El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª instancia – 19 de enero de 2017

Radicación Nro. : 66170-31-10-001-2016-00608-01

Accionante: PERSONERO MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS

Accionado: ASOCIACIÓN PROBIENESTAR DE LA FAMILIA COLOMBIANA PROFAMILIA, ASMET SALUD EPS y la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE RISARALDA.

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma decisión del a quo que negó el amparo solicitado

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: DERECHO A LA SALUD / ESTERILIZACIÓN EN MENORES DE EDAD EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / AUTORIZACIÓN SUSTITUTIVA EXCEPCIONAL CUANDO LA PERSONA NO PUEDA EXPRESAR SU CONSENTIMIENTO DE FORMA LIBRE E INFORMADA.** “La negativa de PROFAMILIA en realizar la ligadura de trompas de Falopio – cirugía Pomeroy- a la menor Tatiana Betancur Mesa, pese a que su progenitora obtuvo sentencia judicial en la que fue declarada en interdicción por discapacidad mental absoluta, se le nombró como su curadora y se le concedió autorización “*para que gestione en nombre de su pupila todo lo concerniente para el procedimiento quirúrgico de esterilizacón definitiva de la interdicta”*, es la causa que originó la solicitud de tutela. Explicó PROFAMILIA su renuencia al procedimiento en el sentido de que la Ley 1412 de 2010 en sus artículos 6º y 7º, regula la esterilización como método anticonceptivo definitivo en discapacitados mentales, previa autorización judicial y a su vez prohíbe tal práctica en menores de edad, caso para el que la Corte Constitucional excepcionó tal prohibición en dos casos: 1) Cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz del embarazo certificado por los médicos y autorizada por el menor y 2) Cuando se trate de una discapacidad profunda severa, certificada médicamente, que le impida al paciente consentir en el futuro. Ambos casos previa autorización judicial. Más recientemente el citado tribunal Constitucional, declaró condicionado el artículo 6º, de la mentada ley, determinando que el consentimiento sustituto para dicho procedimiento en esta clase de personas es de tipo excepcional, explica debe limitarse a cuando después de haber utilizado todos los métodos de apoyo y ajustes razonables, la persona no puede expresar su consentimiento de forma libre e informada. Así solo en estos casos debe adelantarse los requisitos de interdicción judicial y previa autorización judicial para esterilizar. Ahora, reclama la señora Luz Mery, progenitora de la menor interdicta, que adelantó aquellas autorizaciones, esto es la declaratoria de interdicción de su menor hija Tatiana Betancur y la autorización judicial para practicarle la cirugía de ligadura de trompas de Falopio, pero la entidad a la que fue remitida por su EPS para hacerla efectiva se niega, proponiendo en su lugar un método temporal hasta tanto la paciente cumpla su mayoría de edad. (…) [P]ara esta magistratura, resulta claro que, de un lado el fallo judicial del que presume la señora Luz Mery, constituye la autorización judicial, que manda obtener la norma para el procedimiento de esterilización en menores de edad con discapacidad mental, en realidad no lo es, pues fue claro lo expuesto en el ordinal cuarto, que la autorización otorgada lo fue para efectos de adelantar las gestiones para el procedimiento de esterilización, no así constituye una orden perentoria que obligue a la entidad de salud a realizar el procedimiento quirúrgico y del otro que en verdad la consulta por psicología deja ver que Tatiana Betancur Mesa presenta cierta capacidad de decisión sobre sí misma, cuando refiere “quiero hacerme operar porque un bebé es mucha responsabilidad no quiero cambiar pañal”. (…) [L]as entidades accionadas en especial PROFAMILIA no han vulnerado los derechos fundamentales de la menor Tatiana Betancur Mesa, por el contrario su actuar se entiende propende por el respeto de sus garantías constitucionales, pues en momento alguno la negativa fue rotunda a contribuir con su estado de salud actual, plantearon la opción de un método temporal hasta tanto alcance su mayoría de edad, momento en el que en vista de la capacidad advertida por el profesional en sicología puede tomar una decisión propia al respecto.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 019 del 19-01-2016

Expediente 66170-31-10-001-2016-00608-01

**I. ASUNTO**

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia del 15 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, Risaralda, dentro de la acción de tutela interpuesta por el Personero Municipal de Dosquebradas, en representación de la señora LUZ MERY MESA RUIZ, guardadora debidamente posesionada de su hija TATIANA BETANCUR MESA, contra de la ASOCIACIÓN PROBIENESTAR DE LA FAMILIA COLOMBIANA PROFAMILIA, ASMET SALUD EPS y la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE RISARALDA.

**II. ANTECEDENTES**

1. La acción de amparo fue promovida a fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, seguridad social e integridad de la menor Tatiana Betancur Mesa, que se consideran conculcados por las entidades accionadas, ante la no realización del procedimiento “SECCION Y O LIGADURA DE TROMPAS DE FALOPIO CIRUGIA DE POMEROY POR MINILAPAROTOMIA SOD”.

2. Se consignaron como hechos, en síntesis que:

2.1. La señora Luz Mery Mesa Ruiz, adelantó ante el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas interdicción judicial por discapacidad mental de su menor hija Tatiana Betancur Mesa, obteniendo sentencia favorable el 19 de enero de 2015.

2.2. En el citado proveído se declaró en interdicción a la citada niña por discapacidad mental absoluta, se designó a su progenitora como su guardadora en la modalidad de curadora, se declaró que Tatiana no tiene capacidad mental para tomar decisiones frente a su salud sexual y reproductiva y finalmente se autorizó a Luz Mery *“para que gestione en nombre de su pupila todo lo concerniente para el procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva de la interdicta.”*

2.3. En razón de la autorización concedida, la señora Luz Mery obtuvo de la EPS Asmet Salud la orden de servicios No. 6083970 del 25/05/2016, para el procedimiento “SECCION Y O LIGADURA DE TROMPAS DE FALOPIO CIRUGIA DE POMEROY POR MINILAPAROTOMIA SOD” y para tal efecto fue remitida a PROFAMILIA.

2.4. Allí, pese a la autorización judicial, previa consulta con el sicólogo de la entidad, este indicó que la menor Tatiana Betancur requiere de un método temporal mientras cumple 18 años de edad para la realización de la cirugía Pomeroy.

2.5. Ante ello, acudió nuevamente a Asmet Salud para que fuera enviada a otra entidad, pero nuevamente la remitieron a PROFAMILIA.

2.6. Considera que la señora Luz Mery cumplió a cabalidad con los requisitos legales para que se realice a su hija el procedimiento reclamado y con la negativa de PROFAMILIA se corre el riesgo de afectar no solo la calidad vida de la joven Tatiana Betancur Mesa, sino que es expuesta a concebir un hijo sin estar en capacidad de consentirlo.

3. Conforme a lo relatado, pide la protección de los derechos fundamentales de Tatiana Betancur Mesa y se ordene a PROFAMILIA la realización del procedimiento “SECCION Y O LIGADURA DE TROMPAS DE FALOPIO CIRUGIA DE POMEROY POR MINILAPAROTOMIA SOD” y a las demás entidades tuteladas garanticen la realización del mismo.

4. Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, por auto del 28 de octubre de 2016 admitió la demanda en contra de las accionadas, se ordenó su notificación y traslado y se dispuso tener como pruebas la documental aportada (fl. 26).

4.1 La Secretaría de Salud Departamental aduce no ha incurrido en vulneración de derecho fundamental alguno de Tatiana Betancur, por cuanto es una paciente que tiene asignada una administradora de régimen subsidiado (fl. 38-39).

4.2. PROFAMILIA por su parte solicita su desvinculación toda vez que no ha negado los servicios a la paciente y mucho menos vulnerado sus derechos. Explica que para el caso de Tatiana Betancur, menor de edad y con retardo mental leve moderado de origen biológico e irreversible, con el propósito de defender sus derechos fundamentales, la entidad antes de realizar el procedimiento de esterilización quirúrgica ordenó valoración psicológica y de ser el caso valoración quirúrgica, por lo que fue citada para el 4 de noviembre de 2016. Trae en cita los artículos 6 y 7 de la Ley 1412 de 2010, que regula la esterilización quirúrgica como método anticonceptivo definitivo frente a discapacitados mentales, la sentencia C-182 de 2016, entre otros suportes jurídicos (fl. 40 vto).

4.3. Asmet Salud EPS, afirma se está ante la presencia de un hecho superado, toda vez que ya generó la autorización correspondiente al procedimiento reclamado (fl. 44).

**III. EL FALLO IMPUGNADO**

Culminó la primera instancia con sentencia del 15 de noviembre pasado. Negó el amparo de tutela, al considerar que PROFAMILIA actuó en cumplimiento de los lineamientos normativos y Constitucionales, preservando los derechos fundamentales de la paciente Tatiana Betancur Mesa, pues cualquier medida o tratamiento que invada la órbita del ejercicio de la autonomía personal o sexual y reproductiva de una mujer en situación de discapacidad debe indagar su consentimiento (fls. 50-54).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La parte accionante impugnó el fallo. En su sentir desde un inicio fue claro el fallador de la interdicción, que lo pretendido era obtener la autorización para la aplicación del método anticonceptivo y entorno a ello giraron las consideraciones de la sentencia, accediendo a tal autorización y ahora no puede negar la tutela y someter a la señora Luz Mary a un nuevo trámite judicial, fundado en argumentos de la entidad accionada, sin atender que precisamente las sentencias C-131 de 2014 y C-182 de 2016, por ellas citadas contempla dos casos excepcionales para la práctica de dicho procedimiento anticonceptivo (fl. 64-65).

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la tutela, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y en los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000.

2. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales que considere amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

3. Nuestro ordenamiento Constitucional ha introducido normas mediante las cuales dispone un tratamiento preferencial para las personas que se encuentran en una situación mayor de vulnerabilidad, como manifestación del principio de igualdad material, una de las principales innovaciones del modelo de Estado Social de Derecho.

En tal sentido frente a las personas en condición de discapacidad, la normatividad internacional en la materia, ha determinado que las personas con alguna condición de discapacidad deben contar con los apoyos necesarios para su desarrollo pleno e integral. Ello supone, partir de la presunción de capacidad para ejercer su autonomía, y la implementación progresiva de las medidas tendientes para que logren su participación efectiva en las decisiones que los afectan, incluidas aquellas relacionadas con su intimidad, sexualidad y posibilidad de formar una familia.

4. Ahora, en el caso de la posibilidad de practicar la anticoncepción quirúrgica como uno de los contenidos específicos del derecho y deber de la paternidad responsable, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de analizar casos en los que ha debido ponderar el derecho a la autonomía personal con el de la vida misma de las personas en situación de discapacidad y menores de edad en tal condición. En ellos ha determinado que deben observarse dos variables: (i) la posibilidad de otorgar consentimiento futuro respecto de la intervención quirúrgica, y (ii) la condición médica del paciente.

5. En el estudio de casos particulares, el mentado tribunal ha ido decantando las eventuales hipótesis en las que puede resultar admisible excepcionalmente la autorización del procedimiento de esterilización quirúrgica en menores en situación de discapacidad, bajo el entendido de que existen razones constitucionalmente válidas para ello[[1]](#footnote-1).

*“Así, ha encontrado (primera excepción) que si existe un riesgo a la vida de la paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios, se preferirá salvaguardar la vida e integridad de la menor en condición de discapacidad siempre que esta, de manera reflexiva y consiente, no decida lo contrario.*

*Esta subregla presupone los siguientes requisitos: (i) que la decisión sea consentida por la menor; (ii) que un grupo interdisciplinario certifique que la misma conoce y comprende las consecuencias de la intervención quirúrgica; (iii) que exista un concepto médico interdisciplinario que establezca que la operación es imprescindible para proteger su vida porque no exista otra alternativa; y (iv) que, en todo caso, se otorgue autorización judicial para garantizar el respeto de los derechos del menor, con especial énfasis en determinar la posibilidad para consentir o no el procedimiento médico. El otro caso (segunda excepción), lo constituye la circunstancia de discapacidad severa o profunda en la que puede presentarse la situación de inexistencia de capacidad para emitir consentimiento futuro, caso en el que parte de la jurisprudencia constitucional ha considerado que no se atenta contra el derecho a la autonomía del menor porque este no la puede ejercer, dado que el menor no comprende las implicaciones de la operación ni el significado de la maternidad o paternidad.”*

**VI. DEL CASO CONCRETO**

1. La negativa de PROFAMILIA en realizar la ligadura de trompas de Falopio – cirugía Pomeroy- a la menor Tatiana Betancur Mesa, pese a que su progenitora obtuvo sentencia judicial en la que fue declarada en interdicción por discapacidad mental absoluta, se le nombró como su curadora y se le concedió autorización “*para que gestione en nombre de su pupila todo lo concerniente para el procedimiento quirúrgico de esterilizacón definitiva de la interdicta”*, es la causa que originó la solicitud de tutela.

2. Explicó PROFAMILIA su renuencia al procedimiento en el sentido de que la Ley 1412 de 2010 en sus artículos 6º y 7º, regula la esterilización como método anticonceptivo definitivo en discapacitados mentales, previa autorización judicial y a su vez prohíbe tal práctica en menores de edad, caso para el que la Corte Constitucional excepcionó tal prohibición en dos casos: 1) Cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz del embarazo certificado por los médicos y autorizada por el menor y 2) Cuando se trate de una discapacidad profunda severa, certificada médicamente, que le impida al paciente consentir en el futuro. Ambos casos previa autorización judicial.

Más recientemente el citado tribunal Constitucional, declaró condicionado el artículo 6º, de la mentada ley, determinando que el consentimiento sustituto para dicho procedimiento en esta clase de personas es de tipo excepcional, explica debe limitarse a cuando después de haber utilizado todos los métodos de apoyo y ajustes razonables, la persona no puede expresar su consentimiento de forma libre e informada. Así solo en estos casos debe adelantarse los requisitos de interdicción judicial y previa autorización judicial para esterilizar.

3. Ahora, reclama la señora Luz Mery, progenitora de la menor interdicta, que adelantó aquellas autorizaciones, esto es la declaratoria de interdicción de su menor hija Tatiana Betancur y la autorización judicial para practicarle la cirugía de ligadura de trompas de Falopio, pero la entidad a la que fue remitida por su EPS para hacerla efectiva se niega, proponiendo en su lugar un método temporal hasta tanto la paciente cumpla su mayoría de edad.

4. Revisado entonces la documental aportada por las partes, se tiene que:

* La sentencia de fecha 19 de enero de 2015, emitida por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, declaró en interdicción judicial por “discapacidad mental absoluta” a la menor Tatiana Betancur Mesa, de quien además dijo no tiene la capacidad mental para tomar decisiones frente a su salud sexual y reproductiva, designó como su curadora a su progenitora la señora Luz Mery Mesa a quien autorizó “para que gestione en nombre de su pupila todo lo concerniente para el procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva de la interdicta” (fl. 2-5).

* De otro lado, está la valoración efectuada por el área de psicología de PROFAMILIA a Tatiana Betancur. Concluye que la examinada “en su actuar muestra tendencia a actos conscientes en su capacidad de comprensión y autodeterminación en torno a la toma de decisiones autónomas en sus derechos sexuales y reproductivos. Menciona de forma voluntaria su deseo de realizar el procedimiento de esterilización quirúrgica femenina para no tener hijos” (fl. 45 vto).

5. Así entonces, para esta magistratura, resulta claro que, de un lado el fallo judicial del que presume la señora Luz Mery, constituye la autorización judicial, que manda obtener la norma para el procedimiento de esterilización en menores de edad con discapacidad mental, en realidad no lo es, pues fue claro lo expuesto en el ordinal cuarto, que la autorización otorgada lo fue para efectos de adelantar las gestiones para el procedimiento de esterilización, no así constituye una orden perentoria que obligue a la entidad de salud a realizar el procedimiento quirúrgico y del otro que en verdad la consulta por psicología deja ver que Tatiana Betancur Mesa presenta cierta capacidad de decisión sobre sí misma, cuando refiere “quiero hacerme operar porque un bebé es mucha responsabilidad no quiero cambiar pañal” (fl. 45).

Y es que como lo ha advertido el máximo tribunal Constitucional, reiterado en sentencia T-1019-2006[[2]](#footnote-2):

*“En estas eventualidades, es necesario tener la certeza absoluta que la persona que va a ser sustituida en su consentimiento, no vaya a tener a futuro, la posibilidad de adquirir el criterio suficiente y racionalidad de su condición personal, que le permita en algún momento dado, otorgar su consentimiento. Como lo señaló la sentencia T-248 de 2003[10], haciendo referencia a lo dispuesto en otra sentencia (T-850 de 2002)[11], manifestó que en estos casos la Corte ha hecho especial énfasis en la necesidad de proteger la autonomía personal.*

*Tal énfasis surge de las dudas que los dictámenes médicos arrojaban sobre la supuesta incapacidad mental de la paciente en dicha ocasión. De ello se deriva, que ante la duda sobre la capacidad de otorgar un consentimiento futuro, debe asumirse que tal posibilidad existe. Se trata de una suerte de in dubio pro paciente, que se explica por la necesaria protección a la autonomía individual. Cosa distinta ocurre cuando, de acuerdo con el estado del arte, se puede sostener con un razonable (alto) grado de certeza que la persona no va a poder alcanzar un nivel tal de autonomía que le permita comprender y dar o no su consentimiento para realizar una intervención quirúrgica.*

*“Si se presenta tal circunstancia y, además, existe una razón médica para realizar el tratamiento (caso 1), bastará la autorización judicial para que ésta se realice. Ante la inexistencia del ejercicio de la autonomía individual, impera la razón médica, dirigida a salvaguardar la vida, integridad física o salud del paciente”.*

Suficientes situaciones de donde concluir que para este caso no tienen cabida las excepciones a la norma señaladas por la Corte Constitucional y que en verdad las entidades accionadas en especial PROFAMILIA no han vulnerado los derechos fundamentales de la menor Tatiana Betancur Mesa, por el contrario su actuar se entiende propende por el respeto de sus garantías constitucionales, pues en momento alguno la negativa fue rotunda a contribuir con su estado de salud actual, plantearon la opción de un método temporal hasta tanto alcance su mayoría de edad, momento en el que en vista de la capacidad advertida por el profesional en sicología puede tomar una decisión propia al respecto.

Así entonces se confirmará el fallo impugnado.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero: CONFIRMAR** el presente amparo de tutela, por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Tercero:** Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (art. 5o. del Decreto 306 de 1992).

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Sentencia T-740 de 2014, expediente T-4.395.361, M.P. VARGAS SILVA Luis Ernesto, Bogotá 3 octubre de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Expediente T-1423039, M.P. Dr. CÓRDOBA TRIVIÑO Jaime; Bogotá, D.C., 1º de diciembre de 2006. [↑](#footnote-ref-2)