 26, 27, 31, 34, 35, 36, 43, 45, 50, 51, 59, 60, 63, 67 de la Ley 361 de 1997, por las de “*discapacidad*” o “*en situación de discapacidad*”.

La Corte ordenó sustituir las expresiones “*y minusvalía*” de los artículos 41 de la Ley 100 de 1993 y 18 de la Ley 1562 de 2012, así como las expresiones “*minusvalía*” y “*minusvalías*” de los artículos 7º y 8º de la Ley 361 de 1997, por las de “*e invalidez*” o “*invalidez*”.

Asimismo, la **Sentencia C-1235 de 2005**¹⁷⁵ hizo lo propio en relación con los vocablos “*amos*”, “*criados*” y “*sirvientes*”, contenidos en el artículo 2349 del Código Civil, y ordenó su sustitución por las expresiones “*empleadores*” y “*trabajadores*”, respectivamente. En el mismo sentido, esta Corporación ha adoptado sentencias integradoras sustitutivas en casos de inhabilidades de diputados¹⁷⁶ y en la imposición de penas en la justicia penal militar respecto del delito de peculado por apropiación¹⁷⁷, entre otros.

72. En este sentido, las sentencias integradoras sustitutivas son una mezcla entre una sentencia de inconstitucionalidad simple y una sentencia integradora que retira del ordenamiento un contenido normativo inexecutable, pero a su vez añade otro que supera el vicio de inconstitucionalidad, al devolver la coherencia a la norma bajo los parámetros de la Carta Superior.

73. Así las cosas, conforme a la facultad reconocida a la Corte Constitucional de modular sus fallos, en este caso se acudirá a la metodología de la sentencia integradora sustitutiva, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad de las víctimas de violencia sexual en la atención en salud. Bajo este criterio, en la parte resolutive de esta sentencia se declarará la inexecutable de la expresión “*facultad*” del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 y ante el vacío y la contradicción al ordenamiento constitucional que surge de tal determinación, se procederá a sustituir la expresión por la palabra “*obligación*” para ajustarse al contenido normativo de los artículos 13, 43, 49 y 93 de la Constitución y al bloque de constitucionalidad. En estos términos el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 quedará así:

*“ARTÍCULO 23. ATENCIÓN INTEGRAL Y GRATUITA EN SALUD. Las víctimas de violencia sexual tienen derecho a la atención prioritaria dentro del sector salud, su atención se brindará como una urgencia médica, independientemente del tiempo transcurrido entre el momento de la agresión y la consulta, y de la existencia de denuncia penal. La atención integral en salud a cualquier víctima de violencia sexual es gratuita. Todas las entidades del sistema de salud están en la **obligación** de implementar el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, que contendrá dentro de los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo la objeción de los médicos y la asesoría de la mujer en continuar o interrumpir el embarazo.”*

¹⁷⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷⁶ En la Sentencia C-325 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) la Corte decidió “*Declarar INEXEQUIBLE la expresión “segundo grado de consanguinidad”, contenida en la parte inicial del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 y sustituirla por la expresión “tercer grado de consanguinidad”. En estos términos, el texto del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 quedará así (...).*”

¹⁷⁷ En la Sentencia C-445 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz) la Corte decidió: “*Primero. Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “...incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años y multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años”, contenidas en el artículo 189 del Código Penal Militar, y también el inciso final del mismo artículo, bajo el entendimiento de que las penas para las conductas por él descritas son las consagradas en el artículo 133 del Código Penal ordinario, en la forma en que fue modificado por el artículo 19 de la ley 190 de 1995.”*

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*facultad*” del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 “*Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones*”, y sustituirla por la expresión “*obligación*”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General