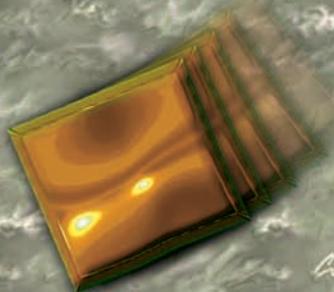
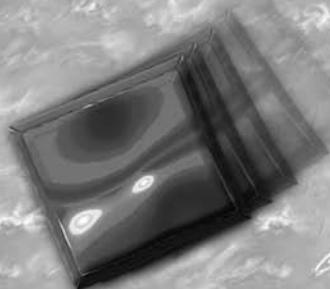


la aplicación
práctica de la
Causal Salud:



un análisis
de casos desde
el marco de los
derechos humanos

la aplicación
práctica de la
Causal Salud:



un análisis
de casos desde
el marco de los
derechos humanos

Derechos reservados	La Mesa por la vida y la salud de las mujeres
Autora	Ana Cristina González Vélez
Asistente de investigación	Juanita Durán
Equipo editorial técnico	Laura Gil, Juan Carlos Vargas y Cristina Villareal
Corrección de estilo	Magdalena Holguín
Producción editorial	COTIDIANO MUJER
Diseño y diagramación	gliphosxp
ISBN	978-958-99036-2-9
Impresión	Gente Nueva Bogotá, marzo de 2011

Cualquier parte de esta publicación puede ser copiada, reproducida, distribuida o adaptada sin permiso previo de la autora o editora, siempre y cuando quien se beneficie de este material no lo copie, reproduzca, distribuya o adapte con propósitos de ganancia comercial y que la autora reciba crédito como la fuente de tal información en todas las copias, reproducciones, distribuciones y adaptaciones de material. La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres agradecería recibir una copia de cualquier material en el que esta publicación sea utilizada.

«Imagina que te prohibieran embarazarte, ahora
imagina que te obligaran.»[•]

• IPPF/RHO. Área Aborto legal y seguro. Campaña 2007/2008.

Índice

Introducción	7
I. Marco normativo de la interrupción legal del embarazo en Colombia	11
II. Marco conceptual para el análisis de casos relacionados con la aplicación de la causal salud	15
III. Los casos	39
caso 1: Objeción de conciencia y derecho a la salud	41
caso 2: Prohibición de exigir requisitos no previstos en la ley	54
caso 3: Las mujeres son las únicas que pueden decidir sobre su salud	64
caso 4: Malformación fetal y salud de la mujer	73
caso 5: Afectación de la salud por violencia sexual	83
caso 6: Intervenciones arbitrarias: respeto y protección en el derecho a la salud	93
caso 7: Los conflictos con el criterio médico y el trato cruel e inhumano	101
caso 8: La percepción del riesgo y la voluntad de la mujer acerca cuánto riesgo está dispuesta a correr: asuntos determinantes para la protección de la salud	111
caso 9: Aplicación de la causal salud cuando existen condiciones de salud que se agravan con el embarazo y que afectan el bienestar	122
IV. Conclusiones y recomendaciones	135
Bibliografía	143
Índice temático	147

Introducción

«...de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 es únicamente ella —la mujer— quien tiene la facultad de decidir continuar o interrumpir el embarazo, cuando éste representa riesgo para su vida o su salud y un médico así lo haya certificado. No ser tratado como un objeto sobre el cual otros toman decisiones trascendentales para el proyecto de vida de la persona, en este caso la mujer, hace parte del derecho a la dignidad humana. Una decisión de tan alta importancia como la de interrumpir o continuar un embarazo, cuando este representa riesgo para la vida o la salud de la mujer, es una decisión que puede adoptar únicamente ella —la mujer—, bajo su propio criterio...»

T-009 de 2009. Corte Constitucional Colombiana.

La causal salud como excepción al delito del aborto se funda, entre otros, en la protección del derecho a la salud de las mujeres, el cual, a su vez, se encuentra estrechamente ligado a otros derechos, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la autonomía, a la privacidad y a la intimidad. Por esta razón, al aplicar la causal salud para permitir la interrupción del embarazo, lo que está en juego es la protección de todos estos derechos.¹ La causal salud debe, por consiguiente, interpretarse teniendo en cuenta los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que consagran el derecho a la salud y los otros derechos mencionados.

Este texto tiene por objeto contribuir al ejercicio ético de los profesionales de la salud involucrados en los procesos de interrupción legal del embarazo, particularmente cuando se trata de establecer si la salud o la vida de una

1 La Mesa por la vida y la salud de las mujeres y la Alianza Nacional por el Derecho a decidir. Ana Cristina González (coordinadora). *Causal salud, interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*. Montevideo. 2008. p. 214. Puede ser consultado en: www.despenalizaciondelaborto.org.co/Causal-Salud.

mujer están en riesgo, es decir, cuando se trata de aplicar la causal salud. Consta de cuatro partes. La primera es una descripción del marco normativo colombiano en materia de aborto, presentada en forma sintética con el fin de ubicar a los profesionales dentro del contexto normativo que estableció en esta materia la Sentencia C-355 de 2006, mediante la cual se despenalizó el aborto en tres circunstancias específicas. La segunda presenta un marco conceptual cuyo propósito es proporcionar elementos analíticos sobre la aplicación de la causal salud. En éste se definen los aspectos claves sobre *cómo debería* aplicarse la causal dentro de un marco de derechos humanos, y sirve como referente para analizar, en cada uno de los casos concretos, *cómo fue efectivamente* aplicada. Este marco conceptual en su totalidad se basa en el libro *Causal salud, interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*² y, por ello, se resaltan únicamente los elementos más esenciales, incluyendo referencias que permitan hacer búsquedas más detalladas sobre cada uno de los temas del libro.

La tercera es un análisis de nueve «casos reales» de mujeres que buscaron la interrupción voluntaria de embarazos (IVE),³ los cuales afectaban de diferentes maneras alguna dimensión de su salud; en lugar de que les fuera interrumpida en forma oportuna la gestación, debieron enfrentar diversos obstáculos para el acceso a los servicios requeridos. Si bien el análisis se basa en las situaciones fácticas planteadas en cada uno de estos casos, todos ellos corresponden a procesos decididos en los tribunales colombianos o en otros tribunales latinoamericanos con contextos muy similares al colombiano. El análisis busca revisar los hechos del caso a la luz de los elementos descritos en el marco conceptual, para proponer una resolución del mismo aplicando la causal salud en un marco de derechos.

Al leerlos, algunos profesionales podrán sentir o pensar que se trata de casos «dramáticos y raros» pero, justamente, lo que debe llevarnos a la reflexión es que estos casos tan dramáticos hayan podido significar para las mujeres

2 Ibíd.

3 Se usa en este texto la expresión «interrupción voluntaria del embarazo, IVE», que en los casos analizados acá, corresponde además a la interrupción legal del embarazo, ILE. Ambas expresiones se utilizan dependiendo de aquello que se quiera resaltar en distintas partes del texto. La primera pone de relieve la importancia de la voluntad de la mujer y la segunda las condiciones de legalidad.

que los vivieron una enorme falta de protección de sus derechos, que hayan implicado tantas barreras y, por último, que pese a las condiciones en que se encontraban y al riesgo para su salud, estas mujeres se hayan visto obligadas a continuar forzosamente con su embarazo. La pregunta que debe inquietarnos es la siguiente: si estos son casos «dramáticos», y los profesionales niegan la aplicación de la causal salud, ¿qué puede estar pasando con otras mujeres cuya salud no esté afectada de forma tan grave? ¿Es necesario llegar al punto de poner en riesgo su vida y, aún así, no ser atendidas? ¿Cómo orientar los servicios a la protección de los derechos para todas las mujeres?

Situarse en estos dos niveles —uno abstracto en el marco conceptual y uno concreto en el análisis de casos— permite, más allá de describir los hechos presentados en los casos, hacer un análisis de las soluciones que respetan el marco de derechos humanos, las soluciones que se apartan de él, determinar los derechos que están siendo vulnerados en una situación específica, y las herramientas que pueden utilizarse para analizar el caso, entre otros. Adicionalmente, permitirá establecer en qué medida la solución del caso se aproximó o se alejó de un marco de derechos humanos. Dicho en otras palabras, el marco de derechos humanos debe servir como herramienta para la resolución de los casos de causal salud que enfrentan diariamente los profesionales, toda vez que explica los contenidos y alcances del derecho a la salud y los demás derechos que, en conexión con este último, pueden verse afectados si no se interrumpe oportunamente un embarazo por esta causal.

La cuarta parte contiene las conclusiones más pertinentes de los casos analizados, así como algunas recomendaciones para avanzar en una adecuada y más eficiente aplicación de la causal salud.

I.

marco normativo De la interrupción legal del emBarazo⁴ en Colombia

La Corte Constitucional colombiana, mediante la sentencia C-355 de 2006, despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres casos: «(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto».

Además de determinar en estos casos la no punibilidad del aborto, la Corte especificó los únicos requisitos exigibles para acreditar la causal de interrupción voluntaria del embarazo. En el caso de violencia sexual, el único requisito exigible es «copia de la denuncia debidamente formulada», y en los casos de riesgo para la vida o la salud de la mujer y malformaciones fetales incompatibles con la vida, únicamente se puede exigir «la certificación de un profesional de la medicina».

Con el fin de garantizar el acceso de las mujeres a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, el Ministerio de la Protección Social adoptó un conjunto de normas para definir las reglas conforme a las cuales debían prestarse estos servicios.

En primer lugar, el Ministerio promulgó el Decreto 4444 de 2006, que reglamenta aspectos como la disponibilidad del servicio, su financiamiento, la obligatoriedad de normas técnicas, la objeción de conciencia, la prohibición de discriminación y las sanciones por el incumplimiento de la reglamentación.⁵ Esta

⁵ En el año 2008, el Decreto 4444 fue demandado y, aunque no se ha tomado una decisión definitiva sobre esta demanda, el decreto se encuentra temporalmente suspendido mediante

reglamentación ordenó adoptar una norma técnica que definiera de manera concreta y completa todas las reglas de acceso a los servicios de salud, y ordenó también aplicar temporalmente la *Guía de abortos sin riesgos* de la OMS.⁶

Posteriormente, se adoptó la Norma Técnica (2006) para la interrupción voluntaria del embarazo, en la cual se determinaron detalladamente los métodos y procedimientos para la IVE, los procesos para la admisión de la gestante, la oferta de información, los deberes de los profesionales de la salud en la atención de la IVE, las reglas de objeción de conciencia, los protocolos para abordar las complicaciones que puedan presentarse, y los procesos para el seguimiento de las mujeres una vez prestados los servicios de IVE.

Mediante el Acuerdo 350 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se incluyeron en el Plan Obligatorio de Salud (POS), específicamente para la interrupción voluntaria del embarazo, el legrado y la aspiración. Este Acuerdo fue derogado por el Acuerdo 008 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud que adoptó el nuevo Plan Obligatorio de Salud. En el anexo técnico de este Acuerdo se encuentran descritos dichos procedimientos.

Finalmente, también hace parte de la regulación para la IVE la Circular 031 de 2007 promulgada por el Ministerio de Protección Social, la cual contiene instrucciones para la recolección y reporte de información sobre la provisión de servicios seguros de interrupción voluntaria del embarazo, no constitutiva del delito de aborto, y exige el reporte de instituciones habilitadas y disponibles con las que cuenta cada asegurador y la especificación de algunos aspectos relativos al registro de información.⁷

Auto del 15 de octubre de 2009. No obstante, el Ministerio de la Protección Social ha argumentado que, para aplicar la Sentencia C-355, los prestadores del servicio deben basarse en la *Guía de abortos sin riesgo* de la OMS, con base en la cual se construyó el marco normativo expedido por esta autoridad en Colombia.

6 Organización Mundial de la Salud. *Aborto sin riesgos. Guía técnica y de política para sistemas de salud*, 2003.

7 Ninguna otra norma ha sido suspendida por una autoridad judicial.

II.

marco conceptual para
el análisis de casos
relacionados con la
aplicación de la causal
salud

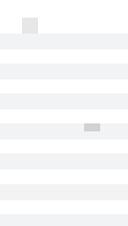
El derecho a la salud

El derecho a la salud es un derecho reconocido por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos.⁸ En el marco de estos instrumentos, debe ser entendido como un derecho amplio e integral, que incluye el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Debe, además, ser entendido desde la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos, es decir, en conexión con otro conjunto de derechos que, de no protegerse, pueden afectar la salud. En esos términos lo establecen, por ejemplo, la Constitución de la OMS, donde se define la salud como: «(...) *un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades*», y el Protocolo de San Salvador, obligatorio para todos los países de Latinoamérica que, en el artículo 10, prescribe: «*Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*».

De esta visión del derecho a la salud es fundamental resaltar tres elementos:

- i. En primer lugar, reconoce que la salud implica un nivel de bienestar, es decir, abarca más que la ausencia de enfermedad.
- ii. En segundo lugar, reconoce tres dimensiones que, si bien son diferenciables, están estrechamente relacionadas entre sí: la física, la mental y la social.

⁸ La Mesa por la vida y la salud de las mujeres y la Alianza Nacional por el derecho a decidir. Ana Cristina González (coordinadora), op. cit., p. 90.

- 
- iii. En tercer lugar, protege «el más alto nivel posible» de bienestar, lo cual significa que, aun cuando es imposible garantizar a las personas estar libres de enfermedades, se les deben garantizar las condiciones que les ofrezcan mejores oportunidades para tener un buen estado de salud, tales como el acceso al agua potable, el acceso oportuno a los servicios de salud, el saneamiento público, la educación, y el trabajo digno, entre otras⁹.

Como se dijo antes, el derecho a la salud no es un derecho aislado, pues se encuentra estrechamente relacionado con otros derechos como la vida, la libertad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la privacidad, la dignidad humana, la pluralidad de creencias; adicionalmente, se relaciona también con el bienestar y los determinantes sociales de la salud.

Los determinantes sociales de la salud incluyen todas las condiciones en las que nacen, crecen, viven y trabajan las personas e inciden sobre su salud. Entre ellas están la posición social, el contexto social y la estratificación. La posición social, entendida como las diferentes ubicaciones de las personas dentro de las estructuras socio-económicas y culturales de una sociedad (derivadas de factores tales como el poder adquisitivo, el género, la raza, la edad, entre otras), está en el centro de los mecanismos de desigualdad y juega un papel importante en la diferenciación de los estados de salud. Los contextos sociales asignan a los individuos diferentes posiciones sociales. La estratificación social, a su vez, genera una exposición diferenciada a condiciones que dañan o afectan la salud y a vulnerabilidades específicas, en términos de las condiciones de salud y la disponibilidad de recursos materiales y determina, por lo tanto, consecuencias diferenciadas de enfermedad y salud para los grupos con mayores o menores ventajas. En este sentido, la consideración de la dimensión social es una herramienta para eliminar o reducir las inequidades en salud —desigualdades que son evitables e injustas—, entre ellas, las de género, en tanto esta condición ha hecho que las mujeres ocupen una posición social de desventaja que, a menudo, les impide tomar decisiones sobre su propia salud de acuerdo con sus necesidades.

En el marco de la interpretación amplia del derecho a la salud, uno de sus elementos claves es la garantía del acceso a servicios de salud. Esta garantía, a

⁹ *Ibíd.*, p. 96.

su vez, está conformada por cuatro componentes: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

- a) Disponibilidad: Los servicios de salud deben ser suficientes y acordes con las necesidades de las mujeres, en todo el territorio nacional, incluidas las zonas rurales.
- b) Accesibilidad: Esta depende de varios factores. Accesibilidad física (contar con servicios de menor nivel de complejidad ampliamente disponibles y que tengan en cuenta las condiciones específicas en las que las mujeres buscan los servicios), accesibilidad económica (que consideren la capacidad de pago de las mujeres), garantía del acceso a información (la información debe ser oportuna, veraz, clara y de calidad), y respeto de la autonomía de las mujeres. El acceso depende, además, de que los servicios cuenten con profesionales suficientes y adecuadamente entrenados.
- c) Aceptabilidad: La aceptabilidad se refiere a las condiciones que deben cumplir los servicios para que las mujeres se sientan debidamente atendidas en ellos, y no dilaten la búsqueda de atención por falta de algún elemento que responda a la situación particular de determinada mujer. Esto implica el respeto de la confidencialidad, el secreto médico y las necesidades especiales de algunos grupos de mujeres como las indígenas, las menores de edad o las mujeres en situación de discapacidad. Esta atención incluye la presencia de personal entrenado para abordar las necesidades especiales de los distintos grupos de mujeres.
- d) Calidad: La calidad está determinada por distintos elementos, tales como la oferta de información, la oferta de alternativas terapéuticas, la garantía de capacidad técnica para desarrollar los procedimientos, la existencia de mecanismos para alentar la continuidad del seguimiento en los procesos de salud, la integración de los servicios a redes más amplias de servicios.

Dimensiones del derecho a la salud

En el marco de esa comprensión amplia del derecho a la salud, para la aplicación de la causal salud no se requiere la constatación de un daño a la salud. Basta con que exista un riesgo para el bienestar de las mujeres en cualquiera de sus dimensiones —física, mental o social— para que sea aplicable la causal.

El riesgo para la salud que da lugar a la aplicación de la causal, por su parte, exige que se constate la **posibilidad** de un resultado adverso en cualquiera de las dimensiones de la salud de una mujer, sin que sea necesario esperar a que este resultado adverso se presente efectivamente,¹⁰ como tampoco que se afecten simultáneamente todas las dimensiones de la salud. Este riesgo puede ser: el riesgo de morir, el riesgo de enfermar o el de sufrir un deterioro del bienestar.

Según la OMS, para evaluar el riesgo para la salud de una persona, es necesario determinar cómo se afecta su bienestar en comparación con una situación ideal en la que el factor de riesgo no existiera.¹¹ La pregunta clave sería cuánta calidad de vida o cuántos años de vida saludable pierde una mujer por continuar un embarazo que afecta su salud. Estas preguntas, y otras similares, deben tener en cuenta las características de la vida de cada mujer y su proyecto de vida, puesto que una misma circunstancia genera un impacto diferente en mujeres con vidas diferentes debido a variables como la edad, el ciclo de vida, el nivel de ingresos o el nivel de estudios. En este sentido, es determinante la percepción que tienen las mujeres sobre su propia salud y sobre el riesgo.

Las mujeres son, en todos los casos, el eje de la determinación del riesgo, en la medida en que sólo ellas pueden decidir cuánto riesgo están dispuestas correr.¹² De allí que, cuando existan dudas acerca de la existencia de un riesgo o sobre cómo afecta la salud, estas dudas deben resolverse en favor de las mujeres y sus derechos, y la necesidad de favorecer la potestad de las mujeres de decidir sobre la terminación o la continuación del embarazo.

Dimensión física

No es posible determinar de antemano qué situaciones o enfermedades pueden afectar la dimensión física de la salud de una mujer a causa del embarazo. Éstas pueden presentarse en cualquier etapa del embarazo y pueden estar asociadas a condiciones muy diversas, tales como los efectos del embarazo en una enfermedad, la contraindicación del tratamiento efectivo y razonable para

¹⁰ *Ibíd.*, p. 122.

¹¹ *Ibíd.*, p. 123.

¹² *Ibíd.*, p. 128.

determinada enfermedad, el efecto sobre el embrión o feto de cierta enfermedad o tratamiento, o una enfermedad nueva causada por el embarazo.¹³

El riesgo debe ser determinado individualmente para cada mujer. La detección del riesgo depende de la valoración y el seguimiento que se haga a las mujeres en estado de embarazo, puesto que los cambios que se producen en esta condición son numerosos y variados. El proceso de evaluación del riesgo puede incluir preguntas como las siguientes:

Si la mujer tiene una enfermedad, es probable que el embarazo agrave la enfermedad y si es así, ¿en qué forma? ¿Puede la continuación del embarazo, llegar a constituirse en un riesgo para su salud que la mujer no desea correr?

¿Puede la enfermedad constituir un riesgo para el embarazo y, en caso afirmativo, cómo y en qué grado?

¿Puede continuarse el embarazo bajo un cuidadoso y definido régimen terapéutico? ¿Se siente la mujer capaz de asumir dicho régimen?¹⁴

¿Es el embarazo un imperativo para suspender o no iniciar un tratamiento del cual puede depender la salud o incluso la vida de la mujer?

En la bibliografía médica existen algunos listados de enfermedades que dan lugar a la interrupción del embarazo.¹⁵ Si bien estos pueden ser referentes útiles, no pueden entenderse como listados cerrados, puesto que el riesgo es, en principio, una condición que depende de las características del caso concreto. Por esta razón, se ofrecen categorías operativas, esto es, aquellas situaciones en las cuales podría aplicarse la causal salud para que los elementos conceptuales explicados antes puedan convertirse en indicaciones concretas para acceder a una interrupción legal del embarazo; evitan que se adopte un criterio único y que éste se aplique sin tener en consideración las características del caso concreto.¹⁶

13 Ibid., p. 131.

14 Ibid., p. 132.

15 Ibid., p. 132-133.

16 Ibid., p. 135.

Adicionalmente, para el análisis y la comprensión del riesgo o afectación de las dimensiones de la salud, se ha adoptado el siguiente esquema que, si bien fue originalmente usado para estudiar la salud mental, el análisis desde la causal salud permite aplicarlo a todas las dimensiones de la salud:

Factores de vulnerabilidad: aquellos que predisponen a la aparición de un riesgo o afectación para la salud de la mujer. Pueden ser físicos, mentales/emocionales o sociales.

Factores de precipitación: aquellos que pueden desencadenar la aparición de un riesgo o afectación en la salud de la mujer. Pueden ser físicos, mentales/emocionales o sociales.

Factores de consolidación: aquellas situaciones de carácter irreversible o crónico, o aquellas que pueden generar consecuencias que impacten en forma crónica o a largo plazo la salud. Pueden también ser físicos, mentales/emocionales o sociales.¹⁷

Algunas categorías que permiten la aplicación de la causal salud por afectación de la dimensión física son:

- Enfermedades adquiridas o padecidas en la infancia, antes o durante el embarazo
- Enfermedades genéticas y enfermedades crónicas que afectan, en términos generales, la salud.
- Enfermedades susceptibles de agravarse, o que de hecho se agravan con el embarazo, en virtud de los cambios fisiológicos producidos durante la gestación normal (el incremento del riesgo de acuerdo con el mayor tiempo de gestación, o el incremento de la posibilidad de riesgo).
- Complicaciones médicas del embarazo que pueden generar enfermedad o agravar una enfermedad preexistente, o bien constituirse en una amenaza para la salud y el bienestar.
- Enfermedades que no pueden recibir tratamiento adecuado debido al embarazo y que, por lo tanto, aumentan el riesgo de afectación de la salud de las mujeres.
- Patologías que podrían desencadenarse con el parto.

¹⁷ Ibid., p. 41.

- Efectos físicos sobre la salud de la mujer por malformación fetal o por violencia física sobre la mujer.

Dimensión mental

Las afectaciones a la salud mental ocurren en diversos grados y no implican necesariamente la existencia de una incapacidad absoluta o una enfermedad mental severa. Se considera que la salud mental puede estar comprometida en muchos más aspectos que aquellos que se denominan, en un lenguaje extremo y estigmatizante, locura o demencia. El alcance del concepto de trastorno mental se ha ampliado para incluir el dolor psicológico, la angustia o el sufrimiento emocional asociado con la pérdida de la integridad personal y la autoestima, cualquiera que sea la causa que origine esta angustia. Entre las situaciones que pueden asociarse con la misma pueden resaltarse el embarazo producto de una violación o incesto; o, como lo reconoció el Comité de Derechos Humanos, cuando el feto sufre graves malformaciones, tales como la anencefalia;¹⁸ o cuando afecta el proyecto de vida de la madre por la incapacidad de asumir la crianza del menor.

Son factores de riesgo para desarrollar un trastorno de salud mental y, por ende, deben tenerse en cuenta en la valoración de riesgos asociados al embarazo para hacer legalmente posible su interrupción, si así lo desea la mujer: (i) la historia familiar relacionada con enfermedad mental, (ii) la predisposición biológica a padecer algunas enfermedades mentales, por ejemplo, la depresión post parto, (iii) la discriminación basada en el género, por ejemplo en el caso de mujeres que tienen poco control sobre los recursos económicos y la toma de decisiones sobre su sexualidad y, (iv) el abuso sexual y, en general, la violencia contra las mujeres.¹⁹

Además de estas condiciones que predisponen al padecimiento de una enfermedad mental, hay otras situaciones que, de manera más inmediata, pueden desencadenar un trastorno mental para el que se tenía cierta predisposición o una afectación de la salud en un sentido más amplio. Por

18 Ibid., p. 136.

19 Ibid., p. 140.

ejemplo, el sufrimiento por la muerte de un ser querido, la terminación de una relación íntima significativa, la pérdida del empleo, o un embarazo no deseado y los eventos que lo rodean, tales como la separación repentina de la pareja. Entre los posibles factores desencadenantes de una enfermedad mental debe descartarse el síndrome post aborto, pues éste ha sido altamente cuestionado en la bibliografía médica.²⁰ Por el contrario, se ha comprobado que las secuelas siquiátricas posteriores a un aborto son poco frecuentes y que, cuando ocurren, se explican con base en enfermedades siquiátricas previas al procedimiento. En cualquier caso, la incidencia de enfermedades siquiátricas es más alta después de un parto que después de un aborto.²¹

- Riesgo de suicidio: típicamente, este riesgo está asociado con determinar si la paciente intentará de manera inminente hacerse daño a sí mismo y si tiene un plan específico en mente para hacerlo.
- Enfermedades mentales severas o crónicas: incluyen depresión grave, esquizofrenia, trastorno bipolar, que pueden afectar algunas capacidades de las personas, incluida la de ser padres.
- Riesgo de resultados adversos para la salud mental en el futuro: casos en los que una mujer no padece un trastorno previo, pero existe evidencia razonable para creer que la continuación del embarazo afectará su salud mental, debido a la presencia de factores de vulnerabilidad, de precipitación o de consolidación.
- Las condiciones que rodean el origen o el desarrollo del embarazo podrían conducir a niveles de angustia que, al largo plazo, pueden convertirse en depresión u otra enfermedad siquiátrica.
- Afectación de la salud mental o de la integridad psicológica derivada de la violencia de género (no sólo sexual), según lo indicado por la OMS.
- Afectación de la salud mental de la mujer a partir de las condiciones de angustia y depresión que puede generarse por la malformación fetal.
- Angustia, dolor o daño psicológico causado por la obligación de continuar el embarazo cuando no se desea hacerlo, que puede derivar en depresión, trastorno de ansiedad o, incluso, riesgo de suicidio.

20 *Ibíd.*, p. 142.

21 Stotland, N., «The myth of the abortion trauma syndrome», *Journal of the American Medical Association*, 1992; 268(15): 2078-2079.

Dimensión Social

Actualmente, la dimensión social de la salud se reconoce explícitamente como parte de la «salud», tal como se explicó antes.²² Para entender el alcance de la dimensión social de la salud resultan útiles los estudios de la Comisión de los Determinantes Sociales de la Salud de la OMS,²³ según los cuales los efectos sobre la salud de las personas dependen en buena parte del contexto en el que nacen, crecen y viven.

El primer factor de la dimensión social de la salud es el «contexto político y socioeconómico», que se refiere a los mecanismos políticos y sociales que generan, configuran y mantienen las jerarquías sociales, tales como el mercado laboral, el sistema educativo y las instituciones políticas, que inciden de manera decisiva en la salud de las personas. La pertinencia de este contexto político es evidente, por ejemplo, si se considera la situación de muchas mujeres que participan en mercados irregulares y precarios, como el del trabajo doméstico, y para quienes la continuación del embarazo puede generar una gran afectación. Éste representa, en muchos casos, un alto riesgo de perder el empleo, dificultades para reingresar al mercado laboral, y barreras para acceder a licencias de maternidad, a servicios de salud seguros y al pago de incapacidades.

Además de las condiciones relacionadas con el contexto, hay otros componentes de la dimensión social de la salud relacionados con un nivel más individual de las circunstancias en las que viven las mujeres. Su afectación, en la aplicación de esta causal, debe ser evaluada en cada caso concreto. Ésta incluye los ingresos, la educación, la ocupación, y la pertenencia a un grupo vulnerable.²⁴

La aplicación de la causal salud debe tener en cuenta que, cuando la continuación del embarazo afecta cualquiera de estos componentes, al excluir por ejemplo a una adolescente del sistema educativo o al obligar a una mujer a retirarse del mercado laboral, incide sobre el bienestar y la salud, desde la perspectiva de los determinantes sociales. Una de las preguntas fundamentales

22 Ibid. p. 144.

23 Ibid. p. 144.

24 Ibid. p. 154.

a este respecto es ¿cuál es el proyecto de vida que tiene cada mujer para sí misma, y qué tan compatible es éste con la continuación del embarazo?

Finalmente, existen otros factores que hacen parte también de la dimensión de la salud y que son condiciones de la vida individual a través de las cuales se manifiestan y se potencian los demás elementos: las circunstancias materiales (contar con condiciones de vida satisfactorias y dignas), los factores biológicos (por ejemplo la predisposición a padecer ciertas enfermedades), factores comportamentales (por ejemplo, estilos de vida poco saludables), las circunstancias psicosociales (por ejemplo, la pertenencia a redes sociales), y el sistema de salud como un determinante en sí mismo (calidad de la oferta de servicios de salud).

Todos estos niveles interactúan para definir, a su vez, diversos niveles de bienestar en la vida de las mujeres. La dimensión social de la salud, además de que puede afectarse en sí misma, puede potenciar las afectaciones de otras dimensiones de la salud, puesto que, con frecuencia, determina la capacidad que tiene una mujer de enfrentar una afectación en las dimensiones física o mental.

- Baja escolaridad o necesidad de interrumpir la escolaridad por embarazo.
- Exclusión social o marginalidad por desplazamiento, conflicto armado, migración, condición rural, condición racial/étnica (indígenas, afrodescendientes).
- Maternidad satisfecha (se ha alcanzado el número de hijos deseados).
- Imposibilidad de encargarse de los hijos por razones de empleo, incluido el trabajo no remunerado y el cuidado en el hogar.
- Embarazos tempranos.
- Afectación del bienestar de las mujeres con base en aquello que cada mujer considere como «estar bien», incluida la afectación del proyecto de vida por embarazo no planeado, no deseado o embarazo forzado.
- Afectación de la salud de los hijos ya nacidos, o ulteriores riesgos sociales y de salud asociados con la condición de ser hijos no deseados (maltrato, o condiciones deficientes de salud).
- Aspectos sociales que generen o aumenten la vulnerabilidad de sufrir afectaciones a la salud física y mental, tales como condiciones crónicas de pobreza o embarazo temprano.

- Ausencia de redes sociales de apoyo.
- Ausencia de corresponsabilidad de la pareja o ausencia de la pareja.

Principios que deben considerarse en la aplicación de la causal salud

Los principios son pautas para guiar la lectura y aplicación de las normas relacionadas con la interrupción legal del embarazo vigentes en cada país, así como para guiar la interpretación de dichas normas cuando existan vacíos, inconsistencias o dudas. Estos principios se enmarcan dentro de los conceptos de derechos humanos, y ponen de manifiesto los aspectos éticos relacionados con la aplicación de la causal.²⁵ Estos aspectos se incluyen en el marco conceptual porque, para entender la afectación de la salud, además de los aspectos sustantivos de las tres dimensiones ya descritas, éstas son consideraciones que, de no tenerse en cuenta, pueden vulnerar el derecho a la salud.

Respeto y protección

De acuerdo con las obligaciones de respeto y protección, derivadas de la legislación internacional de los derechos humanos, los Estados deben:

- abstenerse de violar los derechos o de intervenir arbitrariamente en su goce (respeto);
- garantizar la ausencia de intervenciones arbitrarias de terceros (protección).

Desde esta perspectiva, para lograr el acceso a un aborto legal y seguro a través de la aplicación de la causal salud, están prohibidas las intervenciones arbitrarias del Estado orientadas a impedir el acceso a los servicios, pues esto constituye una vulneración del derecho de las mujeres a la salud y la vida, entre otros. Asimismo, prohíbe a terceros intervenciones en este sentido, y ordena a los Estados a actuar como garantes de la no intervención de terceros.

Las intervenciones arbitrarias pueden darse de diversas maneras. Una de ellas es la imposición de requisitos no contemplados en las normas legales, o la

²⁵ Ibid. p. 158.

previsión, en el orden jurídico interno, de requisitos que impliquen una carga desproporcionada para las mujeres.²⁶

Cumplimiento

El principio de cumplimiento es complementario al de respeto, y busca que se garantice el acceso efectivo a servicios legales y seguros para la interrupción del embarazo cuando se encuentra en riesgo la salud de las mujeres, como una medida para garantizarles el derecho a la protección de la salud. Este principio obliga a los Estados a garantizar todo lo relacionado con el acceso a procedimientos legales y seguros, desde medidas legales y administrativas hasta medidas de infraestructura. Igualmente, implica la garantía de todos los componentes accesorios que permiten que el acceso al derecho a la salud sea efectivo, como el derecho a una información completa, clara, veraz y oportuna, medidas preventivas, y acceso a métodos de anticoncepción, entre otras.²⁷

Aun cuando los Estados son los principales destinatarios de este principio, los particulares también se encuentran vinculados a él. En países en los que el aseguramiento de la salud es compartido con actores del sector privado, es claro que éstos adquieren la condición de garantes de la salud de sus aseguradas. Sin embargo, en términos generales, en los casos de interrupción del embarazo por riesgo para la salud de la mujer, una vez que este riesgo haya sido determinado por el profesional indicado en consulta con la mujer, los profesionales de la salud y cualquier otra autoridad que participe en el proceso de aplicación de la causal deben generar las alternativas que permitan que la mujer acceda efectivamente a los servicios que requiere para salvaguardar sus derechos.

Igualdad y equidad

En la aplicación de la causal salud, el principio de igualdad incluye elementos tanto de igualdad ante la ley, como de igualdad material. En el primer caso, la exigencia implica que no existan normas discriminatorias *per se*, o que los

26 *Ibid.* p. 163.

27 *Ibid.* p. 167.

diversos actos de la aplicación de las normas no se rijan por cuestiones discriminatorias relacionados con el género, o con cualquier otra condición de las mujeres que generen un acceso diferenciado a los servicios de interrupción del embarazo legal y seguro. En su dimensión material, el principio de igualdad en la aplicación de la causal exige que se adopten medidas adecuadas para atender las necesidades diferentes de las mujeres y de los diferentes grupos de mujeres. Por ejemplo, ofrecer a las adolescentes «servicios amigables» para que accedan a la interrupción del embarazo por la causal salud o, en el caso de las mujeres indígenas, al proporcionar información que les resulte comprensible de acuerdo con su universo cultural.²⁸

Consideraciones éticas

Las consideraciones éticas aquí incluidas pretenden ofrecer directrices que deben tenerse en cuenta cuando se emita una opinión o dictamen médico que evalúe el riesgo para la salud de la mujer embarazada, o de adoptar decisiones en el ámbito administrativo relacionadas con la interpretación y aplicación de la causal salud.²⁹

Respeto de la autonomía y consentimiento informado

El respeto de las decisiones de las mujeres sobre su salud, particularmente la interrupción legal del embarazo por razones de salud, exige reconocer que las mujeres son sujetos éticos autónomos, con aptitud y capacidad de tomar decisiones como un medio para alcanzar los fines y la vida que se han propuesto.³⁰

El principio de respeto de la autonomía en la aplicación de la causal salud tiene dos implicaciones principales. En primer lugar, la prohibición de intervenir o controlar la decisión de una mujer de interrumpir un embarazo por representar éste un riesgo para su salud o, incluso, su vida. En segundo lugar, implica que quienes intervienen en la aplicación de la causal deben promover activamente que la decisión de la mujer sea efectivamente autónoma; por ejemplo, ofrecer

28 Ibid. p. 170.

29 Ibid. p. 179.

30 Ibid. p. 180.

información completa, clara, veraz y oportuna, verificar la ausencia de presión por parte de terceros (esposo o padres, por ejemplo) y teniendo en cuenta las particularidades de cada mujer, así como las circunstancias que las hacen más vulnerables.³¹

Un elemento fundamental del principio de respeto de la autonomía es el consentimiento informado. Éste incluye dos elementos principales: 1) la información y 2) el consentimiento. En cuanto a la oferta de información, no basta con la exposición de la información (exposición del riesgo), sino que, adicionalmente, los profesionales deben asegurarse que esta información fue comprendida. La pregunta acerca de cuánta información (cómo, en qué lenguaje, por qué medios, y en qué momento) debe ser suministrada sólo puede responderse en cada caso concreto, teniendo en cuenta sus características específicas (edad de la persona, nivel de educación, profesión, oficio). El profesional de la salud debe asumir un papel protagónico que contribuya a que su paciente tome una decisión informada, en el marco de una participación activa y un intercambio mutuo de información.³²

Otro elemento fundamental del consentimiento informado es la voluntad, entendida como «(...) *la independencia de las personas de las influencias manipuladoras y coactivas de otros*». Existen diferentes tipos de influencia que pueden afectar las decisiones finales de las personas. Entre éstas se encuentra la *coacción*, que se refiere a la existencia de una amenaza creíble y seria, y la *manipulación*, que consiste en incidir sobre una decisión a través de diferentes medios.³³

Principios de no maleficencia y beneficencia

El contenido básico del principio de no maleficencia es la obligación de no hacer daño deliberadamente. Esto plantea, al menos, dos preguntas fundamentales ¿qué afectación de la salud se entiende como daño? y, ¿qué tanta afectación de la salud debe haber para que se pueda afirmar que se configuró un daño? En el ámbito de la interrupción del embarazo por la causal salud, el daño se debe entender en plena correspondencia con los conceptos de bienestar y de

31 Ibíd. p. 181.

32 Ibíd. p. 182.

33 Ibíd. p. 184.

salud, comprendidos como el derecho al disfrute del más alto nivel de salud física, mental y social. Así, el profesional de la salud que impida el acceso de una mujer a la interrupción del embarazo por esta causal, dilatando el procedimiento hasta que su práctica resulte imposible, vulnera el principio de no maleficencia, no sólo cuando esta dilación genera o aumenta el sufrimiento físico o mental de la mujer, provoca su incapacidad o le ocasiona una secuela, sino también cuando la negación del servicio impide que continúe en el sistema educativo o en el mercado laboral.³⁴

Sobre la aplicación de este principio de la interrupción del embarazo por afectación de la salud se ha indicado la obligación de procurar activamente la salud de las mujeres. Esta obligación de cuidado activo incluye la obligación de prestar servicios de calidad para el acceso a la interrupción del embarazo,³⁵ lo cual implica, al menos: (i) la disponibilidad de infraestructura para atender los procedimientos de acuerdo con las indicaciones de la OMS y lo que resulte más conveniente para la mujer en el caso concreto, aplicando los menos riesgosos, menos costosos y más cómodos para éstas, (ii) la oferta de información completa, clara, veraz y oportuna, (iii) la disponibilidad de profesionales con capacidad técnica, no sólo en la aplicación de los procedimientos, sino en el manejo integral de la ILE por riesgo para la salud, observando los protocolos de atención y en condiciones de bio-seguridad adecuadas, (iv) el trato amable y respetuoso por parte del personal de salud, sin juzgar a las usuarias y construyendo condiciones de confianza para que las mujeres acudan a los servicios, (v) la oferta de servicios de planificación familiar y de seguimiento al procedimiento, (vi) la disponibilidad de servicios de referencia y contra referencia, (vii) brindar a las mujeres distintas opciones frente a una situación de afectación de su salud.

Por su parte, el principio bioético de beneficencia se encuentra estrechamente ligado al de no maleficencia, a través del mandato de *hacer el bien* (contra cara de *no hacer daño*). El principio de beneficencia resalta el aspecto positivo de la actuación de los profesionales de la salud, al indicar la obligación de contribuir al bienestar del paciente.³⁶

34 Ibid. p. 187.

35 Ibid. p. 188.

36 Ibid. p. 193.

En la aplicación de la causal salud, el principio de beneficencia indica que los profesionales de salud deben maximizar el *bien* en la atención prestada a las mujeres que solicitan la interrupción del embarazo, facilitando su acceso. Parte de este proceso es la ponderación de los costos, los riesgos y los beneficios del procedimiento, que deben ser evaluados en cada caso concreto. Se debe tener en cuenta la evidencia que enfatiza los altos costos que la omisión del procedimiento genera para las mujeres, la sociedad y el sistema de salud, y la evidencia que muestra que el aborto, cuando se practica en condiciones seguras, es un procedimiento sencillo y de bajo riesgo.

Principio de objetividad y objeción de conciencia

La libertad de manifestar las propias creencias incluye, por supuesto, la de adoptar decisiones relacionadas con la propia salud de conformidad con estas convicciones. No obstante, estas libertades, como todas, se encuentran sujetas a límites. Estos límites se refieren ante todo a no imponer las propias creencias o las creencias «mayoritarias» a otros. En particular, las creencias religiosas de los profesionales de la salud no pueden interferir con las decisiones autónomas de las mujeres.³⁷

Para efectos de la aplicación de la causal salud, el reconocimiento del derecho a las creencias personales tiene tanta importancia como sus límites, al menos en los siguientes aspectos: (i) el personal de salud tiene pleno derecho a tener y manifestar sus creencias personales, tanto como las mujeres que deciden interrumpir su embarazo; (ii) en caso de que entren en conflicto, cuando la mujer desea, porque es necesario para proteger su salud, interrumpir legalmente un embarazo, y el médico, por sus convicciones personales, se opone a esta conducta, nunca debe imponer sus propias convicciones a la mujer; (iii) para resolver este conflicto, se debe utilizar el mecanismo previsto para ello: el recurso a la objeción de conciencia, recurso que, a su vez, está sujeto a límites; (iv) las creencias personales de quienes participan en la aplicación de la causal salud y el ejercicio de sus derechos a la libertad de conciencia, opinión y creencias, no pueden convertirse en un obstáculo para que las mujeres accedan a la interrupción del embarazo por esta causal; (v) la aplicación de la

³⁷ *Ibíd.* p. 196

causal debe tener como marco normativo de referencia los derechos humanos de las mujeres y los criterios técnicos, sin perjuicio de que los profesionales de la salud, de acuerdo con ciertas reglas, puedan constituirse en objetores de conciencia.

En relación con la titularidad de la expresión «objeción de conciencia», puede afirmarse que: *(i)* la objeción de conciencia, como derivada del derecho a la libertad de creencias, sólo corresponde a personas, no a instituciones; *(ii)* como regla general, todo el personal de salud puede ser objetor de conciencia, salvo que las leyes internas de un país limiten esta expresión para algún sector del personal. Sin embargo, el ejercicio de la objeción de conciencia no pondrá en riesgo el derecho a la salud y la vida de las mujeres, entre otros derechos humanos; *(iii)* en el marco del respeto de los médicos objetores, las instituciones que presten el servicio de salud tienen la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud (interrupción del embarazo) cuando sean legales.³⁸

En cuanto las limitaciones para el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los profesionales de la salud, es clave considerar que: *(i)* cuando el riesgo para la salud o la vida de la mujer lo exija, y se requiera la interrupción del embarazo de manera urgente, no podrá ser alegada la objeción de conciencia; *(ii)* cuando el procedimiento no sea urgente, los objetores deben remitir a la mujer a un médico no objetor para que reciba la atención que requiere, en condiciones de respeto y de manera inmediata; *(iii)* la objeción de conciencia no aplica para la obligación de proporcionar a la mujer información completa y veraz sobre el ejercicio de sus derechos y, por lo tanto, no puede usarse para maltratar a una mujer que solicita o requiere un servicio de ILE.³⁹

Criterios de interpretación de la causal salud

Los criterios de interpretación son pautas ofrecidas a quienes aplican la causal, en caso de dudas en cuanto a su aplicación y alcance, una guía para aplicar la causal en un marco de derechos humanos.

38 Ibid. p. 199.

39 Ibid. p. 204.

Interpretación amplia de los derechos y restrictiva de las prohibiciones

En general, el principio *pro homine*, como criterio de interpretación, se desprende del respeto de los derechos humanos y tiene como finalidad que — **cuando existan dudas acerca de qué norma debe aplicarse o de cómo debe entenderse su sentido**— se adopte la interpretación o la aplicación que mejor contemple la protección de los derechos. Lo anterior implica adoptar interpretaciones amplias cuando se trate de proteger derechos, y restrictivas cuando se trate de comprender prohibiciones, pues éstas implican una limitación del ejercicio de la libertad.⁴⁰

En la aplicación de la causal salud, esto implica, como mínimo: (i) que se interprete de la manera más amplia posible la causal salud para la interrupción legal del embarazo, incluyendo la mayor cantidad de situaciones fácticas posibles, en la medida en que se trata de una excepción a una prohibición (delito de aborto) que se funda en la protección de los derechos humanos y constitucionales de las mujeres; como consecuencia de esto, (ii) en caso de duda acerca de si en un caso concreto existe riesgo para la salud de la mujer, o acerca de si la causal resulta aplicable o no por otras razones, se debe acudir a la interpretación más generosa para permitir la aplicación de la causal; (iii) no imponer requisitos no contemplados en las normas legales, pues éstos no sólo violan el principio de legalidad, sino que restringen el acceso de las mujeres a la interrupción del embarazo por la causal salud y reducen el ámbito de protección de los derechos de las mujeres tutelados por la adopción legislativa o jurisdiccional de la causal.

Interpretación literal

El criterio de interpretación literal puede ser definido como aquel en el que se adopta el sentido literal de las palabras de la ley.⁴¹ La interpretación literal como criterio para aplicar la causal salud indica que debe acogerse el sentido literal del texto normativo e implica, al menos, que: (i) no se pueden incluir

⁴⁰ *Ibíd.* p. 209.

⁴¹ *Ibíd.* p. 218.

calificativos que no estén incluidos en la norma para hacerla más gravosa (por ejemplo, que el peligro para la salud o la vida de la mujer debe ser «grave», cuando la norma sólo indica que debe existir peligro); (ii) no se pueden exigir requisitos no contemplados en la norma (por ejemplo, solicitar autorización judicial, cuando la norma sólo exige el consentimiento de la mujer y la constatación del riesgo).

Como complemento de este criterio, el principio *pro homine* es la herramienta que indica que, en todos los casos, la lectura de los textos normativos que consagran la causal salud debe hacerse de manera favorable a la mujer, así: (iii) cuando no pueda interpretarse literalmente un término (porque es vago o demasiado amplio, por ejemplo) o cuando existan varias acepciones aceptadas del mismo (como en el caso de «salud»), debe adoptarse el significado o la interpretación que mejor se adecúe a la protección de los derechos humanos, es decir, la más favorable a los derechos de las mujeres (por ejemplo, cuando una norma exige un certificado para realizar un aborto, el certificado no puede entenderse como una autorización o negación del aborto sino, sencillamente, como el certificado del riesgo).

Otra regla especial de la interpretación literal pertinente para la aplicación de la causal salud es aquella que indica que, *donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir*. Esta regla es particularmente importante en la interpretación del término «salud», pues la mayoría de las leyes que consagran la causal salud se limitan a consagrar la legalidad del aborto cuando exista riesgo para la «salud» de la mujer. El punto es determinar si, cuando se habla de «salud», se alude sólo a la dimensión física de la salud o también a sus dimensiones mental y social. Según el criterio de interpretación señalado, la distinción entre las dimensiones de la salud con el fin de excluir algunas de ellas, sería inadmisibile.⁴²

Coexistencia de causales

Uno de los problemas específicos que suscita la aplicación de la causal salud es la posibilidad de que la situación fáctica a la que se va a aplicar la causal

⁴² Ibid. p. 221.

sea susceptible también de enmarcarse en otra de las causales que, normativa o tradicionalmente, se establecen para crear excepciones al delito de aborto. Esto sucede, por ejemplo, cuando como consecuencia de una violación, una mujer sufre una afectación de su salud mental que puede empeorar con la continuación del embarazo o cuando, como consecuencia del embarazo de un feto anencefálico, la mujer sufre riesgos para su salud física. En el primer caso, además de la causal salud, resultaría aplicable la excepción del delito por violencia sexual, y en el segundo caso, resultaría también aplicable la excepción al delito de aborto por malformaciones del feto. La coexistencia de causales resulta problemática cuando una de estas no se encuentra prevista en la normatividad del país o sus requisitos son más gravosos. En estos casos, como una aplicación particular del principio *pro homine*, no puede oponerse la inexistencia o aplicabilidad de la otra causal para negar el procedimiento, pues lo pertinente es la preservación de la salud de la mujer, y no el origen de su afectación.⁴³

Criterios para resolver conflictos

Los criterios para resolver los conflictos tienen en común al menos tres presupuestos: (i) las mujeres tienen derecho a buscar su bienestar y a la protección de su salud, incluido el derecho a tomar decisiones para preservarla; (ii) las mujeres tienen derecho a que se respete su autonomía en la toma de decisiones sobre su salud; (iii) la práctica médica debe basarse en evidencia, y (iv) en el respeto del ordenamiento jurídico interno de los países y del derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁴

Con base en estos presupuestos deben resolverse los conflictos que pueda suscitar la aplicación de la causal, procurando siempre adoptar la decisión que mejor proteja los derechos en juego. Algunos ejemplos de estos conflictos serían los siguientes:

Cuando exista discrepancia entre la opinión médica y la percepción de la mujer acerca de su propia salud, debe prevalecer esta última. Si

⁴³ *Ibid.* p. 224.

⁴⁴ *Ibid.* p. 226.

bien se acepta que el médico es el portador del conocimiento científico sobre la salud, la mujer es la única que puede decidir cuanta afectación, o cuanto riesgo de afectación de la salud está dispuesta a correr. Adicionalmente, la mujer tiene derecho a la autonomía para tomar decisiones sobre su salud, y no puede ser obligada a soportar cargas desproporcionadas cuando solicita la interrupción legal del embarazo.⁴⁵

Cuando exista un conflicto entre la opinión médica y la opinión de autoridades administrativas, debe prevalecer la opinión médica, siempre y cuando esta consulte, a su vez, la opinión y los intereses de la mujer. En ningún caso los argumentos médicos que indican la interrupción del embarazo por riesgo para la salud de la mujer pueden ser descartados con base en argumentos de orden administrativo.⁴⁶

Cuando existan discrepancias entre varios profesionales que integren juntas o comités médicos creados para la emisión de certificaciones de riesgo o para autorizar el procedimiento, se debe decidir a favor del interés de la mujer, por encima de las reglas de mayoría o especialidad. Ninguna junta puede determinar si la mujer está obligada a correr un riesgo; sus funciones deben limitarse a constatar su presencia. En el mismo sentido, se debe entender que la consulta de segundas opiniones o de especialistas es una garantía para la mujer, cuando ella desee cerciorarse de la situación de su salud, y no un obstáculo para acceder a un procedimiento.⁴⁷

Cuando exista discrepancia entre la decisión de la mujer de interrumpir el embarazo y el compañero/cónyuge, se debe proteger la decisión de la mujer. Cuando en los países en los que la pareja, o cualquier otro tercero, participa en la aplicación de la causal salud por mandato legal, y la pareja manifieste su oposición a la decisión de la mujer de interrumpir el embarazo, se debe proteger siempre la decisión de la mujer. En aquellos países en los que la participación de terceros no está prevista por la ley, o está prohibida, la pretensión de los profesionales de la salud de involucrarlos sin el consentimiento de la

⁴⁵ Ibid. p. 237.

⁴⁶ Ibid. p. 238.

⁴⁷ Ibid. p. 238.

mujer constituye una vulneración de sus derechos y del *principio de legalidad*, al imponer requisitos que no están contemplados en la ley.⁴⁸

En la aplicación de la causal salud a mujeres menores de edad o discapacitadas, es fundamental que se tenga en cuenta que estas mujeres tienen, como todas: (i) el derecho a lograr sus intereses en salud; (ii) el derecho a la autonomía y, el derecho a que (iii) las decisiones sobre su salud se funden en la práctica basada en evidencia. Estos criterios permiten que prevalezca su deseo de interrumpir el embarazo cuando existe riesgo para su salud, frente a la oposición de médicos y otras autoridades, e incluso de sus padres y tutores. Esta prevalencia se refuerza en estos casos, y se extiende a los conflictos que puedan surgir frente a los padres o tutores que se opongan a la interrupción del embarazo, porque (i) se trata de mujeres en situación de vulnerabilidad y (ii) no pueden ser obligadas a poner en riesgo su salud o su vida en razón de sus condiciones.⁴⁹

Como se desprende de la lectura de los párrafos anteriores, es importante considerar la salud como un concepto integral cuya protección implica, no sólo la protección de otros derechos, sino también la adecuada implementación e interpretación de una serie de elementos relacionados con los principios de los derechos humanos, con los criterios para su interpretación y con la ética. Todos estos elementos deben ser tenidos en cuenta a fin de asegurar la interrupción del embarazo de aquellas mujeres, que, desde el respeto a su autonomía, se puedan amparar bajo la excepción de causal salud contenida en las normas colombianas.

⁴⁸ *Ibíd.* p. 237.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 239.

III.

los CASOS

Caso 1:

Objeción de conciencia y derecho a la salud

1. Hechos⁵⁰

Ana,⁵¹ de 13 años de edad, fue víctima de una violación. Como consecuencia de esta relación abusiva resultó embarazada y contrajo una infección de transmisión sexual. Durante el embarazo sufrió de insomnio e intentó suicidarse en varias ocasiones.

La violación fue debidamente denunciada ante la Fiscalía General de la Nación, Unidad de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, y el caso fue asignado al Centro de atención integral a víctimas de agresión sexual (CAIVAS). Esta institución envió una comunicación a la aseguradora de Ana —Coomeva EPS— en la cual «remitía»⁵² a la menor, para que ésta procediera a la interrupción voluntaria del embarazo de 16 semanas, de acuerdo con la voluntad manifestada por ella.

50 Para efectos de la descripción de los hechos se tuvieron en cuenta la sentencia T-209 de 2008 y el Auto 279 de 2009, en los cuales se adoptaron algunas medidas para garantizar el cumplimiento de la sentencia. Se revisaron también documentos presentados ante la Corte Constitucional por organizaciones de derechos y notas de prensa publicadas en Colombia.

51 Este es un nombre ficticio puesto que los nombres de las personas involucradas en el proceso fueron suprimidos por tratarse de un caso que involucra a una menor.

52 Según la legislación colombiana, a la Fiscalía no le corresponde «remitir» a las mujeres a los servicios de salud, en el sentido de lo que significa una remisión en el contexto de los servicios de salud. Sin embargo, como parte de los deberes de acompañamiento a las mujeres, si está obligada a orientarlas en la atención integral de las situaciones de violencia, lo cual puede incluir la «remisión» para buscar una IVE. En otras palabras, para recibir atención de IVE en casos de violación, no se requiere haber sido remitido por la Fiscalía.

En el curso del embarazo, la salud de la menor se complicó con una afectación pulmonar y debió permanecer 17 días en cuidados intensivos. Adicionalmente, empezó a padecer un dolor lumbar severo.

En la EPS, la menor recibió atención para el tratamiento de las afectaciones psicológicas producto de la violación. En cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo, la menor fue remitida a una de las instituciones por medio de las cuales la EPS brinda asistencia a sus afiliadas (Clínica Médico Quirúrgica de Cúcuta). Dicha institución se negó a prestar los servicios solicitados con base en dos argumentos. En primer lugar, afirmó que todo su personal de ginecólogos era objetor de conciencia y, en segundo lugar, alegó que existían inconsistencias entre la edad gestacional y la fecha en la que la menor afirmaba haber sido víctima del acto abusivo. Con este último argumento, la clínica estaba poniendo en «duda» la violación denunciada por la menor.

42

Por estas razones, la menor fue remitida al Hospital Erasmo Meoz, que tenía un contrato con la EPS y, después de alegar numerosas «trabas burocráticas», la gerencia del hospital remitió el caso a su Departamento de Ginecología para que se realizara una valoración completa, tanto física como mental y emocional. Ante esta segunda institución prestadora de servicios de salud intervinieron la Fiscalía —para solicitar que una vez fuera practicado el procedimiento, el producto del mismo fuera trasladado a Medicina Legal para su análisis como prueba dentro del proceso penal— y la Defensoría del Pueblo, la cual solicitó que se prestara a la menor el servicio de salud que requería. Finalmente, el Departamento de Ginecología presentó un escrito firmado por todos los médicos en el que se declararon objetores de conciencia.

Adicionalmente, la EPS envió una comunicación escrita a los prestadores de servicios de su red para solicitar la atención de la menor, pero éstos afirmaron que no podían prestar los servicios requeridos, porque todos los médicos ginecólogos eran objetores de conciencia. La menor acudió a 4 instituciones más que prestan servicios de salud —Fundación Mario Gaitán Yaguas, Clínica San José de Cúcuta, Clínica Norte S.A y Clínica Santa Ana S.A. — remitida por su EPS, y en todas el servicio fue negado porque los ginecólogos eran objetores.

Ana vivía con su madre en una precaria situación económica que las obligó a permanecer en el mismo barrio del violador y su familia, que constantemente las hostigaban y amenazaban. Estas amenazas se concretaron incluso en un

ataque con cuchillo contra la menor, y en una amenaza con arma de fuego contra su madre, a sólo un par de cuadras de su lugar de residencia. Con posterioridad a la violación, por circunstancias que no se conocen con total claridad, la menor perdió la calidad de asegurada, por lo que dejó de recibir atención médica y terminó por permanecer encerrada todo el tiempo en la casa por temor a las agresiones.

Pese a todo, Ana no consiguió interrumpir su embarazo y se vio obligada a continuarlo hasta el parto. Además de lo que ya se ha descrito, la menor sufrió numerosos problemas por infección durante el proceso de cicatrización de la cesárea y daños en la columna, cuya gravedad no se precisa en la información disponible. Adicionalmente, continuó con un cuadro de depresión y angustia después del embarazo, debió consultar por síntomas cardíacos e intentó suicidarse varias veces.

2. Análisis del caso: una lectura desde los derechos humanos

Una mirada a este caso, a partir del marco internacional de los derechos humanos, nos permite develar cómo fue vulnerado el derecho a la salud de Ana. La vulneración de este derecho se manifestó, no sólo en una afectación de la salud de Ana en sus distintas dimensiones, sino también en la obstaculización por parte de «terceros» (delegados por el Estado para suministrar atención a las poblaciones) para garantizar el acceso efectivo a los servicios de interrupción legal del embarazo, afectando de esta manera otros derechos.

La afectación de la salud de Ana

De acuerdo con la descripción de estos hechos y siguiendo el marco conceptual de la causal salud desde una mirada de los derechos humanos, es posible revelar las múltiples formas en las que la salud de Ana se vio afectada como consecuencia de la violación y el embarazo no deseado y, por tanto, argumentar la aplicabilidad de la causal salud en el caso de Ana.

La violación conlleva una afectación de la salud, que en este caso en particular se expresa en todas sus dimensiones: **en la física**, por la afectación

de la integridad corporal debida al embarazo en un cuerpo adolescente, la transmisión de una ITS y las afecciones lumbares que, además, pudieron generar incapacidad durante el embarazo, incrementar la necesidad de consultas médicas y gastos adicionales por compra de medicamentos; **en la mental**, por el insomnio y los intentos de suicidio; **en la social**, la situación de pobreza en la que vivía Ana, sumada al hecho de tener que vivir cerca del violador, eran situaciones que profundizaban la afectación de la salud de Ana en otras dimensiones. Al mismo tiempo, el hecho de que hubiera perdido la cobertura de la EPS en calidad de beneficiaria, agravó su situación social.

Se hacía necesario e importante que los proveedores reflexionaran hasta qué punto la continuación del embarazo implicaba una alteración irreversible del curso del proyecto de vida de Ana, en este caso concreto por tratarse de una menor y por tratarse de una violación que, sin duda, generaba estigma en relación con su embarazo. En su caso, adicionalmente, la persistencia de la presencia del violador en su entorno familiar implicó que optara por el aislamiento, la única estrategia que podía utilizar para evitar nuevas agresiones. Esto hizo que fuera doblemente victimizada, pues el aislamiento forzado bien podría considerarse como otra forma de violencia. De esta manera, la afectación de la salud de Ana no solo abarcó la dimensión social, sino que estas consecuencias sobre lo social agravaron la afectación de su salud. Desde el punto de vista de la incidencia de estos hechos sobre su proyecto de vida, cabe señalar también que la continuación forzada del embarazo en una adolescente tiene múltiples implicaciones sobre su futuro: impide la continuación de los estudios y, por consiguiente, la consecución de empleos más calificados y mejor remunerados, y afecta asimismo la formación de una familia deseada en el futuro.

En relación con la salud física, es importante destacar que las afectaciones se agravaron en el transcurso del embarazo y que hubiera sido fundamental que los médicos evaluaran el «daño» a su salud en distintos momentos del embarazo, a fin de que aquello que se había desestimado inicialmente, se hubiera atendido integralmente en una fase posterior.

En relación con la salud mental, es importante destacar que, si bien Ana recibió tratamiento para sus «afectaciones psicológicas», este tratamiento no podía significar que se desconociera que la continuación forzada del embarazo de Ana implicaba para ella un daño que iba más allá de la propia afectación psicológica.

En este caso quedó claro cómo la negación de una IVE puede llevar a la consolidación de un daño a partir de aquello que durante la gestación eran riesgos de afectación a la salud. En el caso de Ana, esto se manifestó en el cuadro de depresión posterior al parto con múltiples intentos de suicidio, en los síntomas cardíacos y en las lesiones de columna por las que Ana debió seguir consultando. Si la salud implica un nivel de bienestar, es decir, es más que la ausencia de enfermedad, todas las condiciones expresadas en los párrafos anteriores denotan una alteración en el bienestar de Ana y por ende una clara afectación de su salud.

En la determinación del riesgo que permitiría a los médicos definir la aplicación de la causal salud, está claro que no se tuvo en cuenta la situación concreta de Ana en las tres dimensiones de su salud, no se indagó por su proyecto de vida y no hay evidencia de que se haya tenido en cuenta «cuánto riesgo ella estaba dispuesta a correr».

En el proceso que llevó a la negación de la IVE, se desconoció la percepción de Ana sobre los riesgos que implicaba la continuación forzada del embarazo, como también los riesgos que implicaba la afectación de su salud física, mental y social. Ana había expresado que no podía continuar con el embarazo y las afectaciones de su salud sólo corroboraban esta decisión. Por tanto, la negativa de los profesionales no debió prevalecer sobre la ponderación hecha por la propia Ana.

En este caso en particular, la afectación de la salud puso en juego otros derechos como el derecho a la vida (por el riesgo de suicidio), la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (la imposibilidad de cumplir su deseo de interrumpir el embarazo), y la dignidad humana (por la pobreza que la obligó a vivir en el mismo lugar del violador). Estas afectaciones a la salud de Ana implicaron un claro riesgo y no era necesario esperar el resultado adverso que podría haber significado el suicidio. En la aplicación de la causal basta constatar la **posibilidad** de un resultado adverso, sin que sea necesario esperar a que este resultado adverso se presente efectivamente. Los médicos deberían haber considerado que se trataba no sólo del riesgo de morir, sino del evidente deterioro de su bienestar.

Los principios de los derechos humanos y la protección de la salud

Con el fin de respetar y proteger los derechos de Ana, tanto la EPS como las instituciones prestadoras de servicios y los profesionales deberían haber creado las condiciones necesarias para garantizar la IVE por causal salud y/o por violación. A este nivel, es importante aclarar que existían en el caso de Ana responsabilidades diferenciadas. Por un lado, las de la EPS que no cumplió su deber de garantizar los servicios legales de aborto y, por el otro, las de los prestadores que, al acudir al dispositivo de la objeción de conciencia sin remitirla a un prestador no objetor, se negaron a cumplir con la obligación de proteger la salud de Ana. La comparación entre la fecha de la violación y las semanas de gestación, que no era un imperativo médico para realizar la IVE ni un requisito de ley, implicó una carga desproporcionada para Ana, quien no pudo interrumpir su gestación pese a su voluntad y pese a que cumplía con todos los requisitos que la ley en Colombia exige para una IVE por violación.

Adicionalmente, estos deberes implican disponer de los servicios necesarios sin la imposición de barreras adicionales, tales como la participación de gineco-obstetras en el procedimiento. Siempre que, como en este caso, se den las condiciones para aplicar la causal salud, es responsabilidad de la EPS garantizar servicios en forma oportuna y dar cumplimiento adecuado a las obligaciones de derechos humanos.

Como parte de estos principios, la atención a Ana debió prestarse en un contexto de servicios amigables para adolescentes (que no constan en la historia) y esto debería haber llevado a una intervención más adecuada y oportuna.

Atención y ética: ¿qué pasó con la objeción de conciencia?

El caso de Ana es un ejemplo de cómo el profesional de la salud debería ser siempre un eslabón entre la protección de los derechos y el respeto a la autonomía de las mujeres para tomar decisiones sobre su propia salud. Como se expresó antes, era importante que se escuchara la voz de Ana en cuanto a lo que ella deseaba hacer con el embarazo, con el fin de evitar la afectación de su salud, tanto física como mental y social.

Este respeto lleva necesariamente a la garantía ética de la no maleficencia, que no se cumplió en el caso de Ana, quien tuvo que enfrentar daños a su salud física y mental, así como correr grandes riesgos que no permitieron que la atención en salud diera el resultado que se espera siempre, el de impedir que se haga daño. La negación de la atención terminó siendo una barrera frente al deber ético de la no maleficencia.

En cuanto a la objeción de conciencia, derivada del derecho a la libertad de creencias, ésta sólo corresponde a personas, y no a instituciones y, por tanto, la negativa colectiva de varias instituciones de salud no respetó el marco legal colombiano. De otro lado, la EPS faltó a la protección del derecho a la salud de Ana, y puso en riesgo su bienestar y su vida, al no garantizar un prestador no objetor. Esto suponía que, en las EPS, la objeción de los prestadores fuera conocida con antelación al caso —es decir que hubiera una constancia escrita de los objetores— a fin de haber dispuesto un proveedor no objetor. En todas las instancias y en todas las instituciones, los prestadores alegaron la objeción para no prestar la atención, en lugar de haber realizado una remisión eficaz (atención por personal no objetor) y orientar a la mujer sobre soluciones dentro del margen de tiempo establecido por la ley (cinco días), etc.

Al nivel de los prestadores de servicios, si la objeción de conciencia entra en conflicto con los intereses de la mujer, como en el caso de Ana que deseaba interrumpir su embarazo, y dado que la objeción se constituía en un obstáculo para proteger su salud, Ana tendría que haber sido remitida a un proveedor que le brindara la atención adecuada. Queda además la preocupación de que los profesionales objetaron la prestación del servicio amparados en la inconsistencia entre las semanas de gestación y la fecha de la violación, haciendo que la objeción se aplicara, no por razones de conciencia o por razones religiosas, como lo indica el marco de derechos, sino por desconfianza en la palabra de la mujer.

Como consecuencia de la objeción de conciencia expresada por todos los profesionales involucrados en su proceso de atención, el acceso efectivo no fue posible pues no hubo:

- Disponibilidad: la EPS no dispuso de servicios de salud suficientes con profesionales de la salud no objetores, que garantizaran la ILE;
- Accesibilidad: si bien esta dimensión del acceso a los servicios tienen distintas facetas, en este caso concreto a Ana no se le respetó su decisión de

interrumpir el embarazo, ni se le brindó información adecuada para que pudiera defenderse de la objeción de conciencia institucional, práctica no protegida por las normas en Colombia;

- **Aceptabilidad:** no se respetaron sus necesidades y condiciones particulares como mujer menor. No se prestaron servicios amigables y además, como es claro en la legislación colombiana, en el embarazo en menor de 14 años se presume una violación y, por tanto, los profesionales no deberían haber recurrido a una presunta inconsistencia entre la fecha de la violación y las semanas de gestación como un obstáculo para prestar el servicio. No podría haber existido duda sobre la aplicación de la causal de violación pues, según el marco legal vigente, debía presumirse que la misma había ocurrido.

Los criterios de interpretación

El caso de Ana ilustra cómo, al no adoptarse interpretaciones restrictivas cuando se trata de comprender prohibiciones, se llega a la interpretación amplia de los requisitos y esto se convierte en una carga desproporcionada para la mujer. Así, el requisito de presentar la denuncia de la violación fue interpretado por los profesionales en forma amplia, haciendo que Ana tuviera que explicar la presunta inconsistencia entre la edad gestacional y la fecha en la que se afirmó que había ocurrido la violencia sexual. Según las normas colombianas, como se explica en el marco de este libro, cuando se trate de una violación, el único requisito que debe cumplir la mujer para que le sea practicada la IVE que solicite, es la denuncia de la violación. Sin embargo, para los médicos que atendieron a Ana, este requisito resultó «insuficiente», y ello llevó a que pretendieran que, como requisito adicional, Ana explicara la inconsistencia mencionada.

En este caso no se respetó el criterio de interpretación literal que implica, entre otros, que no sean exigidos requisitos no contemplados en la norma, tales como la explicación de la inconsistencia entre las fechas

Pero, además de lo anterior, a Ana le fueron impuestos otros requisitos que resultaron en nuevas barreras para recibir la atención requerida: la remisión a médicos ginecólogos para prestar el servicio, cuando la norma explícitamente reconoce que el procedimiento puede ser practicado por médicos generales;

la remisión a instituciones que se habían declarado objetoras, e incluso a un prestador que no tenía contrato con el asegurador. Estas barreras se establecieron por fuera del marco legal, contribuyeron a agravar la afectación de la salud de Ana y vulneraron su derecho, toda vez que no permitieron la ILE por causal salud, que no sólo era legalmente posible, sino que correspondía a la decisión de la mujer que fue violada.

Por último, es importante tener en cuenta que, desde el punto de vista de los criterios, el principio *pro homine* es un criterio útil para tomar decisiones que protejan de la mejor manera los derechos cuando haya dudas. En el caso de Ana, aunque no se conocieran con certeza la severidad y tipo afecciones a su columna, ni el origen, severidad o causas de sus síntomas cardíacos, era importante considerar todos estos como factores de vulnerabilidad y precipitación que, de hecho, expresaban una afectación por lo menos física y emocional de su salud.

¿Se dio cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos?

El respeto de la decisión de Ana sobre su salud con el consentimiento de su madre, particularmente la interrupción legal del embarazo por razones de salud, exigía su reconocimiento como sujeto ético con aptitud y capacidad de tomar decisiones. Este principio impedía intervenir o controlar la decisión de Ana de interrumpir un embarazo por representar éste un riesgo para su salud e, incluso, para su vida. E impedía que le fuera impuesta, como de hecho sucedió, la continuación forzada del embarazo, en razón de la objeción de conciencia de los médicos y las instituciones que la atendieron.

Por tratarse de una menor de edad era fundamental que se tuvieran en cuenta dos aspectos: *(i)* el derecho a proteger sus intereses en salud; *(ii)* el derecho a la autonomía y la presunción de la violación por tratarse de un embarazo en una menor de edad.

A manera de conclusión, dado que la salud de Ana se vio afectada en todas sus dimensiones, y que, como consecuencia del embarazo, ella no estaba disfrutando del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, la causal salud debería haber sido aplicada para interrumpir el embarazo.

Adicionalmente, de no haber existido afectación de su salud (aunque desde una mirada rigurosa la violación comporta siempre un daño a la integridad física y psicológica y, por ende, a la salud), la interrupción debería haberse realizado por el solo hecho de que la mujer la hubiera solicitado después de haber presentado la denuncia reglamentaria.

3. La decisión judicial

La menor interpuso una acción de tutela acompañada de su madre por considerar que se vulneraban sus derechos fundamentales. Tanto en primera como en segunda instancia, la tutela fue negada por considerar que existía una discrepancia entre la edad gestacional y la fecha de la violación denunciada que hacía improcedente la protección. El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional posteriormente y, mediante Sentencia T-209 de 2008, concedió el amparo y protegió los derechos fundamentales de la menor.

En su sentencia, la Corte recordó la decisión adoptada en la C-355 de 2006, en la cual se declaró inconstitucional la prohibición total del aborto, por lo que los profesionales no podían anular esta disposición imponiendo barreras a las mujeres: *«Removida por la Corte la citada barrera de orden legal, tal determinación constitucional no puede hacerse nugatoria por los profesionales de la salud, a quienes no les corresponde, ante una solicitud de IVE, exigir autorización o consenso de varios médicos, del marido, padres u otros familiares de la gestante, o de jueces o tribunales; tampoco pueden imponer listas de espera para su atención; no pueden abstenerse de remitir de manera inmediata a la mujer a otro profesional habilitado para realizar el procedimiento cuando se alega objeción de conciencia; y además, deben guardar la confidencialidad debida, entre otros aspectos.»*

La Corte hizo una lectura de la sentencia conforme a los instrumentos pertinentes de derechos humanos. Explicó, *«La sentencia C-355 de 2006, se enmarca en documentos internacionales de consenso orientados a la protección de los derechos humanos de las mujeres, los cuales han sido emitidos con ocasión de ciertas Conferencia Mundiales de la organización de Naciones Unidas.»* Con base en lo anterior, hizo referencia a los compromisos internacionales del país contenidos en instrumentos como la Conferencia Internacional

sobre Población y Desarrollo de 1994, la 4ª Conferencia Mundial de la Mujer de 1995, y otros pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas y de la Organización Mundial de la Salud.

Sobre la objeción de conciencia reconoció que era un derecho de los profesionales de la salud pero advirtió que ésta se encontraba sujeta a reglas:

«En relación con la objeción de conciencia, está determinado que, (i) no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una "convicción de carácter religioso debidamente fundamentada», pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución, en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.»

La Corte advirtió también que, cuando se trata de menores de 14 años, se presume la violencia sexual y que, en todos los casos, la objeción de conciencia de un profesional debe estar acompañada de una remisión adecuada a otro profesional habilitado: *«en el entendido que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, los profesionales del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben proceder a la interrupción del embarazo; y, si el médico respectivo se niega a practicarlo fundándose en la objeción de conciencia, su actividad no queda limitada a tal manifestación, sino que tiene la obligación subsiguiente de remitir inmediatamente a la madre gestante a otro profesional que esté habilitado para su realización, quedando sujeto a que se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.»*

Después de estudiar el caso concreto, la Corte concluyó que se habían vulnerado los derechos fundamentales de la menor, tanto por parte de su aseguradora como por parte de las instituciones prestadoras de servicios de salud y por los médicos: *«De las citadas pruebas se aprecia, que la EPS COOMEVA; los centros hospitalarios y clínicos, privados y público, a los que se remitió la menor para la práctica del procedimiento IVE, así como los médicos vinculados a dichas instituciones de salud, vulneraron los derechos fundamentales de la citada menor al negarse a practicar el respectivo procedimiento, y también desconocieron la Constitución, la sentencia C-355 de 2006, la ley y los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional, pues si bien todos los médicos de la especialidad de ginecología y obstetricia presentaron para el caso objeción de conciencia, ella no cumple los requerimientos que para el efecto consagra tanto la sentencia C-355 de 2006 como el Decreto 4444 del mismo año y la Resolución 004905 de 2006 expedida por el Ministerio de la Protección Social, y tampoco procedieron a cumplir con la obligación de remitir de manera inmediata a la menor a un profesional de la salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento correspondiente.»*

La Corte indicó expresamente que la objeción de conciencia no podía convertirse en una excusa para negar servicios y que las instituciones —tanto aseguradoras como prestadoras de servicios— debían tener de antemano definidos los profesionales habilitados y dispuestos a prestar los servicios: *«no pueden escudarse en la objeción de conciencia para abstenerse de garantizar a las mujeres el acceso al servicio legal de IVE, y por el contrario, deben darle cumplimiento a la citada reglamentación garantizando el número adecuado de proveedores habilitados para la prestación del servicio de IVE en los casos requeridos. En este sentido, tanto las EPS como las IPS deben tener claro que, mientras la objeción de conciencia es resuelta, deben tener de antemano claro, y definida la lista correspondiente, de qué profesionales de la salud y en qué IPS se encuentran, están habilitados para practicar el procedimiento de IVE, a fin de que el transcurso del tiempo no haga ineficaces los derechos fundamentales de las mujeres.»*

También estimó la Corte que los jueces de tutela, al negar la atención solicitada, habían vulnerado los derechos de la menor.

Finalmente, en la parte resolutive de la sentencia, la Corte, entre otros: (1) revocó las decisiones de los jueces de instancia y en su lugar concedió el

amparo; (2) condenó a la aseguradora, a los prestadores de servicios y a los profesionales de la salud a pagar a la menor una indemnización por los perjuicios causados; (3) remitió a la Superintendencia de Salud y al Ministerio de Protección Social las pruebas para que verificara las faltas cometidas por las instituciones involucradas; (4) remitió copias al Tribunal de Ética médica (5) remitió copias al Consejo Superior de la Judicatura para que investigara la conducta de los jueces.

Caso 2:

Prohibición de exigir requisitos no previstos en la ley

1. Hechos⁵³

Claudia⁵⁴ acudió con su compañero a los servicios de salud por presentar estreñimiento. Con motivo de esta consulta, se le ordenaron varios exámenes, entre ellos una ecografía transvaginal, la cual confirmó un embarazo de 8 semanas. Una segunda ecografía fue realizada en la semana 12, sin observaciones particulares. Claudia tenía una pareja estable con quien deseaba tener hijos. Por diversas razones había sufrido dos abortos espontáneos, pero el embarazo era para ellos una buena noticia.

Dos meses después, se le ordenó una ecografía ultrasonográfica obstétrica con perfil biofísico.⁵⁵ En esta ecografía se determinó la existencia de *malformación ósea*. Con base en este diagnóstico se ordenó una ecografía de tercer nivel. Esta ecografía de tercer nivel concluyó:

«1. útero grávido a expensa de P.U.V.L de 19 semanas, podálico. 2. velocimetría fetal normal. 3. perfil biofísico 06/06 4. HALLAZGOS COMPATIBLES CON DISPLASIA ESQUELÉTICA AFILIAR CON ACORTAMIENTO DE FÉMUR Y HÚMERO BILATERAL. COMENTARIO: Se sugiere Eco 3D de detalle y valoración ginecológica de tercer nivel.»

53 Para efectos de la descripción de los hechos se tuvo en cuenta la sentencia T-388 de 2009.

54 La sentencia no revela los verdaderos nombres de las personas involucradas en el proceso.

55 El nombre del examen que se ordenó a la accionante fue tomado literalmente de la descripción de los hechos de la tutela. La bibliografía médica indica que el perfil biofísico es un examen de bienestar fetal que se hace generalmente después de semana 36; por lo tanto, no se aplicaría esta denominación, sino que sería más bien una ecografía de detalle de 2° nivel.

La ecografía de tercera dimensión sugerida en el estudio de tercer nivel, a su vez, concluyó:

«1. Consideramos que se trata de un feto único, polimalformado con signos severos de displasia ósea, que compromete principalmente las extremidades superiores e inferiores. 2. Igualmente observamos severa restricción del crecimiento intra uterino retardado con percentiles inferiores al 2%. 3. Los cambios displásicos óseos plantean como diagnóstico diferencial la posibilidad de una osteogénesis imperfecta, cuyo diagnóstico diferencial podría ser con una displasia diastrofia o una displasia tanatofórica, lo cual debe tenerse en cuenta para decidir la conducta.»

Su médico tratante determinó que se debía realizar una Junta Médica con otros tres ginecólogos y la coordinadora médica para estudiar el caso. Esta Junta recomendó la interrupción del embarazo.

El asegurador emitió efectivamente la orden para la prestación del servicio siguiendo las observaciones del médico tratante. En la orden de prestación de servicios de la EPS se indicó que se autorizaba la hospitalización «por embarazo de 23 semanas, por feto único, polimalformado, con probable displasia ósea» para interrupción voluntaria del embarazo. Con esa orden y la historia clínica fue remitida a la capital del departamento para el procedimiento.

En la clínica en la que fue recibida la paciente, el ginecólogo que la atendió determinó que, en efecto, se debía proceder a la interrupción voluntaria del embarazo, pero exigió para ello una orden judicial. Mientras el compañero de Claudia buscaba alguna manera de cumplir con esa exigencia, ella comenzó a presentar dolor tipo contracciones de creciente intensidad, cefalea y sangrado vaginal. Cuando su compañero obtuvo la orden judicial, ella contaba con 6 meses de embarazo y la sometieron a una cesárea.

2. Análisis del caso: una lectura desde los derechos humanos

El caso de Claudia nos muestra la forma cómo, al establecer requisitos que no están contemplados en la ley, los profesionales pueden incurrir en obstaculización de la atención y, de esta manera, afectar la salud de la mujer, violando sus derechos.

La afectación de la salud de Claudia

De acuerdo con la descripción de los hechos, Claudia era una mujer sana que vivía el proceso de un embarazo deseado cuando un diagnóstico de malformación fetal severa la enfrentó a la decisión de una interrupción voluntaria del embarazo. En este contexto, ella ya vivía una situación de angustia y estrés suscitada por la noticia de la malformación severa, pero debió enfrentar, además, las barreras que le fueron impuestas en el servicio. Claudia y su compañero, quienes deseaban el embarazo, querían interrumpirlo por el diagnóstico de malformación fetal severa.

En el caso de Claudia se vieron afectadas principalmente dos dimensiones de su salud, la física y la mental. En cuanto a la dimensión física, el retraso del momento de la interrupción la enfrentó a un procedimiento que, en razón de la mayor edad gestacional, podía acarrear complicaciones. De hecho, la dilación condujo a que Claudia presentara síntomas tales como actividad uterina y sangrado genital, cuadro que llevó al personal médico que la atendía a decidirse por una cesárea. Esta última, como bien se reconoce en la bibliografía médica, por tratarse de un procedimiento quirúrgico con anestesia, conllevaba un mayor riesgo para la salud de Claudia que una interrupción realizada en etapas más tempranas y con los métodos disponibles, médicos o quirúrgicos. Desde el punto de vista de la dimensión física de la salud, era importante, por otra parte, preguntarse acerca del riesgo que suponía para Claudia permitir que se avanzara en la edad gestacional, toda vez que estaba claro que ella cumplía con los requisitos legales para que su embarazo fuera interrumpido, tanto por la malformación fetal grave como por la propia afectación de su salud.

Adicionalmente, el que ella y su compañero se vieran obligados a obtener una orden judicial, generó angustia y por tanto afectación de su salud mental, que venía a acrecentar la presión que ya de hecho suponía para Claudia que su embarazo deseado no pudiera continuar debido a una grave malformación fetal.

En palabras sencillas, la afectación de la salud de Claudia se consolidó a partir de la exigencia de requisitos no previstos en la ley. Al entender la salud como un estado de bienestar y no como la mera ausencia de enfermedad, la noticia de la malformación severa con indicación de interrupción del embarazo, afectar el bienestar de Claudia incidía sobre su salud. En este mismo sentido, el no

garantizar las condiciones para acceder a un procedimiento que supondría un «alivio» para su salud mental y la eliminación de un riesgo para su salud física, hizo que se vulnerara la protección de la salud de Claudia. Desde una perspectiva de derechos humanos, la continuación del embarazo y el propio embarazo suponían un riesgo para la salud de la mujer, toda vez que constituían una afectación, principalmente de su bienestar emocional. Con la desprotección de otros derechos como el de la información, al no explicarle que este requisito no era exigido por ley, se violó también el derecho a la salud.

Si la mujer se hubiera visto forzada a tener el producto de esa gestación, sin duda se hubiera alterado el curso de su proyecto de vida, toda vez que las madres de hijos con malformaciones fetales severas viven una situación de angustia y estrés mayor que el de otras madres y el cuidado que se les exige —la carga del cuidado— suele afectar o truncar su proyecto de vida, pues no disponen de tiempo para estudiar o trabajar, por ejemplo.

Los principios de los derechos humanos y la protección de la salud

Dado que en Colombia las EPS tienen delegación del Estado para ejercer funciones de administración del riesgo y garantía de la protección de la salud, en el caso de Claudia se afectaron los principios de protección y cumplimiento. Aunque la EPS emitió la orden para la interrupción, ésta había sido el resultado de un procedimiento que no estaba incluido en las normas: la realización de una junta médica. En este sentido, la EPS no cumplió con su deber de evitar intervenciones arbitrarias. Después de que la interrupción fuera solicitada por los profesionales, al nivel de la IPS, este servicio se vio obstaculizado y retrasado por la petición de un requisito no contemplado dentro del marco jurídico colombiano, la orden judicial. La remisión a la capital del departamento para recibir atención, por otra parte, sin especificar con claridad las razones por las cuales fue solicitada, efectivamente encarecía el proceso de atención.

Este requisito hizo que no se realizara oportunamente la IVE y que la mujer terminara sometida a una cesárea una vez que aparecieron los síntomas. No se protegieron sus derechos al no impedir que terceros —IPS o ginecólogo— exigieran un requisito «no legal» y dilataran o, en la práctica, negaran el servicio. Adicionalmente se violó el principio de cumplimiento, pues no se

garantizaron las condiciones para proteger el derecho a la salud de Claudia —no se dispusieron los servicios, incluidos los profesionales que se requerían para el procedimiento: gineco-obstetras y no médicos generales— que hubieran permitido la interrupción oportunamente.

Este caso refleja como la EPS no cumplió con su deber de gestionar el riesgo en salud y que, al carecer de mecanismos de control suficientes para garantizar la adecuada prestación del servicio, hizo que Claudia se viera obligada a enfrentar las barreras que le impusieron los prestadores. Tampoco contaba con mecanismos que permitieran resolver los conflictos, como el que se presentó al exigir un requisito no legal, impidiendo la prestación del servicio en forma oportuna.

Atención y ética

Desde el punto de vista de la ética, en el caso de Claudia, los profesionales que debieron realizar la interrupción no atendieron al principio de no maleficencia, es decir, la obligación de no hacer daño deliberadamente. La dilación del procedimiento debido a la exigencia de un requisito «no legal», llevó a que, finalmente, se tuviera que realizar una cesárea con los riesgos que este procedimiento implicaba, en lugar de una interrupción voluntaria del embarazo con medicamentos o métodos quirúrgicos. Asimismo, la solicitud de que participaran médicos gineco-obstetras en lugar de un médico general, que sería la primera opción para una IVE, se constituyó en un requisito innecesario. En este caso, no se dispuso la infraestructura requerida para atender a la mujer de acuerdo con las indicaciones de la OMS: los medios menos riesgosos (la interrupción), menos costosos (la interrupción) y más cómodos (la interrupción).

Estos costos implicaban también costos para las instituciones y no sólo para la mujer. Obligar a la EPS a cubrir el costo de una cesárea (médico especialista G-O, anestesiólogo, hospitalización), cuando se hubiera podido interrumpir la gestación usando la técnica de dilatación y evacuación,⁵⁶ o incluso realizar una

56 El 11% de los abortos en los Estados Unidos corresponden a interrupciones en el 2° trimestre, y la técnica más usada es la de dilatación y evacuación (97%), que es una técnica segura y de manejo ambulatorio, con una tasa de complicaciones del 0,9%, tasa que se incrementa con mayor edad gestacional (referencia: Strauss LT. «Abortion surveillance - United States 2003», *Morb Mortal Wkly Rep Surveill Summ* 2006;55:1-32).

inducción con medicamentos,⁵⁷ era incumplir el deber ético de la beneficencia, entendida como «hacer el bien», tanto a la paciente como al propio sistema de salud. Es un deber ético con las instituciones y su sostenibilidad financiera, puesto que ésta determina, en el largo plazo, una mejor o más deficiente cobertura de la población en general y del paquete de prestaciones al que tienen derecho las personas, según los recursos disponibles.

Los criterios de interpretación

En el marco de la causal salud, es decir, del riesgo para la salud y la vida de una mujer, desde la perspectiva de los derechos humanos, los profesionales de la salud deberían haber utilizado los criterios de interpretación establecidos, tanto para aclarar sus dudas sobre las normas, como para determinar el alcance de las mismas. El de Claudia es un caso claro en el que la salud de una mujer se afecta y su bienestar se ve alterado por la imposición de requisitos no previstos en la norma legal, algo que hubiera podido evitarse al ser usados los criterios de interpretación por parte de los profesionales involucrados. En el caso concreto, las dos decisiones que generaron la afectación del bienestar fueron:

1. La realización de una junta médica en la que participaron el médico tratante, tres ginecólogos más y la coordinadora médica de la EPS. Según la sentencia que despenalizó el aborto en Colombia, el único requisito para realizar la interrupción, tanto cuando se trata de malformación fetal como cuando se trata de afectación de la salud, es el certificado médico indicando la malformación o el riesgo del embarazo, respectivamente. Además de no ser obligatoria, la realización de la junta terminó convirtiéndose en un requisito desproporcionado, que interfirió con la oportuna prestación del servicio. Las juntas pueden ser una instancia de consulta técnica y, en este sentido, siempre que no dilaten la prestación del servicio ni impongan nuevas exigencias, pueden servir de apoyo al profesional. Sin embargo, no pueden convertirse en una instancia para determinar si se autoriza o no una interrupción, pues corresponde al médico tratante certificar el riesgo

57 La elección de la técnica se debe basar en la elección de la mujer y en las habilidades del prestador del servicio.

y proceder a emitir la orden para el procedimiento, siempre que se cuente con el consentimiento de la mujer.

En este caso concreto, la junta emitió un concepto favorable para la interrupción voluntaria del embarazo, conforme a una interpretación amplia de los derechos y restrictiva de las prohibiciones. Ésta consistió en considerar que se trataba de una malformación fetal grave, que resultaba incompatible con la vida. Desde una perspectiva del derecho a la salud, se entiende la vida como algo más que la mera existencia biológica. Al adoptar esta perspectiva, los profesionales de la salud que participaron de la junta aplicaron la causal de interrupción del embarazo por malformación fetal que haga inviable la vida, según una comprensión de la vida como vida digna, y que busca que no se generen cargas desproporcionadas sobre la persona (en este caso, tanto las que podrían existir para la persona que eventualmente sobreviviera con una malformación fetal grave y con discapacidad extrema, y las que se generarían para la mujer que tendría que encargarse del cuidado de un hijo con graves malformaciones).

Se reitera, sin embargo, que aún cuando las juntas adopten decisiones que se ajusten a la voluntad de la mujer de interrumpir el embarazo, éstas no son obligatorias y no deben imponerse a las mujeres, pues no pueden convertirse en una barrera de acceso a los servicios (debido a la demora, por ejemplo) y carecen absolutamente de la facultad de autorizar o negar el servicio.

2. La exigencia de una orden judicial por parte del ginecólogo de la clínica en la que fue recibida la paciente, pese a la constatación de la existencia de una causal para la interrupción, constituyó asimismo un requisito innecesario. No existe en el marco jurídico colombiano este requisito para la realización del aborto, al punto que el propio juez al que se lo solicitó admitió que se trataba de una conducta ilegal y ordenó que se le prestara el servicio de inmediato. Se trata de un caso en el que no se usó el criterio de interpretación literal de las normas, según el cual el único requisito es el certificado médico, para proteger la salud de Claudia. Aun cuando el caso de Claudia terminó en una cesárea en detrimento de la protección de su salud, el juez reiteró la ilegalidad de la actuación del médico.

¿Se dio cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos?

Los hechos anteriores llevaron a que a Claudia no se le practicara en forma oportuna la interrupción del embarazo y a la necesidad de practicar una cesárea. Ella y su pareja debieron someterse a la presión emocional de no poder realizar la interrupción y de intentar cumplir con un requisito que los profesionales les exigieron por fuera del marco legal. Finalmente, el servicio no estuvo disponible, como tampoco los profesionales para llevarlo a cabo, afectando la calidad de la atención.

A manera de conclusión, dado que la salud de Claudia se vio afectada en sus dimensiones física y mental y que, además, ella cumplía, según los profesionales que la atendieron, con los requisitos para que se le realizara una interrupción por malformación fetal, se puede afirmar que, al verse afectado su bienestar, también la causal salud podría haber sido aplicada para interrumpir el embarazo. En todo caso, lo que queda claro es que la exigencia de requisitos no incluidos en la ley terminó por afectar la salud de Claudia y exponerla a un procedimiento más costoso y de mayor riesgo, como lo es la cesárea.

3. La decisión judicial

El compañero de Claudia interpuso una acción de tutela cuando el ginecólogo exigió una orden judicial para que ella pudiera acceder a la prestación de los servicios de IVE. Buscaba también con la tutela que se llevaran a cabo todos los exámenes que mostraran la causa de los problemas fetales, pues aspiraba a formar, con su pareja, una familia con hijos saludables.

El juez de primera instancia se declaró impedido para decidir el caso por razones religiosas. El impedimento fue negado y el juez negó la tutela aduciendo las mismas razones religiosas. Apelada ésta, el juez de segunda instancia protegió los derechos y ordenó la práctica del procedimiento.

La sentencia, en buena parte, gira en torno a las limitaciones de los jueces, en calidad de funcionarios públicos, para ser objetores de conciencia. Indicó la Corte:

«La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado —cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas—. No obstante, queda excluido alegarla cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 2º y 6º de la Constitución Nacional. (...)

En efecto, cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea —art. 230 de la Constitución—, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley —entendida ésta en sentido amplio—, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo, faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho.»

Adicionalmente se refirió la Corte a la solicitud de obtener una orden judicial elevada por los médicos. Sobre este punto enfatizó que se trataba de una violación de los derechos de las mujeres:

«Adicionalmente, encuentra la Sala que la solicitud efectuada por el médico ginecólogo encaminada a exigir orden judicial previa para proceder a efectuar la interrupción del embarazo constituye una práctica inadmisibles por entero contraria a la normatividad vigente. Es preciso subrayar, otra vez, que las entidades prestadoras del servicio de salud —sean ellas particulares o estatales, laicas o confesionales— deben abstenerse de exigir a las mujeres que optan por interrumpir su embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 un previo permiso judicial. Esta práctica resulta a todas luces inadmisibles

y se convierte en una seria y grave afrenta contra los derechos constitucionales fundamentales de la mujer que, como lo recordó la referida sentencia, han de ser garantizados y plenamente protegidos. Dicho de otro modo: no pueden elevarse obstáculos adicionales no contemplados por la sentencia C-355 de 2006 que impliquen una carga desproporcionada y arbitraria a las mujeres que se encuentren bajo los supuestos previstos en la referida sentencia pues con ello se las coloca en situación de indefensión y se desconocen sus derechos constitucionales fundamentales.»

Con base en lo anterior, la Corte decidió: (1) confirmar la sentencia de instancia que protegió los derechos de Claudia, (2) ordenar al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría, diseñar y hacer seguimiento a campañas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que ponga en conocimiento lo decidido por la Corte sobre la IVE, y (3) ordenar a la Superintendencia Nacional de Salud que ejerza sus funciones para garantizar la disponibilidad de los servicios de IVE en todo el territorio nacional.

Caso 3:

Las mujeres son las únicas que pueden decidir sobre su salud

1. Hechos⁵⁸

Adiela vivía con su segundo esposo, Carlos, en una precaria situación económica, puesto que él era el único que tenía un trabajo formal con un salario mínimo como remuneración. A su cargo estaban los 5 hijos de ambos, producto de relaciones anteriores.

A Adiela le fue diagnosticada una displasia cervical severa, y posteriormente consultó por fuertes dolores abdominales que la incapacitaban para desplazarse y trabajar. Por el diagnóstico de displasia cervical, a Adiela se le practicó una conización, luego de la cual su médico, en vista de que el tratamiento no fue suficiente, le ordenó una histerectomía abdominal. Sin embargo, la cirugía no fue realizada de manera inmediata porque el prestador de servicios le exigía cancelar una suma de dinero que resultaba para ellos imposible de pagar. Esa suma se debía cancelar porque, a raíz de su enfermedad, Adiela había dejado de trabajar y había dejado de cotizar a la empresa prestadora de servicios y, desde hacía cuatro meses, era beneficiaria de su esposo, razón por la cual no cumplía con el período mínimo de cotización.

Mientras el esposo buscaba que Adiela pudiera acceder a la cirugía que necesitaba —para lo cual interpuso una tutela— los médicos encontraron que

58 Para efectos de la descripción de los hechos se tuvo en cuenta la sentencia T-009 de 2009. Se mantienen los nombres originales, pues fueron publicados con la decisión judicial.

ella estaba embarazada. Por esta razón, quienes la atendían para la displasia cervical decidieron suspender el tratamiento indicado de la histerectomía, por considerar que éste era incompatible con el embarazo. Esta decisión no fue consultada con ella. Simplemente fue remitida a control prenatal y se le informó que el tratamiento no se realizaría. En el mismo sentido, la EPS se abstuvo de emitir la orden para la histerectomía.

Según el asegurador de servicios, el siguiente es el informe de la atención que se prestó:

«(…) al realizarse una citología se obtuvo un diagnóstico de lesión de alto grado, por lo cual se ordenó la realización de un examen denominado colposcopia o también conocido como biopsia que arrojó como diagnóstico definitivo un NIC III (Nioplasia Intrapotelial o lesión de alto grado —metoplasia escamosa— In inflamación crónica, que no se trata de cáncer).

El 10 de noviembre del año 2005 se ordena realizar el procedimiento de conización cervical, consistente en la resección de un fragmento de la cerviz o cuello cervical.

El 1° de diciembre del mismo año, los resultados de dicha conización informan que la patología de la paciente es NIC III con borde posterior comprometido y se ofrece como alternativas de tratamiento bien sea una histerectomía abdominal o una reconización. Se opta por realizar una histerectomía abdominal y se da la orden para dicha cirugía.

El 17 de enero del año 2006 la señora Adielia Orozco Loaiza consulta por ginecología una amenorrea (ausencia de menstruación). Se realiza prueba de embarazo que resulta positiva, razón por la cual se suspende la realización del procedimiento de histerectomía abdominal, y se ordena control colposcópico trimestral.

El 18 de febrero del 2006 se efectúa una colposcopia de control que revela una lesión intraepitelial (LIE) de bajo grado, pero no se toma biopsia pues la paciente estaba en el estado de embarazo.»

Finalmente, se identificó una anomalía cromosómica fetal que generó la muerte fetal secundaria, por lo que el prestador de servicios procedió a realizar un curetaje para extraer los restos fetales.

2. Análisis del caso: una lectura desde los derechos humanos

La afectación de la salud de Adiela

En el caso de Adiela se puede apreciar con claridad la forma cómo el marco de los derechos humanos, desde el cual está planteada la interpretación de la causal salud en este libro, es un marco necesario y útil para la atención de la salud en general. La situación de pobreza del hogar de Adiela, determinada entre otros factores por los bajos ingresos —un salario mínimo para siete personas y la consecuente dilación de la histerectomía por falta de recursos para un copago/cuota moderadora— refleja claramente la forma en la que las condiciones en las que viven las personas, incluidas sus condiciones materiales, afectan su estado de salud. El diagnóstico de Adiela ameritaba un procedimiento que inicialmente fue pospuesto mientras ella conseguía el dinero para pagar, pese al diagnóstico de displasia cervical severa (LEI-AG). La presencia de esta displasia implica un riesgo cercano al 22% de persistencia o progresión a cáncer invasivo cuando el tratamiento inicial ha sido insuficiente, como lo fue en este caso. (Reich 2002). Además, durante este proceso de dilación la paciente quedó embarazada.

Respecto al embarazo es importante anotar también que, durante el proceso de atención, no se atendió a la salud reproductiva de Adiela en forma integral y, al parecer, los profesionales no verificaron si la paciente deseaba o no más hijos y, en caso de no desearlos, estuviera usando alguna forma de anticoncepción para evitar el embarazo. Esto debió ser una conducta apropiada desde el comienzo de la atención, por las condiciones de pobreza y el número de hijos de la pareja, así como por su salud.

Este retraso inicial del tratamiento definitivo de la neoplasia permitió que apareciera un nuevo factor de riesgo para la salud de Adiela, el embarazo. Este embarazo se constituía no solo en una afectación de la dimensión social de la salud (por la falta de recursos materiales para afrontar el embarazo y un nuevo hijo), sino también de su salud física y mental. De la primera, porque la continuación del embarazo implicaba la suspensión del tratamiento y por ende el progreso y seguro agravamiento de su neoplasia. De la segunda, porque todo esto ponía en riesgo su salud y su vida, e incidía, por ende, en el bienestar de los cinco hijos ya nacidos, ante la posible muerte de la madre. La decisión de

suspender el tratamiento debido al embarazo no tuvo en cuenta que la salud de Adiola estaba afectada en todas sus dimensiones.

En relación con la salud física de Adiola, una mirada a la salud como estado de bienestar suponía que el médico se formulara una serie de preguntas antes de tomar una decisión tan trascendental como la de suspender un tratamiento por un embarazo sin contar con el consentimiento de la mujer. ¿Qué tan probable era que el embarazo agravara su enfermedad? ¿Se constituía el embarazo en un imperativo para suspender o iniciar un tratamiento, como de hecho sucedió en este caso? y, ante todo ¿Qué tanto riesgo estaba ella dispuesta a correr al dejar de recibir el tratamiento? En el caso del diagnóstico de NIC III, es claro que la dilación del tratamiento se constituía en un factor de riesgo. Si bien durante el embarazo cerca del 90% de las lesiones displásicas cervicales permanecen estables o desaparecen (Robaya 2005), sigue existiendo un riesgo de progresión de la lesión a un estado invasivo que puede ser de hasta del 10% según las diferentes series (Kaplan 2005, Robaya 2005), situación que implicaba al menos la necesidad de un tratamiento mucho más invasivo que si se hubiese tratado la lesión inicial. Teniendo en cuenta estas cifras, es aceptable y recomendado, para la mujer que así lo desee, continuar el embarazo y postergar el tratamiento, manteniendo un estricto control colposcópico periódico. Es evidente que la mujer que acepta esta alternativa está asumiendo un riesgo que, por supuesto, ninguna mujer está obligada a correr.

Más aún, a pesar de la alta tasa de resolución de las lesiones durante el embarazo y el postparto que justifica el manejo expectante, se ha reportado una tasa de recidiva de las lesiones de alto grado que se manejaron conservadoramente y que de hecho se resolvieron en el postparto inmediato (Kaplan 2005).

La conducta adoptada respecto de Adiola, ordenar un seguimiento colposcópico trimestral, indicaba lo siguiente: 1. El riesgo de progresión de la lesión, a pesar de ser bajo, estaba presente; 2. Independientemente de lo que la paciente quería, se le estaba exigiendo que, para recibir la terapia recomendada, debía asumir un riesgo grave (presencia de la progresión de la lesión a un estado invasivo), y no se le reconoció el derecho a interrumpir su gestación y continuar con el tratamiento, porque se trataba de un riesgo probabilísticamente bajo (posibilidad de progresión a una displasia severa), pese a que, en aras de la protección de la salud, era imperativo protegerla ante cualquier riesgo, sin importar su magnitud.

Por estas razones, las barreras económicas que enfrentó Adielia para completar el tratamiento de su neoplasia, sumadas a la aparición del embarazo no planeado y posterior suspensión definitiva del tratamiento que estaba esperando, afectaron el bienestar y la salud de la mujer en sus tres dimensiones, afectación que se agravaba porque para la pareja resultaba decisivo que ella recibiera en forma oportuna el tratamiento. Las alternativas adoptadas no permitieron que se le asegurara a Adielia su salud, entendida esta como el más alto nivel posible de bienestar, ni que se le garantizaran las condiciones de acceso oportuno a los servicios.

Los principios de los derechos humanos y la afectación de la salud

68

La decisión de los médicos de suspender el tratamiento (la histerectomía) de Adielia en forma definitiva en razón del embarazo, vulneró los principios de respeto y protección. Esta vulneración se expresó en la presencia de una intervención arbitraria en el goce del derecho a la salud de Adielia y, por conexión, en el goce del derecho a la vida (riesgo de muerte por la neoplasia sin tratamiento). Esta decisión, por otra parte, no contó con la voluntad de la mujer, haciendo que se vulnerara el libre desarrollo de su personalidad y su autonomía.

Es importante anotar que, además de los profesionales, la EPS, al abstenerse de emitir la orden para el procedimiento, hizo parte de la cadena de violación de estos principios como entidad con funciones delegadas por el Estado en relación con la gestión del riesgo de las personas y la garantía de prestación de los servicios. Desde la perspectiva de la causal salud, la EPS tenía la obligación de impedir el riesgo que para la salud de Adielia implicaban las decisiones adoptadas por los médicos. Todo lo anterior llevó a que a Adielia no se le ofreciera el acceso efectivo —violando el principio de cumplimiento— a los servicios legales y seguros de interrupción del embarazo, pese a que se había configurado en su caso la causal salud, y a que no se le realizara la histerectomía que era el tratamiento más indicado.

El respeto, la protección y el cumplimiento implicaban que nadie, en este caso los médicos y la EPS, podían tomar decisiones trascendentales sobre el proyecto de vida de Adielia, y mucho menos si éstas eran contrarias a su voluntad.

Ética en la atención

El tema central del caso de Adiola es el respeto de su autonomía, ésta como eje vertebral de una atención ética y como un elemento crucial para proteger su salud y respetar sus derechos. Dos decisiones tan trascendentales como la de suspender un tratamiento a costa del riesgo para la salud y la vida de la paciente, así como la continuación de un embarazo no planeado, con sus implicaciones no sólo para la salud sino para el proyecto de vida, no pueden ser adoptadas sin el consentimiento de la mujer. Desde una perspectiva de la causal salud, las mujeres son las únicas que pueden definir cuánto riesgo están dispuestas a correr como consecuencia de un embarazo que, como en el caso de Adiola, por la suspensión inminente del tratamiento, implica riesgo para la salud.

De acuerdo con la causal salud, los médicos no deberían haber suspendido el tratamiento y remitirla al control prenatal, ni la EPS debería haberse abstenido de emitir la orden, pues en sus decisiones deberían haber tomado en cuenta las perspectivas, deseos y necesidades de Adiola. Con su conducta le impusieron la continuación del embarazo y la enfermedad sin tratamiento como destino, como proyecto de vida. Una alternativa diferente hubiera tenido en cuenta si ella estaba dispuesta a soportar el avance de la enfermedad, si estaba dispuesta a soportar un nuevo embarazo que, además de afectar su salud física —por la suspensión del tratamiento— y mental —por la presencia de las malformaciones— afectaba su dimensión social —por la imposición de una carga económica desproporcionada para una mujer sin ingresos propios y para una familia pobre, y por la imposición de un «riesgo» de muerte a una mujer, madre de cinco hijos—. No se respetó su autonomía ni se contó con su consentimiento, que es un requisito básico de la atención, especialmente cuando se trata de una intervención o la suspensión de un tratamiento, en cuyo caso la mujer debe ser la voz definitiva, pues están en riesgo su salud y su vida.

Por otra parte, desde el punto de vista ético, la causal salud implica que se eviten los daños deliberados a la salud y al cuerpo de las personas, y ninguno de ellos se evitó con las decisiones adoptadas por los profesionales. De hecho, se puede afirmar que no se respetaron los deberes éticos de la no maleficencia ni la beneficencia, puesto que la ausencia de tratamiento oportuno y la continuación forzada del embarazo generaban riesgos para la salud de Adiola, imponían sufrimiento e implicaban una incapacidad potencial.

¿Se dio cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos?

De acuerdo con el marco de los derechos humanos a Adiola se le afectó la garantía del derecho a la salud y otros derechos como la vida y la autonomía, principalmente por el incumplimiento de uno de los componentes de esta garantía: la accesibilidad, puntualmente la accesibilidad económica, al permitir que su capacidad de pago determinara que, en una primera instancia, se retrasara la histerectomía. Una vez que aparece el embarazo, sus derechos se afectan porque no se cumplen los principios desde los cuales se deben aplicar las normas, especialmente el de protección, al no impedir el Estado que terceros intervinieran arbitrariamente —y sin considerar sus deseos— en su salud, suspendiendo el tratamiento de la neoplasia y obligándola a continuar con un embarazo no planeado con riesgo para su salud.

Se afectó también el respeto a su autonomía al no considerar a Adiola como una persona con plena capacidad para tomar decisiones sobre su salud y su vida, con plena capacidad para determinar cuánto riesgo estaba dispuesta a correr, e imponiéndole, sin su consentimiento, la suspensión del tratamiento y la continuación de un embarazo que, sin lugar a dudas, era constitutivo de IVE por la causal salud, a fin de que se hubiera podido recibir oportunamente tratamiento para la neoplasia.

3. La decisión judicial

El esposo de Adiola interpuso la acción de tutela para que ella pudiera acceder a la histerectomía, cuando ésta fue negada por razones económicas. El juez de primera instancia concedió el amparo por esta causa. Posteriormente se detectó el estado de embarazo y, aun cuando ya se había ordenado la cirugía, fueron los médicos quienes suspendieron el procedimiento. El juez de segunda instancia revocó la decisión de primera instancia, y negó la protección de los derechos de Adiola. A su juicio, el esposo de Adiola no podía presentar la tutela porque si ella había tenido relaciones sexuales —hecho evidenciado por su estado de embarazo— decía entenderse que estaba perfectamente sana. De otro lado, el juez señaló que no era procedente ordenar la histerectomía, porque ella se encontraba en estado de embarazo.

Durante el tiempo en que se atendió el caso fue adoptada la sentencia C-355 de 2006. Sin embargo, la Corte estimó que el caso debía ser considerado a la luz de las reglas de esa decisión porque, si bien Adiola había tenido un aborto espontáneo, la imposición del criterio médico que anulaba por completo su voluntad había afectado su dignidad, y tal afectación subsistía.

Consideró la Corte que el problema jurídico que debía resolver era: *«¿Puede un Juez negar o suspender un tratamiento médico que es importante para la vida y la salud de una mujer cuando éste implica la interrupción del embarazo?»* La Corte de manera expresa indicó que, en el caso concreto, resultaba plenamente aplicable la causal salud. Indicó que, en el marco de la despenalización de la interrupción del embarazo decidido en la sentencia C-355 de 2006, las mujeres son las únicas que pueden decidir si quieren interrumpir un embarazo o continuar con él. En el caso de Adiola, por el contrario, se había anulado su autonomía:

«En el caso de Adiola Orozco Loaiza todos aquellos que participaron en su proceso para acceder a los servicios de salud que requería, decidieron por ella: los profesionales de la salud que ordenaron suspender el tratamiento médico para que continuara el embarazo, la EPS que no autorizó el procedimiento y el juez de tutela que denegó el amparo, entre otros, para garantizar la continuación del embarazo. Con todo, de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 es únicamente ella quien tiene la facultad de decidir si continuar o interrumpir el embarazo, cuando éste representa riesgo para su vida o su salud y un médico así lo ha certificado. (...)»

La Corte entendió que en el caso de Adiola se había vulnerado su derecho a la dignidad, puesto que otros habían adoptado decisiones trascendentales para su proyecto de vida:

«No ser tratado como un objeto sobre el cual otros toman decisiones trascendentales para el proyecto de vida de la persona, en este caso la mujer, hace parte del derecho a la dignidad humana. Una decisión de tan alta importancia como la de interrumpir o continuar un embarazo, cuando este representa riesgo para la vida o la salud de la mujer, es una decisión que puede adoptar únicamente ella, bajo su propio criterio y dentro del respeto de las reglas vigentes, ya que será quien deberá soportar las consecuencias que se deriven de dicha decisión.»

Si bien las condiciones de salud de la accionante han sido superadas, se constata la amenaza de su derecho a la dignidad humana derivada de la imposición de la continuación del embarazo sin permitirle decidir al respecto, por lo que se le informará, de manera preventiva, que como sujeto de derechos constitucionales, en ejercicio de su dignidad humana decidirá por sí misma en casos futuros.»

Por esta razón ordenó, en la parte resolutive, que a Adiela se le comunicara la sentencia y se le informara que, en Colombia, ella tenía un derecho constitucional a decidir sobre la continuación de su embarazo cuando este afectaba su salud:

«Así, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará la comunicación de esta sentencia a Adiela Orozco Loaiza, y así mismo, que se le informe que a partir de la sentencia C-355 de 2006 la decisión de interrumpir o continuar el embarazo cuando éste ponga en riesgo su salud física o mental, o su vida, y en los demás casos previstos en esa sentencia, depende únicamente de su voluntad, dentro del respeto de las reglas vigentes, sin que la continuación o interrupción del embarazo pueda serle impuesta por un profesional de la salud, IPS, EPS o autoridad judicial.»

En esta decisión no se abordó la posibilidad de que ella pudiera recuperarse de la enfermedad una vez diera a luz, como un criterio para definir el alcance de la autonomía. Más allá de que esto fuese una posibilidad, el acento fue puesto en la autonomía para decidir cuánto riesgo para la propia salud quería correr y la protección de esa decisión, aún cuando el riesgo no fuera severo.

Caso 4:

Malformación fetal y salud de la mujer

1. Hechos⁵⁹

Yolanda es compañera de José desde hace trece años y tienen tres hijos de 11, 8 y 6 años; conforman una familia de bajos ingresos y su afiliación al sistema de salud es a través del régimen subsidiado, clasificada en el nivel 1 del SISBEN.

Cuando tenía 5 meses de embarazo acudió a una ecografía de control en la que le diagnosticaron anencefalia al feto. Se explicó en este examen:

«Existe feto único vivo. Longitudinal podálico con dorso a la izquierda. Partes fetales se observa anencefalia, defecto de la pared muscular anterior del abdomen, líquido amniótico y cordón umbilical normales. Movimientos fetales y fetocardia positiva en el momento del examen. LF: 3.1 cm. Placenta corporal anterior grado I. Grosor normal sin signos de desprendimientos ni placenta previa. OPINION: Embarazo de 19 semanas, por LF. Feto único vivo. Anencefalea Gastrisquisis?».

Ella decidió acudir a un radiólogo particular, pagado con sus propios recursos para practicarse una nueva ecografía y tener una segunda opinión. El resultado de esta ecografía confirmó el diagnóstico en los siguientes términos:

«Embarazo de sexo femenino situación longitudinal presentación podálica con el dorso posterior con múltiples malformaciones congénitas: Anencefalia, cardiomegalia con cardiopatía congénita y dextrocardia, defecto en la pared

59 Para efectos de la descripción de los hechos se tuvo en cuenta la sentencia T-171 de 2007 de la Corte Constitucional. En este caso se mantuvieron los nombres originales de la decisión, porque se trata de una mujer mayor de edad, respecto de quien no se estableció ninguna protección en la decisión judicial.

anterior del abdomen (gastrosquisis). El bdp no se puede medir debido a que no tiene cerebro. Lalf de 3.6 cm para 20.5 semanas. La placenta anterior no previa grado i. Liquido amniótico y cordón umbilical normal. Cérvix uterino de 3.9 cm cerrado. Opinión: femenino de 20.5 semanas por lf. Anencefalia gastrosquisis.»

Yolanda discutió con su compañero el diagnóstico y, teniendo en cuenta las múltiples malformaciones y las pocas posibilidades de que sobreviviera, decidieron interrumpir el embarazo. Ella manifestó la angustia y la preocupación que le producía esta situación: «(...) debido a la noticia de la malformación de mi bebé y la seguridad de que no tiene esperanzas de sobrevivir, me he sentido agotada, angustiada, se ha deteriorado mi salud y además se pone en riesgo mi vida».⁶⁰ Sobre su voluntad de interrumpir el embarazo, explicó, «sí lo deseo, porque los médicos me han dicho que si nace es probable que no viva y es muy difícil para yo mantener una criatura así, ya que yo trabajo en Ureña y vivo en Cúcuta, tengo tres hijos, quién me los va a cuidar si llega a vivir con la enfermedad que sufre(...)».⁶¹ También el esposo de Yolanda afirmó, «Siempre y cuando no peligre la vida de Yolanda acepto que se haga el aborto, porque el niño según los médicos está en mal estado en el vientre, que no tiene figura, no tiene cerebro, no tiene una parte del abdomen y la columna torcida.»⁶²

Los médicos que la atendieron le dijeron verbalmente que la situación del feto era incompatible con la vida pero que, para practicar un aborto, debía interponer una tutela. Según sus propias palabras, le dijeron que «no la tocaban» hasta que no tuvieran la sentencia en la mano. Sin embargo, se abstuvieron de anotarlo en la historia clínica y de ordenar el procedimiento por escrito, por lo que Yolanda nunca acudió a la EPS por la orden para la IVE y ésta nunca intervino para gestionar el servicio. Presentó directamente una acción de tutela.

Mientras Yolanda y su esposo buscaban que se ordenara la interrupción, el embarazo siguió avanzando. Durante el proceso de tutela se solicitó conformar una Junta Médica que indicara el procedimiento que debía seguirse en ese caso, y la recomendación fue esperar hasta el término del embarazo y ofrecer apoyo psicológico. Precisó la recomendación de la junta:

60 Declaración expresada en los hechos de la tutela.

61 Declaración rendida ante el juez de primera instancia.

62 Declaración rendida ante el juez de primera instancia.

«Dejar llegar (sic) el embarazo al término (más o menos 37 semanas) manejan-dola por consulta externa de alto riesgo, solicitar el apoyo psicológico y luego desembrazar, ya que cursa en este momento, según ecografía realizada el 07 de diciembre de 2006, con una edad gestacional de 29 semanas +/- 2; en eco anterior, realizada el 20 de septiembre, reportó 20 semanas en ese momento y al transporlarlo al día de hoy serían 32 semanas y media.»

Finalmente, Yolanda fue sometida a una cesárea de emergencia dos días después. El feto apenas vivió unos minutos: «producto único de sexo masculino, peso 1.400 g, talla 35 cms, perímetro cefálico 23 cms, con Anencefalia, labio leporino, paladar hendido bilateral, onfalocele. Apgar al 1 minuto 2/10; a los 5 minutos 2/10; falleció.» Se le ofreció tratamiento con Metrodinazol más Nistatina óvulos para una leucorrea⁶³ y se remitió a valoración por psiquiatría. En esta valoración se determinó que Yolanda «se encuentra gozando de buen estado de salud mental» y «se encuentra sin alteraciones físicas» y no se continuó con tratamiento por esa especialidad. Finalmente fue citada un mes después para realizar una citología.

2. Análisis del caso: una lectura desde los derechos humanos

La afectación de la salud de Yolanda

El caso de Yolanda nos permite entender hasta qué punto la salud es un concepto integral y cómo la afectación de una de sus dimensiones tiene el potencial de afectar a las otras. La aplicación de la causal salud supone que se produzca un riesgo que, en el caso de Yolanda, fue la malformación fetal que afectó su salud física, mental y social.

Este embarazo, con profundas implicaciones para su salud física y mental, constituía ante todo, en palabras de Yolanda, una afectación de la dimensión social de su salud. Los profesionales que la atendieron deberían haber considerado las precarias condiciones socioeconómicas de esta familia (5 personas viviendo con bajos ingresos, en estrato socio-económico 1, y afiliación al régimen subsidiado),

63 No se especifica en la historia nada sobre la leucorrea.

así como las dificultades que suponía para ella la continuación de un embarazo que ponía en riesgo su salud, pues con su enfermedad —o su muerte— se hubiera afectado el bienestar de los hijos ya nacidos y agravado la precariedad de vida en el hogar. Adicionalmente, si este nacimiento hubiera significado la dedicación de un enorme tiempo de cuidado en virtud de las múltiples malformaciones que le fueron diagnosticadas al feto, esto hubiera implicado que ella tuviera menos tiempo para el cuidado de los demás hijos, así como para buscar un empleo remunerado fuera del hogar. Yolanda tenía una idea clara de que este embarazo suponía una afectación de su proyecto de vida, tanto en el transcurso del embarazo como posteriormente, de haberse producido la supervivencia del neonato.

Este es un caso claro en el que la mujer, después de recibir la información sobre su situación y los riesgos del embarazo, considera que no está dispuesta a correr el riesgo presente y futuro implícito en su continuación. Por otra parte, tenía claridad de que su embarazo estaba incurso en dos de las causales por las que el aborto en Colombia está permitido y, especialmente, reconocía que su salud estaba afectada.

Por otro lado, la anencefalia del feto se constituía en un riesgo para la salud física y mental de Yolanda. En cuanto a la salud física, diversos estudios confirman que el polihidramnios puede producir complicaciones respiratorias en la mujer, así como también hipotensión postural y desprendimiento prematuro de la placenta, entre otras.⁶⁴ «Concomitantemente con la anencefalia se ha descrito un cuadro muy parecido al abdomen agudo, que ha cursado con embolia de líquido amniótico y presencia de coagulación intravascular diseminada. Estos problemas médicos se presentan con hemorragia severa y obligan al profesional tratante a tomar decisiones de emergencia, pues la gestante se encuentra en peligro de muerte».⁶⁵ La afectación de la salud pudo llegar a ser tan severa como para poner en riesgo la vida de la mujer, por lo que está claro que los casos de anencefalia constituyen una causal salud.

Por otra parte, en el proceso de dilación de la atención, Yolanda debió ser sometida a una cesárea de urgencia que, de nuevo, implicaba riesgos para

64 Távara, L., «La anencefalia como indicación médica para interrumpir el embarazo», *Rev Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 2006;52(1):40-45.

65 Award IT, Sorteen GD. «Embolia de líquido amniótico y coagulopatía aislada: presentación atípica de embolismo de líquido amniótico», *Eur J Anaesthesiol*. 2001;6:410-3, op. cit.

su salud. Por último también la dimensión mental y emocional de la salud de Yolanda se vio afectada con este embarazo, tal como lo reconoce la bibliografía médica sobre lo que le sucede a las mujeres con embarazos que cursan con malformaciones fetales, más aún si estas son múltiples y severas. Es así como Yolanda reporta angustia y agotamiento a partir del diagnóstico, y que éstos se agravan con la sensación de que su vida y su salud están en riesgo. El no interrumpir el embarazo de Yolanda bajo la causal salud llevó a que tuvieran que intervenirla de urgencia y a someterla un sufrimiento adicional: el de soportar el nacimiento de un feto polimalformado y que sobrevivió únicamente cinco minutos. La malformación redundó así en afectación de la salud de Yolanda en sus dimensiones física, mental y social y, al mismo tiempo, sus condiciones sociales agravaron su situación emocional.

Los derechos humanos y la afectación de la salud

En el caso de Yolanda, los profesionales que le brindaron la atención vulneraron su derecho a la información así como su derecho a estar libre de tratos crueles e inhumanos. En primer lugar, se vulneró su derecho a acceder a una información clara, completa y veraz. Los médicos no le explicaron en forma transparente el procedimiento administrativo que debería haber seguido (solicitar una orden a la EPS para la interrupción) sino que, por el contrario, le indicaron que debería interponer una tutela, brindándole una información errónea que no correspondía al marco legal del aborto en Colombia. No protegieron su derecho a interrumpir legalmente el embarazo, interrupción que pudo justificarse argumentando malformación fetal incompatible con la vida, o bien la causal salud.

En segundo lugar, no se consignaron en la historia clínica, con veracidad, las conductas adoptadas respecto a Yolanda (pedirle que interpusiera una tutela), ni las recomendaciones que le fueron hechas (la interrupción del embarazo) en forma verbal. La historia clínica es una herramienta legal y administrativa que los profesionales tienen la obligación de manejar en forma idónea para favorecer la protección de la salud de la mujer y, de esta manera, cumplir con la prestación del servicio. La omisión de información en la historia impidió también que la mujer fuera atendida por algún otro profesional quien, al haber leído la indicación de IVE, podría haberla practicado.

Estas fallas en la información generada por los profesionales rompieron el vínculo entre la usuaria y el asegurador, pues sometieron a Yolanda a tener una relación exclusiva con el proveedor y no con la EPS como garante de la prestación del servicio. Esto reflejó también la falla de la EPS en su deber de cuidar activamente la salud de Yolanda, por no contar con mecanismos de control de calidad de la prestación del servicio que contrató para garantizar la atención de una de sus afiliadas. Esta situación se tornó aún más delicada por cuanto existía el derecho legal a interrumpir el embarazo, lo que podría haber evitado las complicaciones relacionadas con la continuación del mismo. La obligación de cuidado activo de la salud de las mujeres incluye la prestación de servicios de calidad para el acceso a la interrupción del embarazo. Calidad entendida en una acepción contemporánea, que incluye no sólo los aspectos técnicos de los servicios médicos, sino también las relaciones interpersonales.⁶⁶

78

Adicionalmente, la violación del derecho a la información se relaciona en este caso con la violación del derecho a no ser sometido a tratos crueles, y ambos con el derecho a la salud. Obligar a Yolanda a enfrentar la situación del nacimiento y muerte inmediata de un feto severamente polimalformado, así como la continuación forzada de un embarazo, sometió a esta mujer a un doble sufrimiento: el de soportar el riesgo y sufrimiento propios de este tipo de embarazo, y el de soportar la muerte del hijo nacido y tener que enfrentar los trámites burocráticos del nacimiento y la muerte. Estas consideraciones deberían haber sido hechas por los profesionales que atendieron a Yolanda a fin de evitarle el sufrimiento desproporcionado que implicaba vivir como un «ataúd ambulante».⁶⁷

Atención y ética

Desde el punto de vista ético, hubo dos elementos en juego en el caso de Yolanda. El respeto a su autonomía, y los deberes de no maleficencia y de

66 Bruce J., «Quality of care. Fundamental elements of the quality of care: A simple framework», publicado originalmente en: *Studies in Family Planning*, 1990: v 21 N° 2: 61-91.

67 La autora brasilera Débora Diniz ha descrito a las mujeres que son obligadas a continuar hasta el final un embarazo que cursa con anencefalia —clásica malformación incompatible con la vida— como «ataúdes ambulantes». Estas mujeres soportan además un sufrimiento desproporcionado que se ha catalogado incluso como una forma de tortura.

beneficencia. El hecho de no observar ninguno de estos llevó a fallas en la calidad de la atención.

En cuanto al respeto a la autonomía de la mujer, los médicos que atendieron a Yolanda desconocieron el hecho de que, después de recibir la información sobre su diagnóstico, ella y su pareja tomaron la decisión de ejercer su derecho a la interrupción legal del embarazo, pues no querían poner en riesgo su salud y su vida, presente y futura. No se atendió la voluntad de la mujer cuando decidió que ese embarazo representaba un sufrimiento mucho mayor del que ella estaba dispuesta a soportar.

En cuanto al deber ético de la no maleficencia, que indica no hacer daño deliberadamente y, en este caso concreto, no impedir el acceso a la IVE, tanto la imposición del requisito de la tutela como la recomendación de que llevara a término el embarazo cuando en el proceso de tutela se solicitó el concepto de una junta médica, terminaron convirtiéndose en barreras para la atención oportuna, y obligaron a la mujer a continuar un embarazo que causaba daño a su salud al generar sufrimiento y angustia y que, además, terminó en un procedimiento de urgencia. En esta misma línea, los médicos no ofrecieron un servicio de calidad al no consignar el diagnóstico por escrito, no consignar por escrito la IVE que le recomendaron verbalmente, y ocultar la solicitud de la tutela haciendo su acceso al servicio mucho más difícil. Análogamente, cuando se conformó la junta médica en el proceso de tutela, recomendaron llevar a término el embarazo, aún cuando todos sabían que la causal salud era aplicable y que el feto no sobreviviría.

Habiéndose configurado la causal salud y también la causal de malformación fetal incompatible con la vida, los médicos tendrían que haber cuidado mejor a la mujer, practicando la IVE y preservando de esta manera el deber ético de la beneficencia.

Los criterios de interpretación

La solicitud por parte de los médicos de una tutela para realizar la IVE se convirtió, en el caso de Yolanda, en la imposición de un requisito desproporcionado, pues llevó a la mujer a enfrentar una terminación urgente del embarazo por cesárea (además de obligarla a los trámites por el neonato fallecido), y en la

imposición de un requisito no previsto en las normas colombianas. A la tutela se sumó la realización de una junta médica, convocada dentro del marco del proceso de tutela después de que el diagnóstico de anencefalia, calificada por excelencia como una anomalía incompatible con la vida humana, ya había sido emitido. No era necesario, ni a través de la tutela, ni a través de la junta, determinar que se incurría en la causal de malformación fetal incompatible con la vida, pues esto es lo propio de la anencefalia. Por otra parte, no era necesaria la junta cuando este embarazo configuraba la causal salud por afección de todas sus dimensiones. Esta constatación no era necesaria ni para los médicos, ni para el juez, ni para la EPS.

De acuerdo con la causal salud, cuando una mujer ve afectada su salud, el embarazo puede ser interrumpido sin importar el origen de la afectación. Y, en este caso, a falta de una, coexistían dos causales para la interrupción. Por tanto, si la tutela tenía como finalidad confirmar la aplicabilidad de la causal de malformación —pese a que esta duda era en sí misma una negligencia médica— debería haberse aplicado la causal salud, siguiendo el principio *pro homine*, según el cual debe ser aplicada la causal que imponga menos requisitos o implique una menor carga para la mujer.

¿Se dio cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos?

En el caso de Yolanda no se cumplieron las obligaciones de derechos humanos, y particularmente la obligación del sistema de salud —representado por los médicos y la EPS— de proteger su salud. La anencefalia, sumada a las condiciones de vida de esta mujer, constituía un claro riesgo y, de hecho afectó su salud, configurando así un caso de esta causal. La cadena de hechos que terminaron en una cesárea de emergencia refleja que no se cumplió con la obligación de disponer de los servicios para los casos de IVE que se ajustan a las excepciones establecidas por la ley en Colombia, y que no se crearon las condiciones necesarias para favorecer un acceso oportuno y de calidad. Más aún, Yolanda terminó siendo sometida a un sufrimiento desproporcionado y a un trato inhumano.

3. La decisión judicial

Yolanda interpuso la acción de tutela para que se ordenara la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. El juez al que le fue repartido el caso se declaró objetor de conciencia y su objeción fue acogida por su superior, razón por la cual el caso se trasladó a otro juez. Este segundo juez ordenó numerosas pruebas y declaraciones. Sin embargo, negó el amparo por considerar que no existía orden de ningún médico de interrumpir el embarazo, ni una certificación escrita que permitiera aplicar esta causal.

La Corte Constitucional, por su parte, decidió no adoptar una decisión de fondo porque, para el momento en que debía decidir, ya se había practicado la cesárea y había una carencia de objeto. Señaló esa Corporación:

«5. En suma, la Corte constata que en el caso estudiado ha cesado la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales comprometidos, y por lo tanto, la acción de tutela carece de objeto, en la medida en que bajo estas nuevas condiciones no existe una orden a impartir ni un perjuicio que evitar. En tal sentido, la Corte confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta que resolvió la acción de tutela promovida por Yolanda Pérez Ascanio en contra de SALUDVIDA y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, este último vinculado en sede de revisión.»

La Corte advirtió que en todo, para el futuro, debía aplicarse la regulación del Ministerio de Protección Social adoptada durante el lapso de tiempo durante el cual Yolanda buscaba la IVE:

«Si bien durante la resolución del presente caso no existía la regulación para la práctica del aborto en las circunstancias despenalizadas⁶⁸, debe la Corte resaltar que el 13 de diciembre de 2006, el Ministerio de la Protección Social expidió el Decreto 4444 de 2006 mediante el cual se reglamenta la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva. En particular, el acceso de las mujeres gestantes a la atención en salud en los casos en que resulte aplicable

68 Al respecto no está de más aclarar que la sentencia C-355 de 2006 estableció lo siguiente: *«Para todos los efectos jurídicos, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por ésta protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno.»*

la interrupción voluntaria del embarazo de acuerdo con la despenalización del aborto prevista en la sentencia C-355 de 2006. En tal sentido, a través de la Resolución 4905 de 2006, el Ministerio de la Protección Social adoptó la norma técnica para la Interrupción Voluntaria del Embarazo: “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud» de la Organización Mundial de la Salud.»

Esta fue la primera oportunidad en la que la Corte Constitucional debió decidir en un caso concreto la aplicación de la sentencia C-355 de 2006. Dos de los tres magistrados que conformaban la sala de tutela del caso de Yolanda habían salvado el voto en la C-355 de 2006.

Con posterioridad a esta decisión, la jurisprudencia constitucional, enfática y reiteradamente, ha considerado que, aún si cuando en el momento en que se decide la tutela la mujer ha superado el embarazo, la Corte conserva la facultad de decidir sobre la violación de los derechos de las mujeres.⁶⁹ Asimismo ha decidido que en ningún caso los jueces de tutela pueden declararse objetores de conciencia para abstenerse de decidir sobre la violación de los derechos de las mujeres cuando se les niega el servicio de interrupción voluntaria del embarazo, ni pueden adoptar decisiones en esta materia con base en sus creencias personales por sobre los derechos constitucionales de las mujeres.⁷⁰

69 Ver, entre otras: Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 2008, Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2008, Corte Constitucional, sentencia T-009 de 2009, Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009.

70 Ver, entre otras: Corte Constitucional, sentencia T-009 de 2009, y Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2009.

Caso 5:

Afectación de la salud por violencia sexual

1. Hechos⁷¹

Mariana, de 14 años, vivía con su mamá, su padrastro y sus dos hermanas menores, fruto de esta segunda unión. Su familia era de nivel socioeconómico bajo. El padrastro de Mariana abusó de ella sexualmente, y ella resultó embarazada. Cuando la mamá de Mariana, que es enfermera, supo del abuso, denunció a su compañero, lo sacó de la casa, y solicitó una orden que le impidiera acercarse a ellas mientras cursaba la investigación.

Mariana vivía en Mar del Plata, Argentina. Allí el aborto es legal cuando existe riesgo para la vida o la salud de las mujeres y cuando *«el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto»*.⁷²

Una vez interpuesta la denuncia penal del abuso, Mariana recibió atención psicológica como parte de la evaluación de su estado de salud y para efectos de recopilar testimonios sobre los hechos. Inicialmente recibió atención de

71 Para efectos de la descripción de los hechos se tuvieron en cuenta las sentencias del Tribunal de Menores N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata y de la Sala II Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata dentro del proceso de O. M. V. La sentencia no revela el verdadero nombre de la menor involucrada en el caso.

72 Artículo 86: *«(...) El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.»*

una perito sicóloga, a quien le manifestó su deseo de interrumpir el embarazo cuando contaba con 9 semanas de gestación. Lo mismo manifestó a su madre, quien apoyó su decisión. La madre acudió a un hospital privado (Hospital Privado de Comunidad), cuyo Comité Ético rechazó esta solicitud, aduciendo que se requería una orden judicial para practicar el aborto.

En las evaluaciones iniciales, se explicó que la menor se encontraba: *«trasvasada por el dolor y el sentimiento de angustia que le provocara lo vivido, habiéndole manifestado la menor en términos categóricos su negativa a asumir su maternidad, con palabras tales como “yo no lo quiero tener”».*

La mamá de Mariana inició un proceso para obtener la orden judicial. El estado de angustia de Mariana se fue profundizando, e indagó por alternativas que le permitieran interrumpir el embarazo, buscando esta ayuda por fuera de los servicios de salud.

84

Debido a la preocupación por el deterioro de la salud de su hija, la mamá de Mariana acudió con ella a otro hospital, en esta oportunidad un hospital público, para solicitar la interrupción del embarazo. Allí fue atendida por el jefe de obstetricia, quien le indicó que no era legal la interrupción del embarazo por violencia sexual en Argentina si la mujer no es *«idiota o demente»*, y que la causal salud no resultaba aplicable, salvo que acudiera con una orden judicial.

Durante la búsqueda de una orden judicial para lograr la interrupción del embarazo se obtuvieron varias declaraciones de expertos con el fin de constatar la situación de la menor. En la evaluación que presentó la trabajadora social del Tribunal, ésta resaltó la inclinación de Mariana por buscar una solución para el embarazo por fuera de los servicios de salud e indicó que Mariana tenía completa claridad sobre su deseo de no continuar el embarazo: *«...“la menor no quiere tener el bebé” (sic), reconociendo haberle preguntado a su madre respecto a algunas conductas para poder terminar con su embarazo. Que “quiere un aborto” (sic), agregando que conoce en qué consiste esa práctica, y se niega rotundamente a la posibilidad de llevar adelante la gestación de su hijo, dar a luz al mismo y entregar posteriormente al niño en adopción, conforme le fuera preguntado por la suscripta. Surge asimismo de la citada audiencia que la menor expresara “que no quiere tener a ese hijo porque no lo eligió, no lo quiere tener a esta edad, ni con una persona que no eligió” (sic), encontrándose verdaderamente agobiada.»*

La menor fue evaluada nuevamente dentro del marco del proceso judicial por una psicóloga especialista. Sobre el impacto de la gestación en su vida, la menor indicó que: *«quería cambiar de escuela y que no quiere salir a la calle. Manifestó estar cansada de venir al Tribunal y andar de un lado a otro y no recibir respuesta, que le den una solución para que termine su actual sufrimiento. También pensó en lo complicado para sus hermanas S. de 4 años y E. de 3 años, que son hijas de V. Cómo les dirá que su hijo por nacer es hermano de las niñas por parte de su padre y sobrino por parte de ella.»*

A juicio de la profesional, la menor tenía los síntomas de estrés postraumático⁷³ y necesitaba que la situación se definiera prontamente: *«Cabe señalar que la misma Psicóloga considera necesario definir prontamente el caso, por el tiempo de gestación para que, en caso que se resuelva a favor de la niña tenga la posibilidad de realizar una vida normal, una vez elaborado el trauma padecido, tratando de superar sus recuerdos y sus pérdidas.»*

Varios profesionales del hospital privado que se negaba a prestar los servicios de interrupción sin una orden judicial presentaron una intervención en el proceso, en la que también coincidieron en la situación de angustia de la menor: *«(...) consideran que M. V. es ya una paciente en riesgo psíquico, con una fragilidad estructural agravada por el trauma, la no respuesta a su deseo, y la imposición de que acepte un embarazo que rechaza. También se puede inferir el riesgo al acting, buscando una solución que ella no siente que se le ofrezca en el ámbito que la solicita. Es previsible, que a medida que el tiempo de gestación avance, este riesgo de desborde se incrementa. En esta instancia, el derrumbe psíquico es un hecho que expone a la menor a una patología psiquiátrica severa irreversible.»*

Finalmente, los jueces ordenaron que se interrumpiera el embarazo en un hospital público. No existe registro sobre la semana en la que se llevó a cabo de manera efectiva la interrupción.

73 La sentencia señala, sobre este punto, explicando el dictamen de la psicóloga: *«Sobre su mamá expresa que dice lo que ella piensa porque no quiere hablar más, depositando en ella las decisiones para evitarse el agobio de esas verdades que se le hacen insostenibles a la hora de exponerlas y confusas al tener que sostenerlas, característico (manifiesta la Lic. Malbrán) de una situación de estrés postraumático. // Asimismo agrega la Perito Psicóloga que M. V. para hablar del abuso utiliza la construcción de un sueño que le permite el uso del mecanismo defensivo de la disociación, evitando la unión del sentir con el hecho, característico de estos casos.»*

2. Análisis del caso: una lectura desde los derechos humanos

La afectación de la salud de Mariana

La violencia sexual tiene múltiples consecuencias sobre la vida y la salud de las mujeres, además de constituirse en uno de los delitos que más fuertemente simbolizan la violencia contra las mujeres⁷⁴ y la vulneración de sus derechos. Por afectar todas las dimensiones de su salud y su bienestar, los profesionales que atendieron a Mariana debieron considerar aplicable la causal salud para evitar un peligro para su salud y su vida. En primer lugar, el abuso sexual de la menor por parte de su padrastro afectó la dimensión física de su salud al violar su integridad física y corporal al exponerla, no sólo al embarazo, sino a otros riesgos potenciales como el de una ITS o a una interrupción del embarazo como la que ella estuvo a punto de llevar a cabo por sus propios medios y por fuera del sistema de salud, la cual podría haber sucedido en forma insegura, exponiéndola de nuevo como en un círculo, a riesgos adicionales para su salud física.

En cuanto a la dimensión mental de la salud, ésta se vio fuertemente afectada en el caso de Mariana, quien reporta desde las consultas iniciales relacionadas con la denuncia de la violación y luego con la atención en el sistema de salud, angustia y sufrimiento. Estos síntomas son corroborados por distintos profesionales que participaron en su atención, quienes señalan que la menor está en riesgo psíquico y que a este se suma su fragilidad estructural, que avanza a medida que transcurren las semanas de gestación. Más aún, se reconoce el caso de Mariana como uno de estrés postraumático. Desde el punto de vista mental/emocional, la menor refiere además ideas suicidas y amenaza con interrumpir su embarazo de cualquier manera, razón por la cual los profesionales terminan por señalar su estado como el inicio de una patología psiquiátrica que puede llegar a ser severa e irreversible.

74 Según la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Para, OEA: «debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (artículo 1).

Por otra parte, el embarazo afectó la dimensión social de la salud de Mariana toda vez que la violación cometida por su padrastro implicó que su madre decidiera separarse y que se produjera un impacto negativo sobre sus hermanas menores. Respecto a este impacto, Mariana refirió que si se viera obligada a continuar un embarazo cuyo progenitor era el padre de sus hermanas, sería imposible para ella darles alguna explicación sobre los parentescos que esto implicaba, lo cual creaba una situación insostenible al nivel social y familiar. A ello se suma el que el embarazo, fruto de la violación, la obligara a no querer regresar a la escuela por temor al estigma y que al embarazo, a todas luces no deseado, se sumaran las condiciones de pobreza en que vivían y la vulnerabilidad que, según sus propias percepciones implicaba el que una menor tuviera un hijo no estando en edad para hacerlo y afectando con ello su proyecto de vida. Un hijo que ella no eligió, de un padre que ella no eligió. La violencia sexual y el consecuente embarazo, claramente afectaron el bienestar de Mariana y constituyeron un riesgo que afectó todas las dimensiones de su salud, muy particularmente su salud mental.

La negativa de los profesionales que la atendieron a entender la situación de Mariana como un caso de causal salud llevó a que no se cumpliera con la obligación de garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud, sino únicamente después de haber interpuesto un recurso legal al que, por lo demás, no estaba obligada. El acceso al servicio es el pilar principal para asegurar la calidad de la atención y este caso, en el cual intervinieron distintos profesionales (trabajadoras sociales, psicólogas y médicos), podría haber constituido un ejemplo de buena calidad en la atención si hubieran sido atendidos los conceptos de la trabajadora social y las psicólogas quienes claramente, desde el inicio, reconocieron una severa afectación de la salud mental de la menor. La presencia de distintos profesionales en un caso como este debió redundar en la defensa del mejor interés de para la menor.

Atención y ética

Desde el punto de vista ético, en el caso de Mariana no es posible explicar por qué, pese a que todos los profesionales reconocieron la existencia de un riesgo para su salud, se negaron a prestar el servicio, ignorando con ello los deberes de beneficencia y no maleficencia y la garantía del consentimiento informado.



Mariana se presentó siempre ante los profesionales decidida a querer interrumpir su embarazo, y contaba para ello con el apoyo de su madre. Es decir, cumplía las condiciones para expresar su consentimiento. Sin embargo, no se respetó su decisión y, por el contrario, las actuaciones de los profesionales tuvieron implicaciones negativas sobre los dos componentes del consentimiento informado. En cuanto a la información, cuando ella manifestó que no quería continuar con el embarazo y que no quería un hijo producto de la violación, los profesionales le propusieron que llevara a término su embarazo y diera al hijo en adopción; no le informaron que podría interrumpir su embarazo por la causal salud, e incluso negaron que exista la causal por violación. Es decir, la información que le proporcionaron fue sesgada y dirigida a afectar su decisión, buscando conducirla hacia aquello que los profesionales consideraban la decisión apropiada. Por sobre de su obligación de brindar información clara, veraz y oportuna, los profesionales sesgaron y alteraron la veracidad de la información con la intención de afectar el consentimiento.

88

Por otra parte, para que se cumpla la condición de consentimiento informado, no basta únicamente con la exposición de la información sino que, adicionalmente, los profesionales deben asegurarse de la veracidad y completitud de la misma. Este es un requisito básico para que la mujer tome una decisión informada y este no fue respetado en el caso de Mariana.

El otro elemento fundamental del consentimiento es la voluntad, entendida como *la independencia de las personas de las influencias manipuladoras y coactivas de otros*. Desde el primer momento en que Mariana supo de su embarazo, tomó la decisión de interrumpirlo, y contó para ello con el apoyo de su madre. No obstante, las actuaciones de los profesionales y la manipulación que hicieron de la información, impidieron a Mariana ejercer su autonomía. El respeto de la decisión de Mariana de interrumpir su embarazo, estando su salud en riesgo, exigía que los profesionales la reconocieran como un sujeto ético con aptitud y capacidad de tomar decisiones, más aún cuando éstas fueron apoyadas por su madre. El respeto de su autonomía era fundamental para que pudiera llevar adelante la vida que se había propuesto. Dado que el embarazo de Mariana representaba un riesgo para su salud e incluso su vida, la interferencia de los profesionales en su decisión hizo que este riesgo aumentara y tuviera consecuencias irreversibles en la vida de Mariana.

Los criterios de interpretación

Los profesionales de la salud que atendieron a Mariana, para resolver sus dudas en cuanto a la aplicación o alcance de las causales de violación o salud, podrían haberse valido particularmente de tres de los criterios de interpretación que hubieran permitido la solución del caso en un marco de derechos humanos. Estos criterios eran la interpretación literal, el principio *pro homine* y la coexistencia de causales. El criterio de interpretación literal puede ser definido como aquel en el que se adopta el sentido literal de las palabras de la ley. La violación de Mariana bien podría haberse considerado una causal para la IVE bajo la excepción de la violación que contemplan las leyes argentinas, pues el código dice literalmente que ésta aplica cuando «*el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*».

Sobre si esta causal es aplicable en los casos en los que una mujer es víctima de violencia sexual pero no es «*idiotista o demente*» existe un gran debate en Argentina. Para algunos es necesario que cuando el embarazo provenga de «*una violación*» o de «*un atentado al pudor*» la mujer debe ser «*idiotista o demente*» para que no sea punible. Para otros, la norma contiene dos hipótesis diferentes: la no punibilidad del aborto cuando «*el embarazo proviene de una violación*» sin condición alguna y, de manera separada, la no punibilidad del aborto cuando el embarazo proviene de «*un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente*». En este último caso, se argumenta que se trata de dos situaciones diversas, pues están separadas por una «*o*» disyuntiva.

Existiendo dos interpretaciones de una misma norma, a la luz del principio *pro homine* debe elegirse siempre aquella que mejor proteja los derechos de las mujeres. El principio *pro homine*, como criterio de interpretación, se desprende del respeto de los derechos humanos y tiene como finalidad que —**cuando existan dudas acerca de qué norma debe aplicarse o de cómo debe entenderse su sentido**— se adopte la interpretación o la aplicación que mejor contemple la protección de los derechos. Los profesionales que atendieron a Mariana deberían haber utilizado el criterio de interpretación *pro homine* para justificar por qué en este caso era plausible aplicar la causal salud. Adicionalmente, resultaba aplicable el criterio de interpretación literal, que implicaba, además, que no se le exigieran requisitos no contemplados en las normas, tales como la solicitud de una orden judicial que no era necesaria en el caso de esta menor.

Si esta explicación hubiera sido difícil y hubiera generado inseguridad entre los profesionales, éstos podrían haber apelado al criterio de coexistencia de causales. Dado que la situación de Mariana, además de un caso de violación, era también un caso de afectación de la salud, los profesionales deberían haber enmarcado el caso en la causal que exigiera menos requisitos o suscitara menos inquietudes para su aplicación. La situación de Mariana, además de un caso de violencia sexual era, como se ha explicado antes, un caso de causal salud y, por tanto, se podría haber autorizado la IVE argumentando esta última por tratarse de la causal que imponía menos requisitos a Mariana. Según la coexistencia de causales, no podía oponerse la inexistencia o aplicabilidad de la causal de violación para negar el procedimiento, pues lo pertinente era la preservación de la salud de Mariana y no el origen de su afectación.

90

¿Se dio cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos?

A Mariana no se le protegieron sus derechos a la salud y la vida pero, adicionalmente, en su condición de menor de edad, no se tuvo en cuenta que ella, como todas las mujeres, tenía derecho a proteger su interés en su salud (no exponiéndola a soportar la afectación de su salud mental) y a ejercer su autonomía (es decir, a interrumpir su embarazo según su deseo y con el consentimiento de su madre). Estos dos elementos deberían haber bastado para que prevaleciera su deseo de interrumpir el embarazo por riesgo para su salud, frente a la oposición de los médicos. Por lo demás, al no existir conflictos con la tutora de la menor (su madre), debió practicarse la interrupción del embarazo de Mariana debido a su situación de vulnerabilidad como menor y a que no podía ser obligada a poner en riesgo su salud o su vida.

3. La decisión judicial

La madre de Mariana interpuso el recurso judicial buscando la orden para que la interrupción se llevara a cabo. En la primera instancia se concedió el permiso. Esta decisión fue apelada por la defensora que se nombró para el nasciturus. En segunda instancia se confirmó integralmente la decisión.

La designación de un defensor para el nasciturus es parte del procedimiento legal según la legislación argentina. Los argumentos que presentó la defensora en el contexto de la apelación eran completamente contrarios a los derechos de Mariana y fueron desestimados en su totalidad por las autoridades judiciales. En todo caso, la actuación procesal de la defensora del nasciturus, quien apeló todas las decisiones e interpuso toda clase de recursos, si retrasó el acceso a los servicios de IVE, y obligó a Mariana a asistir en numerosas ocasiones ante los jueces en perjuicio de su estado de salud mental, tal y como se documentó en el proceso judicial.

Ahora bien, el argumento central de la decisión fue que, conforme a una interpretación amplia del derecho a la salud, la afectación de la salud mental que sufría Mariana justificaba la aplicación de la causal salud. Se argumentó que existía un riesgo serio para la salud mental derivado de la violencia sexual y que, por otra parte, en el caso concreto estaba ampliamente demostrado el daño para su salud mental:

«De lo expuesto por el reconocido jurista, surge que el supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del inciso primero, por lo que el encuadre en dicha premisa general, tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso segundo, en tanto el embarazo es producto de una violación.»

(...)

Sobre la ausencia de prueba que contenga la suficiente contundencia o verosimilitud de peligro para la salud psíquica de la menor, alegada por la apelante, la mera revisión de la causa, que hago teniendo presente el encuadre conceptual transcrito en los dos párrafos anteriores, me convence de lo contrario.

Todo lo expuesto pone en evidencia que la continuidad del embarazo provocado por la violación del padrastro, profundizaría la fragilidad del estado de la menor, exponiendo su salud a serios peligros.

Es cierto que la interrupción del embarazo no ha de borrar el trauma de la violación, pero tampoco permitirá la presencia y continuidad de las consecuencias del hecho no deseado. Juzgo entonces, como lo ha hecho la Sra. Juez, que se encuentran reunidos todos los requisitos para la aplicación de la norma de excepción.»

La Corte abordó también la preocupación por la solicitud que los profesionales de la salud habían hecho de una orden judicial, requisito no contemplado en la ley penal. Reconoció que no era un requisito judicial, pero que los jueces no se podían abstener de intervenir porque la víctima de esa desprotección era la mujer que requería la interrupción. Reiteró, sin embargo, que esta conducta era contraria a la ley y no podía generalizarse. Explicó la Corte:

«De seguirse el criterio que propicia la apelante, ha de solidificarse el círculo vicioso en el cual el médico no actúa por temor a las sanciones jurídicas, y los Jueces no consideramos necesaria la autorización previa, pero tampoco garantizamos la ausencia de sanciones, por lo que el médico persistirá en no realizar la intervención.»

No es necesario recurrir al razonamiento mediante el cual se aprecia que en ese círculo vicioso queda encerrada una niña de catorce años que se encuentra embarazada como resultado de haber sido violada por su padrastro, para concluir, que si bien la autorización puede no resultar «legalmente necesaria», en este caso particular, es imprescindible avocarse con urgencia a revisar si concurren los elementos requeridos para emitir un juicio de certeza previo acerca de la licitud o ilicitud del acto médico, para que —si eventualmente así se decide— la intervención pueda llevarse a cabo.»⁷⁵

75 Recientemente fue decidido un caso similar por el Tribunal Superior de Chubut, en Argentina, en el que se reiteró el precedente fijado en el caso de OMV. Mediante una providencia adoptada el 8 de marzo de 2010, identificada como «F., A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA» se decidió proteger los derechos fundamentales de una menor embarazada debido a los actos abusivos cometidos por su padre. Este tribunal consideró que la angustia severa y la depresión que había sufrido la menor como consecuencia del abuso y el embarazo justificaban plenamente la aplicación de la causal salud. Reiteró también que vulneraba sus derechos la exigencia de una autorización judicial, requisito no contemplado en la Ley.

Caso 6:

Intervenciones arbitrarias: respeto y protección en el derecho a la salud

1. Hechos⁷⁶

Paulina fue abusada sexualmente en su domicilio cuando tenía catorce años de edad. Aquel mismo día, Paulina y su madre acudieron a presentar la denuncia del hecho. A pesar de que no habían transcurrido ni 24 horas después de ocurrida la violación, no recibieron información sobre la posibilidad de recibir un anticonceptivo de emergencia.

Paulina descubrió un mes después que estaba en embarazo y, con el apoyo de su madre, decidió interrumpirlo. En el estado donde vivía Paulina era legal la interrupción del embarazo en casos de violencia sexual previa autorización del Ministerio Público y en los casos en que la mujer corriera riesgo de muerte.⁷⁷

76 Para efectos de la descripción de los hechos se tuvo en cuenta el Informe N° 21/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Petición 161-02, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto Vs México, 9 de marzo de 2007, mediante el cual se aceptó la solución amistosa a la que llegaron el Estado de México y Paulina del Carmen Ramírez Jacinto.

77 Código Penal de Baja California: «Artículo 136. Aborto no punible. El aborto no será punible: I. Aborto culposo. Cuando sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada; II. Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación o de una inseminación artificial. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial practicada en contra de la voluntad de la embarazada, siempre que el aborto se practique dentro del término de los noventa días de la gestación y el hecho haya sido denunciado, caso en el cual bastará la comprobación de los hechos por parte del Ministerio Público para autorizar su práctica; III. Aborto terapéutico. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, quien dará aviso de inmediato al Ministerio Público, y éste oír el dictamen de un médico legista, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.»

Cuando acudieron por primera vez al Ministerio Público, éste negó la solicitud que presentaron para consultar a una ginecóloga privada con el fin de recurrir a la ILE, sin que se hubieran expresado con claridad las razones de esa negativa. Paulina y su madre acudieron por segunda vez y la orden fue emitida para practicarse la interrupción en un hospital del sector público.

Con la orden, Paulina acudió al Hospital Público a solicitar la cita para el servicio y ésta le fue programada para tres semanas después. Transcurrido este período, Paulina acudió a la cita cuando contaba cerca de 8 semanas de gestación pero permaneció allí hospitalizada durante una semana sin que fuera sometida a ningún tipo de intervención, a pesar de haber estado en ayuno. Durante estos días, a Paulina y a su madre les dieron explicaciones de todo tipo para la demora: la ausencia de médicos anesthesiólogos de base; los ginecólogos estaban de vacaciones, y el caso sería presentado a un Comité para su discusión.

Ante esta situación, Paulina acudió con su madre al Ministerio Público de nuevo, entidad que reiteró la orden. Sin embargo, un funcionario de alto rango de ese Ministerio las condujo ante un sacerdote católico para tratar de disuadirlas.

Pocos días más tarde, Paulina ingresó nuevamente al hospital, contando ya con 10 semanas de gestación. Mientras estaba hospitalizada sin su madre, la menor recibió la visita de dos mujeres que le mostraron videos con imágenes violentas sobre la interrupción del embarazo, para persuadirla de que no se hiciera el procedimiento. Lo mismo hicieron con la madre.

Firme en su decisión de interrumpir el embarazo, el procedimiento fue finalmente programado. El día en que éste se efectuaría, el director del hospital llamó a su oficina a la mamá de Paulina, con el fin de exponer los riesgos de la intervención. El director le explicó que los riesgos eran: «esterilidad, perforación uterina, hemorragia masiva, síndrome de Asherman y muerte». Adicionalmente le dijo a la madre que si Paulina moría en el procedimiento, sería exclusivamente su responsabilidad.

La madre de Paulina, atemorizada por la información que acababa de recibir, decidió ordenar que se suspendiera el procedimiento. El 13 de abril de 2000 nació el hijo de Paulina, Isaac de Jesús Ramírez Jacinto.

2. Análisis del caso: una lectura desde los derechos humanos

Los principios de los derechos humanos y la afectación de la salud

Con el fin de dar cumplimiento a sus obligaciones de derechos humanos, el Estado debió garantizar el respeto y protección de los derechos de Paulina. Estos principios se enmarcan dentro de los conceptos de derechos humanos. Paulina, al igual que otras mujeres víctimas de violaciones a sus derechos, cuyos casos hemos analizado en este libro, sufrió una de las más terribles consecuencias de la violencia sexual: el embarazo que puso en riesgo su salud y su vida.

La historia de Paulina refleja con sorprendente claridad las múltiples formas como el Estado y sus agentes (Ministerio Público, hospitales), violaron los principios de respeto, protección y cumplimiento fundamentales para garantizar la salud y la vida de Paulina. Desde que ella consultó por primera vez, una cadena de acontecimientos se convirtieron en barreras infranqueables para el logro de su único deseo: interrumpir una gestación fruto de la violación, para lo cual contaba con el apoyo de su madre. Durante el período que duró la atención prestada a Paulina, hasta el parto, los siguientes acontecimientos constituyeron intervenciones arbitrarias:

- No recibir información sobre el uso de anticoncepción de emergencia durante la primera consulta
- Negar la solicitud de atención por parte de un ginecólogo privado
- Hospitalizarla sin brindarle la atención requerida, pese a que estaba autorizada la IVE (argumentando falta de profesionales, necesidad de convocar un comité) y someterla a un ayuno innecesario durante la hospitalización
- Ponerla en contacto con un sacerdote para disuadirla de su decisión de interrumpir la gestación
- Exponerla a imágenes violentas y falsas sobre el aborto cuando se encontraba hospitalizada para la interrupción del embarazo
- Y, finalmente, suministrar a la madre información exagerada y sesgada sobre las posibles complicaciones del aborto, coaccionándola y amenazándola con la culpa por la potencial muerte de Paulina en caso de que ésta abortara.

En este caso, el Estado no se abstuvo de violar los derechos de Paulina, como tampoco impidió que se llevaran a cabo intervenciones arbitrarias de terceros para el goce efectivo de sus derechos. Las intervenciones de terceros, como se mostró antes, fueron múltiples y en todos los niveles de la atención, lo que condujo finalmente a que la madre de la menor, quien desde el inicio había apoyado a su hija en la decisión de interrumpir la gestación, se sintiera atemorizada y, habiendo sido gravemente desinformada, decidiera la continuación del embarazo en contra de la voluntad de la menor y de la protección de su salud.

Una de las formas más graves en que fueron incumplidas las obligaciones fue mediante la provisión de información sesgada, especialmente en cuanto a la **sobreestimación** del riesgo que le informaron que correría en caso de practicarse el aborto. El propio director del hospital —agente del Estado y, por ende, responsable de la protección de los derechos de la menor— le informó a la madre de Paulina que el aborto (estando la menor hospitalizada y a punto de recibir atención especializada), podría conducir a «esterilidad, perforación uterina, hemorragia masiva, síndrome de Asherman y muerte». Esta información le fue dada pese a que, según la OMS, el aborto en condiciones sanitarias adecuadas y en manos de profesionales debidamente entrenados, es un procedimiento de muy bajo riesgo,⁷⁸ más aún cuando ocurre en etapas tempranas de la gestación como era el caso de Paulina. Por su parte, el síndrome de Asherman es una afección poco común que se presenta en mujeres que han sido sometidas a cirugías uterinas (como la dilatación y el curetaje), que no era el caso de Paulina, pues en aquel momento apenas contaba con 10 semanas de gestación, cuando lo indicado era la AMEU o bien el aborto con medicamentos. En todo caso, aunque se presentara dicho síndrome, las mujeres pueden embarazarse exitosamente si son sometidas a tratamiento,⁷⁹ lo cual confirma la falsedad de la información suministrada a la madre de Paulina.

Cabe observar, por último, que si bien a Paulina nunca se le negaron explícita y directamente los servicios, su proceso de atención estuvo plagado de sucesos que se convirtieron en barreras infranqueables para la obtención del servicio.

78 Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de políticas para los sistemas de salud*, OMS, 2003.

79 Kodaman PH, Arici A., «Intra-uterine adhesions and fertility outcome: how to optimize success?», *Current Opinion in Obstetrics and Gynecology*. 2007; 19(207-214).

En la práctica se violó el principio de cumplimiento, que busca que se garantice el acceso efectivo a servicios legales y seguros, como una medida para garantizar el derecho a la protección de la salud. Siendo la violación sexual una pérdida de integridad corporal que afecta las dimensiones física y mental de la salud, como lo hemos argumentado en otros casos, y que en el caso de Paulina afectó también en forma irreversible su proyecto de vida (al obligarla a una maternidad fruto de la violación cuando era apenas una menor de edad), era innegable la obligación del Estado y sus actores, de proteger su salud.

Atención y ética

Las barreras que mencionamos en el apartado anterior y que constituyeron una negación del servicio en el caso de Paulina, contradicen el deber ético de la no maleficencia, el cual debería haber orientado la atención médica de Paulina. Tampoco respetaron la toma de decisiones objetivas que deben ser una marca distintiva de la atención ética en salud. En todos los niveles, los prejuicios religiosos de los profesionales que atendieron a Paulina primaron por sobre la protección de su salud, faltando así a su deber ético de atención objetiva y respetuosa en el marco de derechos.

Por otra parte, si bien el respeto a las creencias religiosas es parte de los derechos de los profesionales, éstos deben adoptar sus decisiones sobre atención en salud basados en la ley y los reglamentos (que, en el caso de Paulina, hacían completamente legal la interrupción de su embarazo) y no en sus creencias religiosas, como al parecer sucedió en este caso, en el que se sometieron a la menor y a su madre a influencias religiosas diversas que buscaban disuadirla de su decisión para que finalmente —como sucedió— se cumpliera el deseo de los profesionales de que ella no interrumpiera el embarazo.

Criterios para resolver conflictos

Aunque inicialmente la madre de Paulina apoyó su decisión de interrumpir el embarazo —factor de importancia particular por tratarse de una menor— en el momento en que la madre, coaccionada por la información recibida de los profesionales de la salud cambió su decisión, la voluntad de Paulina pasó a un segundo plano. Es decir, primó la decisión de la madre, la cual era, en última

instancia, la decisión de los proveedores, por sobre cualquier otra consideración. Si se hubiese aplicado la causal salud (que entiende como afectada la salud a consecuencia de la violencia sexual) en el marco de los derechos humanos, el conflicto entre los profesionales y la madre, y luego entre ésta y Paulina, con respecto a la intención de la menor de interrumpir su gestación, debió resolverse a favor de la protección de la salud de esta última, favoreciendo su autonomía y, ante todo, protegiéndola de los riesgos que para su salud y su vida implicaba la continuación y terminación del embarazo, con las consecuencias que sobre el proyecto de vida tiene para una menor el nacimiento de un hijo. Estas consecuencias son tan graves que el Estado mexicano, como se verá más adelante, al reconocer su responsabilidad en la violación de los derechos de Paulina, tuvo que reparar el daño causado a la menor, incluyendo un conjunto de medidas relacionadas con la crianza del hijo.

La afectación de la salud de Paulina

De todo lo anterior se desprende que la salud entendida como «el más alto nivel posible» de bienestar, no fue protegida en el caso de Paulina, pues no se le garantizaron las condiciones que le ofrecían mejores oportunidades de tener un buen estado de salud, tales como los servicios de salud adecuados y la posibilidad de llevar adelante su proyecto de vida. Más aún, fueron violados los principios que deben seguirse a fin de garantizar la protección de cualquier derecho. Aunque Paulina no estaba «enferma», su salud sí estaba afectada, y la decisión de obligarla a continuar forzosamente la gestación hasta el parto, imponiéndole la maternidad, fue una afectación desproporcionada e irreversible a su proyecto de vida.

A esta afectación tan dramática se suma el que la sometieran a un ayuno innecesario durante su primera hospitalización, al propio proceso del parto que, en una menor de 14 años, conlleva mayores riesgos y, por último, a la toma de una decisión, por parte de la madre, basada en información sesgada, que generó una profunda angustia en ella y por ende en la hija obligada a la maternidad.

3. La decisión judicial

En el caso de Paulina se dictó condena contra el agresor, pero los profesionales de la salud que retrasaron su acceso a la interrupción del embarazo no

fueron sancionados. Su caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Mediante el informe número 21 de 2007, la Comisión Interamericana avaló la conciliación a la que llegaron las partes.

La Comisión Interamericana aprobó la solución amistosa advirtiendo que le daría seguimiento a la misma. Con todo, agregó, *«Sin perjuicio del párrafo anterior, la CIDH observa la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativo, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de jure y de facto a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos.»*

El punto de partida de la conciliación fue el reconocimiento del Estado de la violación de los derechos fundamentales de Paulina y su compromiso de adoptar las medidas necesarias para reparar el daño causado y para garantizar que, en el futuro, otras mujeres no tuvieran que enfrentar situaciones como esa. Los puntos clave de esta conciliación fueron:

- Reconocimiento del Estado de su responsabilidad en la violación de los derechos humanos de Paulina, debido a la ausencia de un marco normativo adecuado, publicada en varios medios de amplia circulación.
- Pago de indemnización por los gastos judiciales y los gastos médicos en que incurrió Paulina.
- Pago de gastos de manutención y apoyo para gastos de primera necesidad y útiles escolares del niño.
- Apoyo para vivienda.
- Afiliación de ella y su hijo al sistema de salud.
- Servicios de atención psicológica para ella y su hijo sin limitaciones temporales.
- Cobertura de educación y material escolar para el hijo de Paulina hasta que termine el bachillerato.
- Pago de inscripción, transporte y material escolar para el hijo de Paulina si decide ir a la universidad.
- Una computadora con impresora.

- Asesoría y capital para que Paulina monte una microempresa.
- Indemnización por reparación de daño moral.
- Presentación de proyectos de ley para mejorar el acceso de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo.
- Capacitación e información a los funcionarios del sistema de salud para evitar que, en el futuro, otras mujeres enfrenten obstáculos a su acceso a los servicios de IVE como los que enfrentó Paulina.

Caso 7:

Los conflictos con el criterio médico y el trato cruel e inhumano

1. Hechos⁸⁰

Karen quedó embarazada cuando tenía 17 años. Vivía con sus padres en una situación económica difícil. Cuando tenía 4 meses de embarazo, se le practicó una ecografía en un hospital público adscrito al Ministerio de Salud y se le diagnosticó anencefalia del feto.

Un médico gineco-obstetra del hospital público en el cual se realizó el diagnóstico le informó sobre la enfermedad y los riesgos que implicaba para su salud si decidía continuarlo. También le informó que ella tenía dos alternativas: continuar con el embarazo hasta el parto o interrumpirlo. Agregó que su recomendación era que lo interrumpiera. En Perú es legal la interrupción del embarazo cuando representa riesgo para la salud de la mujer o el feto presenta malformaciones severas.⁸¹

80 Para efectos de la descripción de los hechos se tuvo en cuenta el dictamen del Comité de Derechos Humanos adoptado el 3 de noviembre de 2003 en el caso de Karen Noelia Llantoy Huamán vs Perú. También se usó para el análisis: «A propósito de lo padecido por Karen». *Seminario Responsabilidad estatal en materia de aborto terapéutico: Caso Karen Llantoy*. Lima, 13 de octubre de 2006. Estudios sobre la defensa de los derechos de la mujer (DEMUS), Centro de la mujer peruana Flora Tristán; Observatorio del derecho a la salud (CIES); *Sexualidades, salud y derechos en América latina*, Universidad Peruana Cayetano Heredia; Centro de Promoción y defensa de los derechos sexuales y reproductivos (PROMSEX); Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia. Perú, 2006. Se mantuvo el nombre original usado en la decisión judicial porque no se estableció ninguna protección al respecto en la decisión.

81 Código Penal del Perú: «Artículo 119. Aborto terapéutico. No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente. Artículo 120. Aborto sentimental y eugenésico. El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses: 1. Cuando

Karen decidió, teniendo en cuenta la información suministrada, interrumpir el embarazo. Con este fin le fueron practicados varios exámenes médicos orientados a confirmar el diagnóstico. Dos semanas después, Karen acudió con su madre al hospital para la intervención. El gineco-obstetra que la había atendido le informó que debía solicitar una autorización al Director del Hospital. En aquel momento no existía en el Perú una regulación sobre el acceso a los servicios de IVE, es decir no había normas o guías para la atención del aborto terapéutico pese a que éste era legal, por lo que esta petición era más bien un procedimiento interno del hospital.

Como Karen era menor de edad, la autorización fue solicitada por su madre. El Director del Hospital negó la autorización, por considerar que la interrupción del embarazo en casos de malformación estaba prohibida y la única causal no punible era la causal salud, que no se presentaba en su caso.

Un mes después, Karen fue evaluada por una Asistente Social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú. Su conclusión fue que se debía interrumpir el embarazo debido al estado de angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia.

También fue evaluada por una médica psiquiatra adscrita al Colegio Médico Peruano, quien concluyó: *«el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace fatal se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente»*.

A pesar de estos conceptos, Karen no logró acceder a la interrupción de su embarazo, pues en su país no existía un mecanismo legal que le permitiera apelar estas decisiones, y su precaria situación socioeconómica le impidió buscar una asesoría legal oportuna.

el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o 2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.»

Finalmente, Karen dio a luz a un feto anencefálico que vivió 4 días, durante los cuales debió amamantarlo. Karen se sumió en una profunda depresión y sufrió una inflamación vulvar que tuvo que ser tratada médicamente.

2. Análisis del caso: una lectura desde los derechos humanos

La afectación de la salud de Karen

Como se explicó antes en este libro, la anencefalia, que es por excelencia una malformación fetal incompatible con la vida, produjo en Karen una afectación de su salud y su bienestar, tal como lo ha reportado la bibliografía médica en estos casos.⁸² Esta situación afectó en forma profunda su salud mental, al serle diagnosticadas, en etapas tempranas de su gestación, angustia e inestabilidad que la sumieron en una depresión severa. Por otra parte, la desestimación que hiciera el Director del hospital de esta depresión como una clara afectación de la salud, llevó a que se consolidara el daño a la salud de Karen quien, después del parto, padeció una profunda depresión, y se vio obligada a amamantar. Esta situación refleja la importancia de reconocer que, una vez determinada la posibilidad de un riesgo para la salud, la sola amenaza de que se hubiera consolidado un daño donde existía ya afectación severa de la salud mental de la menor, debió llevar a la aplicación de la causal salud.

Según el marco de los derechos humanos, esta mujer sufrió una afectación de su bienestar y su salud, agravados por una situación social marcada por la dependencia económica, por el hecho de ser menor de edad y por vivir en una situación económica precaria. Todos estos elementos, además de reflejar una difícil situación en la dimensión social podrían, a su vez, haber generado riesgos y afectaciones en otras esferas de la salud. En las consideraciones sobre la dimensión social de la salud era importante tener en cuenta, no sólo la situación social inicial de Karen, en sí misma compleja, sino su potencial para enfrentar la afectación mental de su salud y otras situaciones potenciales, tales

82 Para ampliar información sobre relación entre anencefalia y afectación de la salud, ver Caso 4. Malformación fetal y salud de la mujer.

como la desescolarización o la afección de su proyecto de vida. Además del embarazo, siendo menor de edad, con bajos recursos y dependiente, Karen debió enfrentar los riesgos del agravamiento de su situación social al verse obligada a llevar a término el embarazo y dar a luz a un feto anencefálico, pese a que ella había tomado la decisión de interrumpir el embarazo, contando para ello con una opinión médica experta a su favor.

Los principios de los derechos humanos y la afectación de la salud

El derecho a la salud requiere para su concreción que se garanticen todas las condiciones que permitan el goce efectivo del mismo, es decir, los actores involucrados en la atención de Karen deberían haber atendido a su obligación de cumplimiento. La garantía del acceso efectivo (oportuno, sin riesgos y sin coacción) debió incluir, en la atención de esta joven, la existencia de un marco normativo del sector de la salud que permitiera a los profesionales actuar con base en directrices claras para aplicar la causal salud. Sin embargo, al no existir este marco, siguiendo los principios de los derechos humanos, el Director del hospital no podría haber negado un servicio con el argumento de un requisito administrativo que fue creado de manera interna y que se convirtió en una barrera para el acceso de Karen a los servicios de IVE. Únicamente el médico que la atendió respetó los principios de los derechos humanos y, de esta manera, contribuyó a que se protegiera la salud de la menor, aunque el resultado final no fuera el que había recomendado, ni se correspondiera con el que la propia mujer había elegido. Este médico brindó la información adecuada respecto al diagnóstico de anencefalia, a los riesgos para la salud de Karen y las posibles conductas que podía adoptar (parto o IVE), expresando incluso su recomendación sobre lo que consideraba más apropiado, reflejando una conducta acorde con la protección del derecho a la salud, como corresponde a los profesionales, máxime cuando cumplen la función de ser agentes del Estado, agentes públicos.

Atención y ética

Tal como se afirmó antes, la consulta de Karen en un hospital público no debió constituirse nunca en una barrera para el acceso al aborto. Sólo el gineco-

obstetra que tuvo a su cargo la atención médica de la menor actuó siguiendo los principios éticos de la beneficencia y la no maleficencia al intentar garantizar la interrupción del embarazo, con base en el diagnóstico de anencefalia, y al brindarle toda la información necesaria sobre el diagnóstico y las alternativas terapéuticas. Sobre este último punto, es importante resaltar que, con la recomendación de la interrupción del embarazo, el médico estaba asumiendo su responsabilidad de hacerle conocer los riesgos que sobre su salud física tenía la anencefalia. Como paciente, ella no tenía cómo conocer estos riesgos, pese a que era clara para ella la afectación de su salud emocional. Así las cosas, junto con los riesgos para su salud mental, este embarazo representaba para Karen una multiplicidad de riesgos físicos, al verse abocada a padecer las complicaciones obstétricas que suceden al final de los embarazos de fetos con anencefalia, riesgos que pueden evitarse al impedir que el embarazo llegue a término.⁸³ Esta fue una actuación ética del médico que la atendió, pues le suministró toda la información necesaria e hizo las recomendaciones debidas.

Para haber proporcionado a Karen una atención ética, el hospital y el equipo de salud en su conjunto debieron crear todos los mecanismos necesarios para no hacer daño deliberadamente, al impedir el acceso a la IVE dado que existía una afectación de su salud, o al generar barreras que llevaron al sufrimiento de la menor y a una incapacidad. Tal como lo expresó la psiquiatra que hizo la consulta a Karen, en este caso se ponderó en contra de sus derechos y se faltó al deber de la no maleficencia, pues al privilegiar la protección del feto, se incurrió en maleficencia grave para la mujer, quien fue obligada a llevar a término un embarazo cuyo desenlace ya se conocía, el mismo que contribuyó a desencadenar el cuadro de depresión severa.

Adicionalmente, si el fin último de los servicios de salud es la atención oportuna con calidad, al no existir normas que determinaran la ruta que debía seguirse

83 Guha-Ray DK., «Obstetric problems in association with anencephaly. A survey of 60 cases», *Obstet Gynecol.* 1975 Nov;46(5):569-72. Polihidramnios, con el riesgo de abrupcio de placenta y hemorragia postparto e incluso de embolia amniótica, que pueden llegar a ser mortales. Trauma obstétrico por desproporción de los miembros superiores característica de estos fetos y además por el paso prematuro de la cabeza pequeña por un cérvix insuficientemente dilatado y que no permite el paso de los hombros. Estas dos circunstancias pueden causar distocia de hombros y otros traumas obstétricos. De hecho, esta debió ser la causa del edema vulvar.

para la prestación de la IVE, el hospital debió crear algún tipo de mecanismo que permitiera a Karen controvertir o apelar la decisión adoptada por el Director del Hospital.

Los criterios de interpretación

Según el Director del Hospital, la malformación fetal que le fue diagnosticada a Karen no era razón suficiente para una interrupción del embarazo, pues en Perú no existía la causal de malformación. Además, como él mismo afirmó, tampoco su salud estaba afectada y, por tanto, no era posible interrumpir el embarazo por la causal salud. Según los criterios de interpretación de los derechos humanos, dado que las normas para la prestación del servicio no existían, era imperativo que no se impusieran medidas que, evidentemente, se constituían en barreras para el acceso a una IVE oportuna y que la causal salud fuera interpretada en forma amplia e integral, es decir, considerando las tres dimensiones de la salud, una de las cuales, la mental, estaba particularmente afectada en este caso como resultado de la malformación.

Allí donde la ley no distingue, como es el caso del aborto terapéutico (que no excluye la malformación como causa de afectación de la salud de la mujer), el director del hospital no debió hacer ninguna distinción afirmando que esta excepción no incluía la afectación de la salud debido a la malformación. Más aún, el mismo Director pudo utilizar la coexistencia de causales (malformación y afectación de la salud mental de Karen) para aplicar la causal salud, por ser la que en el caso del Perú existía legalmente.

Criterios para resolver conflictos

Por otra parte, además de todo lo anterior, el caso de Karen es particularmente preocupante por ser paradigmático de una solución equivocada frente al conflicto originado por el hecho de que el médico tratante y el director del hospital tuvieran criterios distintos acerca de la aplicación de la causal salud para la IVE, y que este conflicto se resolviera a favor del Director.

Según el marco de los derechos humanos, al presentarse un conflicto entre el médico tratante y el Director —personal administrativo— éste debió resolverse a favor del médico tratante, por ser él quien estaba directamente involucrado

en el manejo de la paciente, y porque su recomendación de interrumpir el embarazo concordaba con la decisión que la menor había adoptado en forma autónoma. Con el fin de proteger su salud y haber evitado, como efectivamente sucedió, someter a Karen al trato cruel e inhumano que implicó el obligarla a llevar a término un embarazo que ella deseaba interrumpir y a amamantar al producto del mismo, que indefectiblemente moriría en forma temprana, tendría que haberse privilegiado la conducta sugerida por el médico y aceptada por la mujer.

Más aún, esta situación debió resolverse a favor del médico tratante puesto que, a su concepto, se sumaban el de la psiquiatra y la trabajadora social, que reflejaban que la afectación sobre la salud de Karen estaba claramente diagnosticada. La solución de este conflicto entre el médico tratante y el director, debió tener en cuenta al menos tres presupuestos: (i) que Karen tenía derecho a buscar su bienestar y a que se protegiera su salud, incluido el derecho a tomar sus propias decisiones para preservarla; (ii) que Karen tenía derecho a que se respetara su autonomía en la decisión que había adoptado de interrumpir el embarazo; (iii) que debió respetarse el ordenamiento jurídico interno del Perú que reconocía el aborto terapéutico y el derecho internacional de los derechos humanos.

Con base en estos presupuestos, el embarazo de Karen debió ser interrumpido aplicando la causal salud, pues así se adoptaba la decisión que mejor protegía sus derechos. Dada la existencia de un conflicto entre la opinión médica y la opinión de autoridades administrativas debió prevalecer la opinión médica, puesto que ésta consultaba, a su vez, la opinión y los intereses de la mujer. En ningún caso los argumentos médicos que indicaban la interrupción del embarazo por riesgo para la salud debieron ser desatendidos con base en argumentos de orden administrativo.⁸⁴

Adicionalmente, por tratarse de una menor de edad, era fundamental que el servicio de salud, creara condiciones para promover sus intereses en la salud y para que se protegiera su autonomía.

⁸⁴ La Mesa por la vida y la salud de las mujeres y la Alianza Nacional por el derecho a decidir. Ana Cristina González (coordinadora), op. cit., p. 238

¿Se dio cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos?

La afectación de la salud de Karen, especialmente su salud mental, con la consolidación de un daño —depresión severa— después del embarazo, la continuación forzada del embarazo y la obligación de amamantar a un feto anencefálico, son situaciones que claramente reflejan que a esta menor no le fueron protegidos sus derechos y, por ende, que los profesionales involucrados en su atención no cumplieron con sus obligaciones, pese a ser el eslabón crítico para la protección del derecho a la salud.

3. La decisión judicial

Karen denunció al Estado peruano ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por la violación de varios de sus derechos humanos debido a los obstáculos que se interpusieron para que accediera a los servicios legales y seguros a los que tenía derecho.

El Comité estudió el caso de Karen y encontró que, en efecto, el Estado peruano había vulnerado sus derechos en varios aspectos.

En primer lugar, reconoció que quienes intervinieron en el acceso a los servicios de Karen vulneraron su derecho a la vida y la pusieron en riesgo: «(...) El Comité observa que las autoridades estaban en conocimiento del riesgo vital que corría la autora, pues un médico gineco-obstetra del mismo hospital le había recomendado la interrupción del embarazo, debiendo realizarse la intervención médica en ese mismo hospital público. La negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la autora. La autora señala que no contó con un recurso eficaz para oponerse a tal decisión. (...)»

Sobre las secuelas derivadas de la imposición de estas barreras, el Comité explicó que: «(...) esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anencefalia, y sin embargo, el director del hospital estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa el sufrimiento por el cual ella tuvo que pa-

sar. El Comité ha señalado en su Observación General No.20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores.⁸⁵(...)»

El artículo 7 del Pacto es el relativo a la prohibición de tratos crueles. Señala la norma: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.»

Afirmó también que, al estar vigente la autorización del aborto cuando existe riesgo para la salud de la mujer, la actuación del Estado se constituyó en una intervención arbitraria: «(...) El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre. (...) la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto.»

También se consideró que había desconocido los derechos de Karen la ausencia de medidas especiales que consideraran su condición de menor de edad: «(...) El Comité observa la vulnerabilidad especial de la autora por ser menor de edad. Nota además que, ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora en el sentido de que no recibió, ni durante ni después de su embarazo, el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas de su caso.»

Como consecuencia de lo anterior, el Comité de Derechos Humanos declaró que el Estado peruano había vulnerado la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles), la prohibición de injerencias arbitrarias (artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles), la protección especial de los menores (artículo 24 del Pacto de Derechos Civiles) y el deber de adoptar medidas para garantizar los derechos del pacto (artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles). Con base en esta determinación, se ordenó al

85 Observación General No. 20 del Comité de Derechos Humanos: «Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» (art. 7), 10 de marzo de 1992, HRI/GEN/1/Rev 1, par. 2 y 5.

Estado publicar el dictamen del Comité, «proporcionar a la autora un recurso efectivo que incluya una indemnización» y «adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro».



Caso 8:

La percepción del riesgo y la voluntad de la mujer acerca cuánto riesgo está dispuesta a correr: asuntos determinantes para la protección de la salud

1. Hechos⁸⁶

Carolina quedó embarazada a la edad de 19 años. En aquel momento tenía una pareja de su misma edad, y ambos deseaban el embarazo. Ella había terminado el bachillerato y su nivel socioeconómico era bajo.

Inició el control prenatal a través de su EPS del régimen subsidiado cuando contaba con 5 semanas de gestación. Desde ese momento advirtió a los profesionales de la salud sobre los antecedentes de mielomeningocele que había en su familia, específicamente en una hermana suya que sufría secuelas motoras y urinarias. A pesar de ello no se le practicaron exámenes especializados para determinar posibles enfermedades.

Cuando tenía 3 meses de embarazo se realizó una ecografía de primer nivel en la que no se identificó ninguna malformación fetal.

Tres meses después, se realizó una ecografía de tercer nivel, pagada con sus propios recursos, con la finalidad de conocer el sexo del bebé. En esta ecografía se le diagnosticó: «*dismorfología por lesión abierta de columna lumbosacra, sin*

86 Para efectos de la descripción de los hechos se tuvieron en cuenta dos decisiones judiciales adoptadas por jueces de primera instancia. El caso se encuentra actualmente en proceso de revisión ante la Corte Constitucional. Por solicitud de la mujer involucrada, se mantendrá en absoluta reserva toda la información que permita su identificación.

meningocele, asociada ventriculomegalia cerebral y desplazamiento de estructuras hacia la fosa craneal posterior. Existe asociado pie equino varo izquierdo.»

Una semana después, se le realizó una nueva ecografía de tercer nivel a través de su EPS. Como resultado de ella se diagnosticó: *«cráneo en limón, ventriculomegalia 11 mm, cerebelo en forma de banana, mielomeningocele lumbar, riñón derecho pielooctacia 3.1 mm, pie equino varo izquierdo, RCIU simétrico y malformación de Arnold Chiari tipo II.»*

Al conocer el diagnóstico le hizo saber al médico que la estaba atendiendo que deseaba interrumpir el embarazo. Su solicitud no fue anotada en la historia clínica, pero se remitió el caso a la Junta Médica de la Unidad de medicina materno fetal del hospital. En la Junta participaron 4 perinatólogos y, al día siguiente, emitieron un concepto recomendando el abordaje de la enfermedad fetal Arnold Chiari tipo II, pero sin considerar de manera expresa la solicitud de interrupción del embarazo. En su concepto indicaron que el manejo del caso debía contemplar:

- Cariotipo fetal de alta resolución con bandeado G y Fish
- Cesárea programada en la semana 37 con neurocirugía para el cierre del defecto en forma simultánea en centro de tercer nivel
- Ecografía de tercer nivel en control mensual
- Pruebas TORCH
- Valoración por genética
- Continuar control prenatal por medicina materno fetal de acuerdo a protocolo
- Valoración por psiquiatría, psicología y trabajo social

La respuesta fue, entonces, que la Junta Médica había indicado el manejo del caso sin contemplar la IVE.

Carolina fue ingresada a través de urgencias por presentar síntomas físicos y se le diagnosticó «trastorno adaptativo con síntomas depresivos» y se ordenó evaluación psiquiátrica. Veinte días después fue atendida para esta valoración. En el transcurso de la misma, se estableció que, *«desde hace tres semanas cuando conoció el diagnóstico se ha tornado triste, ansiosa, con llanto fácil, insomnio, hiporexia, ideas de desesperanza, incertidumbre y de muerte no estructuradas»*. Sobre el examen clínico se anotó: *«se le encuentra muy triste,*

*ansiosa, con llanto fácil e ideas de rabia, incertidumbre y muerte, bradilálica, con tono de voz bajo, sin ideas suicidas».*⁸⁷ A partir de lo anterior, el médico psiquiatra ordenó tratamiento con antidepresivos (trazodone, fluoxetina) e inducción del sueño. A pesar de esto, no se hicieron anotaciones sobre su solicitud de interrumpir el embarazo.

Inicialmente, la auditoría de la EPS la remitió a otro prestador de servicios para la interrupción. Éste, sin embargo, se abstuvo de evaluar a Carolina y simplemente señaló que se acogía a lo determinado por la Junta del primer hospital, pues se trataba de *«los médicos más representativos de la región»*.

En este punto, la EPS advirtió que no podía autorizar el servicio, porque no existía orden de un médico tratante que recomendara la interrupción del embarazo.

Posteriormente, un médico particular evaluó el caso y emitió un concepto recomendando la interrupción, debido a la existencia de *«riesgo para la salud de la madre y las malformaciones fetales múltiples»*. También fue evaluada por una psicóloga que identificó *«diversas manifestaciones de ansiedad y tensión, alteración del ritmo del sueño, pesadillas, alteración de los hábitos alimenticios, pensamientos recurrentes de muerte e ideación suicida (no identificada anteriormente), afectación en los comportamientos sociales, dependencia, llanto frecuente y, en general, una pérdida paulatina de la capacidad para velar por sí misma, atender sus necesidades básicas y tener un desempeño normal. El sentir y los temores de la paciente se resumen en la siguiente frase: “No se siente en condiciones mentales ni emocionales para dar a luz a un hijo que ella cree, será un conejillo de indias para la ciencia y antes prefiere morir”.*»⁸⁸

Con base en estos dos conceptos solicitó nuevamente la interrupción del embarazo al hospital. En una reunión a la que asistieron Carolina, el asesor jurídico de la institución, el director de pediatría y la trabajadora social, le negaron nuevamente el servicio. El asesor jurídico afirmó que la interrupción del embarazo iba «contra la moral» y le recomendó dar en adopción al bebé cuando naciera, lo cual, a juicio de ese funcionario, era equivalente a la interrupción del embarazo.

87 Concepto presentado dentro del proceso por la organización que representa a la mujer.

88 Concepto presentado dentro del proceso por la organización que representa a la mujer.

Sin embargo, la EPS la remitió a otra IPS para la prestación de los servicios. Afirmando que el embarazo estaba muy adelantado, pues para aquel momento Carolina contaba con 31 semanas de gestación, se decidió manejarlo como «adelantamiento del parto», citando al ICBF ante la posibilidad de que el feto sobreviviera. En efecto, la cesárea fue practicada y el feto nació vivo.

Aún cuando se practicó una cesárea para obtener un feto vivo, no se indujo la maduración pulmonar, por lo que el neonato desarrolló problemas respiratorios severos propios de la prematurez, que se habrían podido aminorar. Es importante resaltar que, aunque ella había manifestado su voluntad de interrumpir el embarazo, nunca manifestó su deseo de darlo en adopción, lo cual no tenía por qué inferirse de la solicitud de IVE, y menos cuando no se contaba con su consentimiento. A pesar de ello, se vio obligada a contratar un abogado para evitar la pérdida de la custodia del recién nacido.

A causa de las necesidades terapéuticas del menor que sufre las secuelas de la prematurez y de su malformación neurológica, ella y su compañero se ven obligados a asistir todos los días a los servicios de salud y ninguno de los dos puede trabajar, razón por la cual sus padres los mantienen y su situación económica se ha hecho aún más precaria.

2. Análisis del caso: una lectura desde los derechos humanos

La afectación de la salud de Carolina

El caso de Carolina es paradigmático para mostrar las formas cómo la continuación forzada del embarazo, la desestimación de la percepción del riesgo por parte de la mujer y el no respeto de su autonomía determinan una afectación de la salud y, por ende, violan la protección de este derecho. Carolina inició su embarazo estando sana y deseando un hijo, no obstante lo cual formuló desde el inicio de las consultas su preocupación acerca del riesgo que tenía de llegar a padecer una malformación fetal, dados sus antecedentes familiares. Esta preocupación, evidentemente, significaba para ella que, ante la existencia de una malformación de este tipo, ella preferiría interrumpir su embarazo. Pese a ello, su percepción del riesgo fue ignorada, y los médicos dieron curso

al embarazo, sin haber realizado una ecografía de alto nivel que permitiera descartar realmente una malformación fetal. Hasta ese momento, Carolina había intentado ser, para los médicos una voz de alerta sobre un factor de vulnerabilidad que pesaba sobre su embarazo: los antecedentes de la hermana con secuelas de un mielomeningocele, factor que podría significar, como de hecho llegó a serlo, un riesgo de afectación de su salud.

La desatención del factor de vulnerabilidad que Carolina había comunicado a los médicos terminó por precipitar una afectación de su salud y su bienestar en cuanto supo que cursaba un embarazo a cuyo feto le fue diagnosticada una malformación múltiple y severa. Es decir, que el diagnóstico precipitó en Carolina una clara y sintomática afectación de la dimensión mental de su salud, desde el diagnóstico de la malformación. En aquel momento, a Carolina le fue diagnosticado un trastorno adaptativo con síntomas depresivos. Estos síntomas progresaron a medida que avanzaba el embarazo, sin que encontrara en el personal de salud eco a su solicitud de interrupción del mismo.

Fue así como distintas evaluaciones corroboraron que había desarrollado un cuadro con síntomas de tristeza, ansiedad, llanto, insomnio, pérdida del apetito, desesperanza, incertidumbre e ideas de muerte. Esto último, que no estaba presente al inicio del embarazo, se desencadenó con el avance del mismo. Tan clara fue la afectación de su salud mental, que los médicos decidieron iniciar tratamiento psiquiátrico con medicamentos. No obstante, este tratamiento estaba orientado a contener la evidente precipitación de un cuadro severo, sin haberse planteado nunca el personal de salud una solución definitiva, como la IVE solicitada por Carolina en múltiples ocasiones sin ser escuchada, o que previniera la afectación de su salud a largo plazo, como resultado de la maternidad, que era el riesgo más importante que corría. Más aún, cuando se reunió la junta médica para discutir el caso, las recomendaciones surgidas de ella estuvieron dirigidas al manejo de un embarazo de alto riesgo y al control del feto, pero nunca incluyeron la posibilidad de la IVE legal para un caso claro de afectación de la salud.

El riesgo, entendido como la posibilidad de afectación de la salud, estuvo presente y fue aumentando a lo largo del embarazo de Carolina. En el plano emocional llegó incluso a manifestar, y las evaluaciones psicológicas así lo confirman, problemas sociales, dependencia, llanto fácil y pérdida de la

capacidad de cuidar de sí misma. No había duda que, entendiendo la salud en forma integral, la de Carolina se vio afectada como consecuencia del embarazo. Pero no sólo su salud mental sino también la dimensión social de su salud, debido a su bajo nivel socio-económico; la perspectiva del nacimiento de un hijo con malformación fetal múltiple y severa significaba para esta mujer una afectación de su proyecto de vida. De hecho, el nacimiento del hijo consolidó una afectación de la dimensión social de la salud de Carolina, toda vez que, tanto ella como su pareja, se vieron obligados a dejar de trabajar, para poder responder a las demandas de cuidado del niño y a las múltiples diligencias a las que los sometió el sistema de salud para responder por él. Esto hizo que su situación socio-económica, ya precaria, fuese aún peor. Si los profesionales que atendieron a Carolina hubiesen escuchado su decisión y sus argumentos, habrían entendido que para ella este nacimiento implicaba «cargar con un hijo que será conejillo de indias», y que «antes que eso prefería morir». ⁸⁹

En este como en ningún otro caso, era esencial para proteger el derecho a la salud, evaluar el riesgo desde la perspectiva del bienestar y, con este fin, los profesionales debieron preguntar cuánta calidad de vida estaba dispuesta a perder Carolina y qué calidad de vida deseaba para su hijo. En la ponderación del riesgo era fundamental que se tuvieran en cuenta las características de su vida (sus antecedentes familiares, su situación socio-económica) y su proyecto de vida. En este sentido, era determinante la percepción que ella tenía sobre su propia salud y del riesgo que, según lo sabía Carolina, implicaba para su salud mental un embarazo con malformación fetal. El análisis del riesgo, en este caso, debió considerar la afección del bienestar pero, además, ante la amenaza o el riesgo de suicidio, debió autorizarse de manera inmediata la IVE por riesgo para la vida.

Siguiendo el marco de la causal salud, la opinión de Carolina, y no la de los médicos, debió ser el eje de la determinación del riesgo, en la medida en que sólo ella podía decidir cuánto riesgo estaba dispuesta correr.

⁸⁹ Declaración de Carolina dentro del proceso judicial.

Los principios de los derechos humanos y la afectación de la salud

La EPS, como garante del derecho a la salud de la mujer, las IPS y los médicos tratantes como instrumentos de los que dispone la EPS para este fin, incumplieron sus obligaciones de respeto, protección y garantía, violando de esta manera los derechos de Carolina, particularmente su derecho a la salud, a la información y a estar libre de tratos crueles e inhumanos. En cuanto a la salud, el que una junta médica —que puede ser legítima como espacio de asesoría técnica en casos difíciles— decidiera que debía continuar con su embarazo desconociendo su decisión de interrumpirlo, y que recomendó incluso una cesárea y una intervención de neurocirugía para el feto, constituyeron una intervención arbitraria que impidió a Carolina gozar de su salud. Más aún lo fue el ordenar exámenes de alto costo para monitorear el embarazo y preservar al feto vivo, en lugar de privilegiar la decisión de la mujer y desconocer una serie de conceptos psiquiátricos y psicológicos. Frente a esta situación, la EPS, pese a que ella había obtenido el concepto de un médico privado que recomendaba la IVE por riesgo para salud de la madre y malformaciones fetales múltiples, decidió manejar el caso por cesárea.

En esta misma línea, la participación del asesor jurídico, junto con el director de pediatría y trabajo social en la negación del servicio, argumentando que la interrupción iba contra la moral, desconoció el marco legal vigente en Colombia, y constituyeron graves interferencias de terceros en el goce del derecho a la salud de Carolina. Por último, se configuraron otra serie de interferencias arbitrarias: otra IPS negó el servicio, basada en el concepto de una Junta Médica que nunca habló de IVE, y decidió que no podía contrariar la opinión de los «expertos» del departamento. Convocó además al ICBF (extralimitándose en sus funciones) para que la mujer, sin haber expresado nunca esta intención, entregara al hijo en adopción una vez naciera. Según la causal salud todas estas situaciones pudieron evitarse si quienes tenía el deber de garantizar los derechos de Carolina hubiesen cumplido sus obligaciones según los principios de los derechos humanos. Las múltiples intervenciones arbitrarias en las que se incurrió ignoraron que la interrupción es una decisión explícita de «no nacimiento del hijo» que, en este caso, respondía además a la ponderación que la mujer había hecho sobre la vida y el futuro que deseaba para ella y para su hijo.

Toda esta situación, el que Carolina tuviera que soportar el nacimiento del hijo vivo y con malformaciones y soportar el sufrimiento que esta situación le producía —la cual ya había vivido con su hermana— configuró entonces un trato cruel, inhumano y degradante por parte del sistema de salud. En síntesis, el incumplimiento del respeto y la protección condujeron a la EPS y a los diversos prestadores a faltar su deber de cumplimiento, que debió consistir en garantizar el acceso efectivo a una IVE, sin medidas administrativas, o desinformación que pudieran impedirla.

Atención y ética

Desde el punto de vista ético, ningún deber era tan crucial en la relación entre Carolina y los profesionales de la salud como el respeto de su autonomía. Si la causal salud hubiera sido aplicada, no hubiera sido posible que se desconociera, como se hizo, su autonomía: no sólo no se consideró su solicitud de practicar una IVE —llegando incluso a evadir su obligación de dejar constancia de esta petición en la historia clínica— sino que no consideraron su percepción del riesgo, ni cuánto dolor y sufrimiento estaba dispuesta a soportar. Fue así como las decisiones de los profesionales desconocieron siempre su voluntad, manifestada desde etapas tempranas del control prenatal.

El hecho de no practicar los exámenes cuando la paciente advirtió sobre sus antecedentes, reflejó hasta que punto se desestimó su percepción del riesgo en las decisiones sobre su embarazo. Fue así como tuvo que recurrir a una ecografía realizada con sus propios recursos, la cual confirmó el diagnóstico que temía, una malformación fetal múltiple.

Desde la perspectiva de la causal salud, era fundamental que se hubiera reconocido a la mujer como sujeto de sus decisiones y que se hubiera considerado su percepción del riesgo. El respeto a la decisión de Carolina basada en el impacto que toda esta situación tenía sobre su salud, exigía su reconocimiento como sujeto ético autónomo con aptitud y capacidad de tomar decisiones como un medio para alcanzar los fines y la vida que se había propuesto, incluida la decisión de no continuar con el embarazo.

El principio de respeto de la autonomía en la aplicación de la causal salud tenía dos implicaciones principales. En primer lugar, la imposibilidad de intervenir o

controlar la decisión de Carolina de interrumpir el embarazo por representar éste riesgo para su salud o, incluso, su vida. En segundo lugar, implicaba que quienes estaban interviniendo en la aplicación de la causal debieron promover en forma activa que su decisión fuera efectivamente autónoma; por ejemplo, suministrando información completa (y no sólo ofrecer la de la adopción), y teniendo en cuenta sus particularidades y la claridad que ella tenía, por sus antecedentes familiares, sobre su voluntad de no continuar con el embarazo. El irrespeto de su autonomía causó, además, un daño a la salud de Carolina y le generó un enorme sufrimiento.

Por último, las intervenciones de algunas de las personas que constituyeron la cadena que impidió a Carolina interrumpir su embarazo, estaban basadas en creencias morales, faltando con esto al deber ético de la objetividad en la atención, al no establecer límites para ejercer la libertad de manifestar las propias creencias. Estos límites, siguiendo el marco de la causal salud, debieron traducirse en no imponer las propias creencias sobre la decisión de la mujer. Las creencias morales de los profesionales de la salud no podrían haber interferido en la decisión autónoma de Carolina.

¿Se dio cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos?

En el marco de la interpretación amplia del derecho a la salud, uno de los elementos claves es la garantía del acceso a servicios de salud, pues de esta manera se cumplen las obligaciones de este derecho. Esta garantía, a su vez, está conformada por distintos componentes, siendo de especial pertinencia en este caso la accesibilidad y la calidad. En cuanto a la calidad, en el proceso de atención a Carolina no hubo la entrega de información adecuada, ni se ofrecieron todas las alternativas terapéuticas disponibles, incluida la IVE. Por otra parte, no se le brindó el trato cálido, humano y respetuoso que merece cualquier mujer que elija interrumpir un embarazo. En cuanto a la accesibilidad, se falló principalmente en el respeto a la autonomía de la mujer. Fue así cómo, en una larga cadena de acontecimientos y encuentros con el sistema de salud, nunca se escuchó que este embarazo implicaba para Carolina un sufrimiento tan grande que ella no estaba dispuesta a soportarlo, hasta el punto que terminó afectando de manera profunda su salud mental y llevó a consolidar un daño en la dimensión social de su salud, toda vez que se vio forzada a alterar

el curso de su proyecto de vida. Es decir que, al no cumplir las obligaciones de los derechos humanos y al no tener en cuenta su percepción del riesgo y cuánto sufrimiento estaba dispuesta a soportar, su derecho a la salud fue desprotegido, en lugar de aplicar la causal salud.

3. La decisión judicial

Carolina interpuso una acción de tutela con el fin de que se ordenara la interrupción voluntaria del embarazo. El juez de primera instancia declaró improcedente el amparo porque, mientras se adoptaba la decisión, la cesárea había sido programada y llevada a cabo efectivamente. Estimó que el hecho había sido superado.

En segunda instancia, si bien se decidió mantener la declaratoria de hecho superado, se consideró que los derechos de Carolina habían sido vulnerados y se ordenó a varias autoridades investigar los hechos y adoptar decisiones sobre las responsabilidades de los diferentes actores.

Explicó el Juzgado:

«Entonces para este Despacho conforme al material probatorio obrante, a la luz de la Constitución y la sentencia C-355 de 2006, en el presente caso tanto las entidades accionadas como los médicos que conocieron del caso, vulneraron los derechos fundamentales de la señora CAROLINA JULIANA ARGUELLO GIL como quiera que habiendo solicitado la interrupción voluntaria del embarazo, y allegado las certificaciones médicas, ecografías que así lo ameritaban, no obstante ello en dichas instituciones prestadoras de servicios de salud, se negaron en todas las oportunidades en que acudió a ello, a través de peticiones o en forma verbal y siempre recibía la misma respuesta, de todos los comités científicos existentes en dichas instituciones, en cuanto a la inviabilidad de dicho procedimiento debiendo incluso dicha mujer acudir a otras instancias de derechos humanos dada la apremiante situación que causaba perturbación emocional.»

Sobre el deber de los profesionales señaló: *«Valga recordar, que de conformidad con la Ley 23 de 1981, uno de los principios que sirven de fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre ética médica, indica que la*

medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinción de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso, y que, el médico deberá conocer y jurar cumplir con lealtad y honor, entre otros, hacer caso omiso de las diferencias de credos políticos y religiosos, de nacionalidad, razas, rasgos sociales, evitando que estas se interpongan entre sus servicios profesionales y el paciente.»

Por estas razones, se compulsaron copias al Ministerio de Protección Social y a la Superintendencia de Salud para que investigaran la conducta de la EPS y las IPS, y se ordenó notificar al Tribunal de ética médica para que revisara la conducta de los profesionales de la salud frente a este caso concreto.

Caso 9:

Aplicación de la causal salud cuando existen condiciones de salud que se agravan con el embarazo y que afectan el bienestar

1. Hechos⁹⁰

Berta, de 24 años, se encontraba bajo el cuidado de su madre cuando ésta identificó alteraciones en su estado de salud. Inicialmente fue ingresada por urgencias a través de la EPS por presentar dolor abdominal y vómito, pero no se diagnosticó ninguna enfermedad específica y fue dada de alta. Como no mejoró su estado de salud, la madre decidió acudir a una consulta particular en la que se practicaron varios exámenes; sin embargo, tampoco se determinó la causa del deterioro de su estado de salud. Dado que allí se le recomendó la hospitalización, acudió nuevamente a urgencias a través de la EPS. Entre otros exámenes se le realizó una ecografía pélvica, que mostró que estaba en estado de embarazo. El dictamen del médico tratante señaló:

«Paciente con embarazo de 9 sem., x eco, parálisis cerebral por lo que se sospecha abuso sexual, hiperemesis gravídica, dolor abdominal, en tto con metoclopramida.»

Los médicos remitieron directamente la documentación a las autoridades judiciales debido a las condiciones de salud de Berta, que mostraban una relación sexual abusiva. Su madre procedió de inmediato a presentar la denuncia y se consideró como posible responsable a un «hermano de crianza.» La madre procedió también a solicitar la interrupción del embarazo a la EPS, considerando las circunstancias que habían dado lugar al embarazo y el estado de salud de

⁹⁰ Para efectos de la descripción de los hechos se tuvo en cuenta la sentencia T-988 de 2007. La decisión judicial mantiene en reserva los nombres de las personas involucradas en el caso.

su hija. Los médicos le indicaron a la madre que: *«por la vía que fuera tocaba practicarle el aborto porque esa niña no podía tener ese bebé.»*⁹¹

Dentro de los antecedentes personales de Berta,⁹² se resalta que ésta tenía 20 meses cuando se le diagnosticó «Retardo psicomotor severo e hipotiroidismo.» A los 14 años su situación de salud empeoró, y se realizó un nuevo diagnóstico, en el que se determinó que padecía además «Cuadriparesia espástica, encefalopatía hipóxica isquémica, hipotonía trocular, epilepsia parcial versiva a la izquierda, mioclonía, entre otras patologías.» Por esta razón *«se le deben suministrar, diariamente y de por vida, medicamentos que contrarrestan sus dolencias y, en especial, el Síndrome Convulsivo derivado de la Epilepsia.»*

Berta vivía con su madre, que trabajaba como modista, y con su padre, desempleado. Ambos se dedicaban al cuidado de Berta, pues su discapacidad era bastante severa: *«no habla, no camina, el lado derecho es totalmente inútil, hay que la mano (sic) mantenerla con férula porque de lo contrario es descolgada, ella avisa de la orina, pero cuando yo salgo me toca dejarla acompañada.»*⁹³ Su nivel socioeconómico era bajo puesto que no tenían ingresos estables. Su manutención estaba a cargo de los hermanos mayores de Berta.

Sobre el deterioro de la salud de Berta a raíz del embarazo, su madre explicó: *«mi hija se encuentra en mal estado de salud, ya no tiene alientos de estar sentada, ni nada, lleva tres meses sin comer ni pararle nada en el estómago, no duerme, le duele mucho el estómago, hay ratos que queda sin conocimiento, ya no se sostiene ni sentada, sólo acostada, yo les pido el favor que me colaboren, yo creo que la niña está para morirse porque no tiene color ni alientos de nada, ella era gordísima y ahora está flaca, sólo se le ven los ojos (...).»*

En dos oportunidades solicitó a la EPS la interrupción del embarazo y la reserva de la identidad de su hija y la de su familia. Señaló en su solicitud:

«Como quiera que mi hija es una persona con retardo psico-motor severo, se encuentra en estado de embarazo, según se observó en la ecografía practicada

91 Declaración presentada por la madre ante el Juzgado en el proceso de tutela.

92 Este es un nombre ficticio, pues los nombres de las personas involucradas en el proceso fueron suprimidos por tratarse de un caso que involucra a una mujer en situación de discapacidad.

93 Declaración presentada por la madre ante el Juzgado en el proceso de tutela.

y este embarazo fue producto de un acceso carnal violento el cual ya fue puesto en conocimiento de la autoridad competente, solicito de manera respetuosa realice los trámites pertinentes para que a mi hija se le practique a la mayor brevedad posible la interrupción de su embarazo, tal como lo ha establecido la H. Corte Constitucional en pronunciamientos recientes. Es claro, que en las condiciones en que se produjo el embarazo y el estado físico y mental de mi hija, tal situación es imposible que siga su curso, reitero a Usted mi petición, para que finalmente las consecuencias no sean más funestas y gravosas para la salud de mi hija, además del riesgo y eventuales secuelas que puede provocarse en el bebé. (...)»

La EPS negó el servicio por considerar que no se había anexado copia de la denuncia de la violación, ni certificación de que la madre era la representante legal y podía decidir por ella, considerando que era mayor de edad. También señaló que no había evaluación psiquiátrica que permitiera certificar que no había existido consentimiento.

Por su parte, los médicos tratantes alegaron que, debido a que el embarazo se encontraba en la semana 15, existía un alto riesgo para la salud de Berta si se interrumpía. Señalaron que la parálisis y demás patologías que padecía no generaban riesgo para su salud. Si bien reconocieron que tendría que realizarse una cesárea que podía causar riesgos, no consideraron estos riesgos tan graves como los de la interrupción del embarazo. Explicaron:

«1. El aborto es un procedimiento quirúrgico que independientemente de la paciente no está exento de riesgos por tratarse en sí de un acto quirúrgico así sea catalogado como menor.

Pueden presentarse en cualquier legrado obstétrico complicaciones de tipo infeccioso, sangrados, hemorragias, lesiones uterinas tipo perforación con lesiones de otros órganos y en la anestesia complicaciones inherentes al mismo acto anestésico.

La patología de base de la paciente puede incrementar los riesgos pero independientemente de esto el legrado obstétrico no es un procedimiento exento de riesgos pudiendo en algunos casos poner en peligro la vida del paciente.

2. La paciente en el momento se encuentra en embarazo con edad gestacional promedio de catorce semanas por ecografía practicada en el día de hoy,

bienestar fetal basado en el concepto emitido en la anterior respuesta, la práctica de un aborto no está exenta de riesgo para la vida del paciente.

3. *En el momento y según la ecografía realizada en el día de hoy se encuentra embarazo de más o menos catorce semanas con feto único vivo, con movimientos activos, bienestar fetal, placenta y líquido amniótico normales, peso fetal estimado de 74 gramos.*

No es posible con esta información actual del embarazo poder determinar si de seguir el curso actual del embarazo el grado de calidad de vida que pueda tener el recién nacido, ya que en el momento no se ha detectado ni hablado de ningún hallazgo o patología del embrión. Se presume normal hasta el momento.

4. *El embarazo per se (sic) no es una enfermedad pero tampoco está exento de riesgos los cuales pueden hasta comprometer la vida de la paciente. Con respecto a la enfermedad de la paciente como es su parálisis cerebral y cuadriplejía no tiene porque afectarse o deteriorarse aún más.*
5. *Ya se explicó en el primer punto que el aborto es un procedimiento quirúrgico que no está exento de riesgos que pueden incluso poner en peligro la vida de la paciente. Pero para efectos prácticos y con la patología de base de la paciente es difícil determinar las secuelas psicológicas y las físicas de no haber complicaciones no son perceptibles.*
6. *En las condiciones de la paciente, no sería posible un parto normal, vía vaginal. Sería candidata para un parto por vía abdominal (cesárea)*
7. *El embarazo no está exento de ningún riesgo durante los tres trimestres presentándose diversas patologías que comprometen el estado del mismo tanto desde el punto de vista materno como fetal. La interrupción del embarazo ya sea temprana (aborto) o a término (parto vaginal o cesárea) tampoco se encuentran exentas de riesgo tanto para la vida de la madre como para el producto de la concepción.»*

La madre interpuso una acción de tutela para tratar de conseguir el acceso a los servicios que requería su hija. Esta tutela fue negada en primera y segunda instancia, por lo que la EPS no interrumpió el embarazo. Cuando la Corte Constitucional se comunicó con ella para conocer el estado de salud de Berta explicó que: «*la joven ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz*», es decir, la joven acudió a una interrupción por fuera del sistema de salud.

2. Análisis del caso: una lectura desde los derechos humanos

La afectación de la salud de Berta

Siendo Berta una mujer con discapacidad severa y retardo psicomotor también severo, requería cuidado permanente por parte de terceros para su supervivencia, y se encontraba en tratamiento para el manejo de algunas de las patologías que acompañaban su discapacidad, tales como la epilepsia. Era claro que no podía disfrutar del más alto nivel de lo que definimos como estado de salud y bienestar. Por el contrario, en el momento del embarazo, ya estaba sumida en una profunda afectación de su salud física y mental y a esto se sumaban una serie de síntomas como inapetencia, insomnio y vómito, desde antes de que le fuera diagnosticado el embarazo. Por tanto, en el momento en que se encuentra que Berta estaba embarazada con 9 semanas de gestación, la petición de su madre para interrumpir el embarazo tendría que haber sido atendida, por tratarse este caso de una afectación de la salud de Berta, además de las posibles consecuencias que sobre el feto podría tener el uso de medicamentos para la epilepsia, al que según la historia, estaba sometida la mujer, que padecía incluso de mioclonías.

En otras palabras, este embarazo aparece en una mujer cuya salud ya se encontraba afectada y para quien, por tanto, resultaba difícil asumir las consecuencias físicas que genera el embarazo y los eventuales riesgos que éste implica, por ejemplo, la posibilidad de que en función de los cambios hormonales, se incremente (entre 30-50%)⁹⁴ la frecuencia de los episodios epilépticos, pues habitualmente se reduce la eficacia del medicamento. El embarazo, como bien lo reporta la bibliografía médica implicaba, entre otras consecuencias,

94 Rochester JA, Kirchner JT., «Epilepsy in pregnancy», *Am Fam Physician* 1997 Oct 15;56(6):1631-6, 1638 [Resumen] [Texto completo]; Pschirrer ER, Monga M., «Seizure disorders in pregnancy», *Obstet Gynecol Clin North Am* 2001 Sep;28(3):601-11, vii [Resumen]; Molins A., «Antiepileptic drugs in the elderly , pregnant women, children and in systemic disorders», *Rev Neurol* 2000 May 1, 15;30(9):865-72 [Resumen]; Nulman I, Laslo D, Koren G., «Treatment of epilepsy in pregnancy», *Drugs* 1999 Apr;57(4):535-44 [Resumen]; Gilmore J, Pennell PB, Stern BJ., «Medication use during pregnancy for neurologic conditions», *Neurol Clin* 1998 Feb;16(1):189-206 [Resumen].

una disminución de la eficacia de los medicamentos, un aumento de síntomas tales como convulsiones y/o alteraciones sobre el feto, constituyendo por lo tanto un riesgo para la salud de Berta en todas sus dimensiones.

Los neonatos de mujeres con epilepsia tienen mayor riesgo de restricción del crecimiento intrauterino y de ser catalogados como pequeños para la edad gestacional. Tienen una mayor posibilidad de tener APGAR bajo 7 por minuto, calificación que permite pronóstico de vida. La politerapia medicamentosa antiepiléptica durante el primer trimestre del embarazo puede, por un lado, estar relacionada con malformaciones fetales, en especial, el uso del ácido valpróico y, cuando se mantiene la politerapia, con un nivel B de evidencia, se ha encontrado que hay reducción en el desarrollo cognitivo del recién nacido.⁹⁵

Al nivel físico, la existencia de múltiples discapacidades motrices y secuelas como la epilepsia implicaban que el embarazo causaría más convulsiones y que la gestación progresara en un cuerpo no sano, con múltiples anomalías físicas, en el cual se podían potenciar negativamente los efectos propios del embarazo. Al nivel mental, debido a los efectos emocionales del embarazo en una mujer con retraso mental y a la potencial afectación de la salud del feto, y en lo social por la alteración de su situación de vida, ya afectada en forma significativa por su incapacidad para cuidar de sí misma y, por ende, incapaz de cuidar de otros, a lo que se sumaba una precaria situación socio-económica. El embarazo en la vida de esta mujer con una discapacidad múltiple y severa, constituía también una afectación de su calidad de vida y, por lo tanto, de la dimensión social de su salud. Estaba claro que la negativa de los profesionales a aceptar la interrupción del embarazo, alegando que no necesariamente había riesgo para la salud de Berta con la continuación del mismo, constituía una minimización de toda la situación de base.

El riesgo estaba tan presente que el embarazo, en sí mismo, debió haber sido clasificado como de «alto riesgo» y debió estar acompañado de un manejo

95 Harden CL, Meador KJ, Pennell PB, et al, American Academy of Neurology; American Epilepsy Society. «Practice parameter update: management issues for women with epilepsy--focus on pregnancy (an evidence-based review): teratogenesis and perinatal outcomes: report of the Quality Standards Subcommittee and Therapeutics and Technology Assessment Subcommittee of the American Academy of Neurology and American Epilepsy Society», *Neurology*, 2009 Jul 14;73(2):133-41. Epub 2009 Apr.

especializado de neurología.⁹⁶ En estas condiciones, el embarazo resultado de una violación implicaba para Berta una afectación de su salud en todas las dimensiones: física, mental y social. Desde una perspectiva de la causal salud, no era posible obligar a una mujer en situación de discapacidad severa a continuar con un embarazo para el que no tenía suficientes capacidades (intelectuales, emocionales ni físicas), y que podía empeorar su estado de salud. Según la bibliografía médica, el manejo de la mujer embarazada con epilepsia debe ser un manejo multidisciplinario, para poder elegir un tratamiento seguro y efectivo. En parte porque los medicamentos anticonvulsivos no son inocuos para el feto; algunos de ellos tienen efectos teratogénicos y, además, porque el embarazo, al aumentar la filtración glomerular, reduce los niveles sanguíneos de los medicamentos, haciendo, en ocasiones, difícil el control de las convulsiones.

Por otro lado, la información suministrada por los médicos sobre los altos riesgos de una interrupción en la semana 15 (habiendo pasado ya 6 semanas desde el diagnóstico del embarazo y la solicitud de interrupción) por el procedimiento del legrado, mostraron una conducta que claramente reflejaba que se estaba maximizando el riesgo de un procedimiento que, como bien lo reporta la bibliografía médica, es seguro y sencillo. Este embarazo podría haber sido interrumpido con medicamentos o bien por Aspiración Manual Endouterina. De otro lado, estos mismos profesionales subestimaron los riesgos de continuar el embarazo y de la cesárea, el procedimiento que terminan indicando para finalizar, más adelante, esta gestación.

Finalmente, está claro que, ante las múltiples dificultades, físicas, cognitivas y emocionales de Berta para enfrentar su maternidad y el posterior nacimiento y crianza de su hijo, existía un impacto intergeneracional de la maternidad, puesto que la madre de Berta terminaría, en la práctica, como responsable del cuidado de este hijo. La presencia de una discapacidad tan severa, que requería de cuidado para Berta, mostraba que sería su madre, o sea la abuela, quien debería asumir la crianza, dejando claro que la salud de Berta no permitía condiciones adecuadas para ello.

96 «Practice parameter: Management issues for women with epilepsy (summary statement)», *Report of the Quality Standards Subcommittee of the American Academy of Neurology*, 1998.

Los principios de los derechos humanos y la afectación de la salud

En el caso de Berta, todos los principios de los derechos humanos fueron violados por los distintos actores que participaron de su proceso de atención, al no impedirse las intervenciones arbitrarias que, como explicaremos más adelante, supusieron la solicitud de una serie de requisitos por fuera del marco de la ley por parte de los profesionales de la salud. Esto llevó a que a Berta no se le garantizara el acceso efectivo, oportuno y seguro a una interrupción del embarazo, que como se ha explicado antes, era alegable por afectación de su salud y su bienestar. En buena medida, la manipulación de los riesgos de los procedimientos (el aborto y la cesárea) interfirió sobre una solución adecuada e impidió que se cumpliera la protección del derecho a la salud de Berta.

Atención y ética

El caso de Berta, una mujer con discapacidad cognitiva severa, obligaba a los profesionales que la atendieron a que la voz de su madre fuera tenida en cuenta como representante del mejor interés para ella. En este caso, la madre de Berta alegó desde etapas tempranas de la gestación, primero, que había sido víctima de violación y, por tanto, era legal solicitar la interrupción y, segundo, que ella consideraba que, dadas las condiciones físicas y mentales de su hija, no era posible que se continuara con la gestación. La decisión de la madre de Berta, como su tutora, estaba dirigida a lograr los mejores resultados para su salud y se imponía el respeto de su autonomía, tal como lo contempla el marco de los derechos humanos. Era un deber ético de los profesionales que la atendieron.

Análogamente, este proceso de atención refleja que, al impedir el acceso a una IVE y dilatar la atención de manera que, con el avance de la gestación, fuera más difícil interrumpirla, los médicos involucrados en la atención faltaron a los deberes éticos de la no maleficencia y la beneficencia, obligando a una mujer en situación de discapacidad, y a su madre, a buscar la interrupción por fuera del sistema de salud,⁹⁷ con las posibles consecuencias negativas que sobre su

97 Aunque en el caso no hay información acerca de las condiciones en que se interrumpió el embarazo y la respuesta de la madre no da razón de las mismas («no esta embarazada pero no dio a luz»), se podría inferir que la IVE fue legal porque estaba protegida por las causales.

salud y su vida hubiera podido tener el que ésta se realizara en condiciones de inseguridad, en lugar de permitir que se hiciera en su EPS, responsable de la salud de Berta. Faltar a estos deberes éticos supuso, además, imponer a la vida de Berta y de su madre, como directa responsable y cuidadora, un sufrimiento exagerado, en lugar de disponer la infraestructura y la atención humanizada para proteger la salud de esta mujer e impidiendo que se perdiera tiempo en el proceso de atención, lo que se refleja en el hecho de que hubieran transcurrido 6 semanas desde la primera ecografía diagnóstica del embarazo, hasta cuando se emitió el concepto según el cual interrumpir el embarazo a las 15 semanas es riesgoso.

Los criterios de interpretación

A la clara afectación que de la salud de Berta suponía este embarazo, se sumaron los riesgos de dilatar la atención, por no haber utilizado en forma apropiada los criterios de interpretación de las normas sobre el aborto en Colombia, que imponían que las dudas que fueron planteadas por los profesionales sobre su caso hubieran sido resueltas a favor de la protección de su salud, en lugar de permitir que avanzaran la gestación y el riesgo para ella. Criterios que obligaban, además, a que no se impusieran requisitos no previstos en las normas, como se hizo en este caso.

En primer lugar, la duda de si el embarazo había sido resultado de una relación consentida o no, y la imposición de una evaluación psiquiátrica para certificar la existencia de un acto sexual no consentido. Desconocer que para una persona con discapacidad cognitiva severa no es posible consentir a una relación sexual, e ignorar que un acto sexual cometido en estas circunstancias es una violación llevó, en el caso de Berta, a que se impusiera una duda personal —la del profesional— por sobre el deber de protección de la salud de Berta y el deber de reconocer que, cuando hay violación, el único requisito que puede exigirse es la denuncia que, como bien explicó la madre de Berta, había sido presentada por ella. Y es desconocer que no compete al profesional indagar si hubo o no consentimiento cuando una mujer alega la existencia de violación. Además de

Lo que no se sabe es si la practicó un prestador que brindara condiciones adecuadas de seguridad.

no ser un requisito legal, esta petición fue una interferencia arbitraria de los profesionales de la salud en el proceso de acceso a servicios de salud.

En segundo lugar, la aplicación de los criterios de interpretación, que claramente afirman que no es posible imponer requisitos adicionales, hubiera impedido la solicitud de probar que, siendo Berta mayor de edad, correspondía a la madre ser su tutora legal, desconociendo que en los casos de retraso cognitivo severo, esta obligación recae sobre los padres. Exigir esta prueba era, de nuevo, la solicitud de un requisito no previsto en la ley, atribuyéndose los profesionales una competencia que no les ha sido asignada.

En tercer lugar, el que la madre de Berta se viera obligada a interponer una tutela para lograr que se realizara la interrupción del embarazo de su hija con discapacidad, y que ésta hubiera sido negada, no era un argumento para que la EPS se negara a ordenar la interrupción, pues la tutela se constituía en sí misma en un requisito por fuera de la ley.

¿Se dio cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos?

Coexistieron en el caso de Berta, dos causales para interrumpir el embarazo: la violación y el riesgo para la salud y la vida, y ninguna de las dos se aplicó, dado que fueron exigidos requisitos no contemplados en las normas. En el caso de Berta fueron vulnerados sus derechos a la salud y otros relacionados con ellos, tales como la protección de lo que su madre, en calidad de tutora, consideraba mejor para ella. El conflicto que se presentó entre los profesionales que no quisieron interrumpir la gestación de Berta alegando requisitos ilegales y faltando a su deber ético de atención oportuna, y la madre de Berta como legítima representante legal, fue resuelto en contra del mejor interés de la salud de Berta, afectando las obligaciones de derechos humanos de disponer los servicios en forma oportuna, de hacerlos accesibles mediante la atención y la entrega de información veraz y de brindar un trato con calidad técnica y humana. Esto hubiera podido evitarse aplicando la causal salud en forma oportuna.

3. La decisión judicial

Como se explicó antes, la mamá de Berta interpuso una acción de tutela para solicitar a la EPS la interrupción del embarazo.

El juez de primera instancia, si bien reconoció las demoras y los retrasos en la atención causados por los profesionales de la salud que la atendieron, negó el amparo por considerar que la interrupción del embarazo reportaba riesgo para la salud de la mujer según lo señalaron los médicos, debido a que contaba con 15 semanas de embarazo. El Juez de segunda instancia confirmó esa decisión.

La Corte Constitucional, por el contrario, protegió los derechos constitucionales de Berta. En primer lugar, recordó los lineamientos de la sentencia C-355 de 2006 y la regulación del Ministerio de la Protección Social adoptados en el país. A continuación se refirió a la despenalización del aborto en los casos de violencia sexual para explicar que el único requisito exigible según la sentencia era la «copia de la denuncia». De acuerdo con esto, resultaba inadmisibles cualquier otro requisito que impidiera el acceso a la interrupción del embarazo como: *«exigir como condición previa para efectuar la interrupción del embarazo: (i) evidencia forense de penetración sexual; (ii) pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; (iii) que la violación se haya confirmado a satisfacción del juez; (iv) que el funcionario ante quien se eleva la denuncia esté convencido de que la mujer fue víctima de violación; (v) permiso, autorización o notificación, bien del marido o de los padres (...).»*

Con base en lo anterior, estimó que las exigencias que se habían hecho en el caso concreto por parte de la EPS habían resultado desproporcionadas: *«exigir del modo en que lo hizo la E. P. S. SaludCoop en el asunto bajo examen, requisitos adicionales al denuncia —esto es, de una parte, sentencia judicial de interdicción y guarda y, de otra, prueba psicológica por medio de la cual se comprobara que la relación no fue consentida— constituyeron requerimientos desproporcionados (...).»* Por esta razón, consideró que, a través de estas prácticas: *«(...) la Entidad Promotora de Salud dilató de manera injustificada la práctica del aborto (...).»*

En cuanto a la afectación de la salud de Berta, señaló que ésta resultaba evidente: *«la joven no sólo fue víctima de violación sino que resultaba a todas luces evi-*

dente que la circunstancia del embarazo con las limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que caracterizan su discapacidad, contribuían a empeorar su situación y a desmejorar de modo considerable su calidad de vida. (...)» Debido a esto, consideró que la EPS había vulnerado los derechos de Berta a preservar su integridad física y a vivir libre de tratos crueles: «actuación de la E. P. S. SALUDCOOP encaminada a dilatar y a obstaculizar la interrupción del embarazo apoyándose en excusas inadmisibles para el caso concreto, significó desconocer también el derecho de la joven a preservar su integridad física y moral e implicó someterla a los sufrimientos adicionales que le produjo el estado de embarazo. Al omitir la E. P. S. efectuar de modo inmediato la interrupción del embarazo, sometió a la joven a una situación bajo la cual le era imposible vivir libre de dolores y humillaciones e implicó, en ese orden, un claro desconocimiento de su derecho a la garantía de la dignidad humana.»

La Corte insistió, para terminar, en que el derecho de las mujeres a proteger su salud cuando ésta se pone en riesgo en razón del embarazo, tiene un lugar privilegiado en la protección constitucional:

«Es preciso insistir en que, a partir de lo establecido en la ratio decidendi de la sentencia C-355 de 2006, la protección del valor de la vida del nasciturus no puede hacerse equivalente al amparo que confiere el ordenamiento constitucional a los derechos de la mujer gestante. Cualquier medida que se adopte para amparar el valor de la vida del que está por nacer, debe evitar poner en entredicho el derecho de la mujer gestante a su vida y a su salud integral; ha de impedir el desconocimiento del derecho de la mujer gestante a vivir libre de violencia, de humillaciones y de discriminación injustificada. Debe orientarse, en suma, a garantizar la protección de la dignidad humana de la mujer gestante, su libertad e integridad física y psíquica.

Tal como lo manifestó la Corte en la sentencia C-355 de 2006: en una hipótesis como la que se debate en el caso bajo examen «no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.» La Corporación fue muy clara en recordar que a partir de lo dispuesto en el ordenamiento constitucional colombiano no es factible derivar una obligación en cabeza de la mujer gestante a «asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general.»

Como la madre de Berta había reiterado su solicitud de que no se interfiriera más en el caso y se mantuviera la decisión de hecho superado, la Corte declaró vulnerados sus derechos constitucionales pero no dispuso medidas concretas de protección. Sin embargo, advirtió a la EPS: *«que debe abstenerse de elevar obstáculos de orden formal cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada —con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que le imposibilitan la manifestación libre y directa del consentimiento— cuando ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo. **ADVERTIR** asimismo que en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.»*

IV.

Conclusiones y
recomendaciones

La lectura de los casos anteriores nos permite reflexionar acerca de un conjunto de elementos que, cuando interfieren en el proceso de atención y se convierten en barreras para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, terminan afectando la salud y con frecuencia violando el derecho a ella y otros derechos relacionados. En este sentido, es importante poner de presente el marco de la causal salud, cuya aplicación permite evitar estas situaciones y sirve para orientar a los profesionales en la adopción de las mejores decisiones para evitar que los riesgos se conviertan en afectación de la salud y de la vida.



A manera de conclusión

- La afectación de la salud puede incidir sobre otros derechos, tales como el derecho a la vida (por el riesgo de suicidio por ejemplo), la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (por la imposibilidad de cumplir la decisión de interrumpir el embarazo) y la dignidad humana (debido a la pobreza, por ejemplo).
- No corresponde a los profesionales de la salud corroborar la correspondencia entre la fecha declarada por una mujer como fecha de violación, y las semanas de gestación. Buscar esta corroboración es exigir un requisito por fuera de la ley e imponer una carga desproporcionada a las mujeres. Cuando se trate de embarazo en menores de 14 años, los profesionales deben presumir violencia sexual.
- En todos los casos, la objeción de conciencia de un profesional debe estar acompañada de una remisión adecuada a otro profesional habilitado. La objeción de conciencia no puede convertirse en una excusa para negar

servicios y las instituciones —tanto aseguradoras como prestadoras de servicios— deben tener definidos de antemano los profesionales habilitados y dispuestos para garantizar el acceso oportuno a los servicios. Siguiendo el marco de la causal salud, la aplicación de la objeción de conciencia tiene límites que deben traducirse en la no imposición de las propias creencias sobre la decisión de la mujer. Las creencias morales de los profesionales de la salud no pueden interferir en la decisión autónoma de la mujer.

- Cuando se trate de los prejuicios religiosos de los profesionales que brindan atención, estos no pueden primar por sobre la protección de la salud, pues se estaría faltando al deber ético de la atención objetiva y respetuosa en el marco de derechos.
- Al establecer requisitos que no están contemplados en la ley, los profesionales incurren en obstaculización de la atención y, de esta manera, afectan la salud de la mujer y violan sus derechos. Por ejemplo, la solicitud de un profesional encaminada a exigir una orden judicial previa para proceder a efectuar la interrupción del embarazo constituye una práctica inadmisibles por entero contraria a la normatividad vigente.
- Cuando se desprotegen o violan otros derechos, el de la información, por ejemplo, al no explicar a las mujeres cuáles son los requisitos legales para la interrupción voluntaria del embarazo, se está violando también el derecho a la salud. Si el suministro de información es sesgado, especialmente en lo referente a la **sobreestimación** del riesgo en la práctica del aborto, se está violando el derecho a la información.
- El diagnóstico de malformación fetal severa genera en las mujeres una situación de angustia y estrés mayor que la de otras madres y el cuidado que se les exige —la carga del cuidado— suele afectar o truncar su proyecto de vida, pues carecerán del tiempo necesario para estudiar o trabajar. De esta manera queda claro cómo la malformación fetal puede afectar la dimensión social de la salud de las mujeres.
- La anencefalia del feto constituye un riesgo para la salud física, mental y social de la mujer.
- Las EPS no pueden interferir arbitrariamente cuando se trate de la solicitud de IVE por parte de las mujeres y, de manera particular, cuando lo que está en riesgo son su salud o su vida. Asimismo, están obligadas a garantizar que los profesionales de la salud adscritos a su red de prestadores no interfieran arbitrariamente en el acceso de las mujeres a los servicios que necesitan.

- Las EPS, como aseguradoras, están obligadas a gestionar el riesgo que supone para la salud de las mujeres la continuación del embarazo en ciertos casos. Por esta razón, además de no interferir, están obligadas a poner a disposición de las mujeres toda la infraestructura necesaria para que puedan llevar adelante su decisión de interrumpir el embarazo cuando éste pone en riesgo su salud.
- Las juntas médicas pueden ser una instancia de consulta técnica, siempre que no dilaten la prestación del servicio ni impongan nuevas exigencias. En otras palabras, pueden servir de apoyo al profesional, pero no pueden ser una instancia para determinar si se autoriza o no una interrupción, pues corresponde al médico tratante certificar el riesgo y proceder a emitir la orden para el procedimiento, cuando se cuente con el consentimiento de la mujer.
- Cuando para continuar con un embarazo sea necesaria la suspensión de un tratamiento y, por ende, el progreso y seguro agravamiento de una enfermedad que pone en riesgo inminente la salud o la vida de la mujer, esta decisión no puede adoptarse sin contar con su consentimiento.
- El respeto de la autonomía de las mujeres debe ser el eje vertebral de una atención desde la ética y un elemento crucial para proteger su salud y respetar sus derechos. Las mujeres son las únicas que pueden definir cuánto riesgo están dispuestas a correr como consecuencia de un embarazo que implica riesgo para la salud. Cuando la imposición del criterio médico anula por completo la voluntad de la mujer, se afecta su dignidad.
- La historia clínica es una herramienta legal y administrativa que los profesionales tienen la obligación de manejar en forma idónea para favorecer la protección de la salud de la mujer y cumplir así con la prestación del servicio. La omisión de información en la historia impide la atención oportuna y segura a las mujeres.
- Los profesionales de la salud están obligados a consignar en la historia clínica toda la información relacionada con el riesgo que representa para una mujer el embarazo y sus recomendaciones sobre la interrupción del mismo. Vulneran los derechos fundamentales de las mujeres las órdenes verbales, informales o incompletas, pues demoran y retrasan el acceso de las mujeres a los servicios que requieren.
- La obligación de cuidado activo de la salud de las mujeres incluye la prestación de servicios de calidad para el acceso a la interrupción del embarazo.

De acuerdo con la causal salud, cuando una mujer ve afectada su salud, el embarazo puede ser interrumpido sin importar el origen de esta afectación.

- La violencia sexual tiene múltiples consecuencias sobre la vida y la salud de las mujeres, además de constituirse en uno de los delitos que más fuertemente simbolizan la violencia contra las mujeres y la vulneración de sus derechos. Por afectar todas las dimensiones de la salud y el bienestar, los profesionales de la salud deben considerar aplicable la causal salud cuando se trate de casos de violación.
- Si existen dos interpretaciones de una misma norma, a la luz del principio *pro homine*, debe optarse siempre por aquella que mejor proteja los derechos de las mujeres.
- De presentarse un conflicto entre el médico tratante y el personal administrativo de una institución de salud, éste debe resolverse a favor del médico tratante, por ser quien está directamente involucrado en el manejo de las pacientes, especialmente si su recomendación terapéutica concuerda con la decisión de la mujer. En ningún caso pueden desconocerse los argumentos médicos que indican la interrupción del embarazo por riesgo para la salud con base en argumentos de orden administrativo.
- Con el fin de proteger la salud de las mujeres y evitar que sean sometidas a un trato cruel e inhumano, es imperativo impedir que se las obligue a llevar a término un embarazo que desean interrumpir. Este sufrimiento hace referencia no sólo *al dolor físico, sino también al sufrimiento moral*.
- La continuación forzada del embarazo y la desestimación de la percepción del riesgo por parte de la mujer, así como el irrespeto de su autonomía pueden llevar a una afectación de la salud y por ende, violar la protección de este derecho. Siguiendo el marco de la causal salud, la opinión de la mujer debe ser el eje de la determinación del riesgo en la medida en que sólo ella puede decidir cuánto riesgo está dispuesta a correr.

Algunas recomendaciones

- **Creación de mecanismos de control.** Mecanismos suficientes para garantizar la adecuada prestación del servicio de IVE, de manera que permita a las mujeres enfrentar los obstáculos interpuestos por los prestadores. En esta misma línea, deberían existir mecanismos que permitan resolver

conflictos, como el que se presenta al exigir un requisito no legal, y que impiden la prestación del servicio en forma oportuna.

- **Difusión.** Además de definir normas, éstas deben ser divulgadas de tal manera que, cuando una mujer requiera los servicios de IVE, tanto ella como el profesional conozcan el contexto legal y lo puedan aplicar.
- **Sensibilización y entrenamiento.** Quienes tienen a su cargo la prestación directa de los servicios deben haber recibido entrenamiento y sensibilización a fin de asegurar una atención basada en la ética y el marco de los derechos humanos.
- **Vigilancia y control.** Un elemento imprescindible para la salud pública es la existencia de mecanismos y autoridades con facultades para verificar el cumplimiento de las medidas y lineamientos definidos en las políticas y, cuando exista incumplimiento, contar con las herramientas necesarias para aplicar sanciones y obligar al cumplimiento.
- **Atención integral de la ILE.** Se debe contar con recursos humanos debidamente entrenados y sensibilizados, con una infraestructura adecuada y segura, y garantizar una atención integral para la interrupción del embarazo y otras necesidades en salud reproductiva, tales como la prevención de nuevos embarazos, la consejería postaborto, etc. Por otro lado, si bien la atención debe ser oportuna y con calidad para todas las mujeres, la única forma de garantizar estas dos condiciones es evaluar cada caso particular, dado que cada uno puede imponer responsabilidades específicas a los profesionales, como sucede cuando se trata de mujeres adolescentes.
- **Objeción de conciencia.** Difundir las limitaciones para su ejercicio y crear mecanismos para que la objeción sea declarada por parte de los profesionales desde que inician su trabajo en una institución, dejando constancia por escrito de ella.
- **Requisitos no legales.** Difundir información sobre la prohibición de exigir una orden judicial para la práctica del aborto.

Bibliografía

Bruce J., «Quality of care. Fundamental elements of the quality of care: A simple framework», publicado originalmente en: *Studies in Family Planning*, 1990: v 21, N° 2: 61-91.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Informe N° 21/07 dentro de la Petición 161-02, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto Vs México», 2007.

Comité de Derechos Humanos. «Dictamen en el caso de Karen Noelia Llantoy Huamán contra Perú», *Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Comunicación N° 1153/2003: ONU; 2005.

Consejo Nacional de Seguridad Social. *Acuerdo 350*. Colombia. 2006.

Corte Constitucional, Auto 279 de 2009. Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2009. Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2007. Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 2008. Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009. Colombia.

Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2008. Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-988 de 2007. Colombia.

Estudios para la defensa de los derechos de la mujer (DEMUS), Centro de la mujer Peruana Flora Tristán; Observatorio del derecho a la salud (CIES); Sexualidades, salud y derechos en América Latina; Universidad Peruana

Cayetano Heredia; Centro de Promoción y defensa de los derechos sexuales y reproductivos (PROMSEX); Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia. «A propósito de lo padecido por Karen», *Seminario Responsabilidad Estatal en materia de aborto terapéutico: Caso Karen Llantoy*. Lima, 13 de octubre de 2006. Perú, 2006.

Guha-Ray DK . «Obstetric problems in association with anencephaly. A survey of 60 cases», *Obstet Gynecol*. 1975 Nov;46(5):569-72.

Harden CL, Meador KJ, Pennell PB, et al, American Academy of Neurology; American Epilepsy Society. «Practice parameter update: management issues for women with epilepsy—focus on pregnancy (an evidence-based review): teratogenesis and perinatal outcomes: report of the Quality Standards Subcommittee and Therapeutics and Technology Assessment Subcommittee of the American Academy of Neurology and American Epilepsy Society», *Neurology*. 2009 Jul 14;73(2):133-41. Epub 2009 Apr.

Kaplan KJ, Dainty LA, Dolinsky B, Rose GS, Carlson J, McHale M, Elkas JC., «Prognosis and recurrence risk for patients with cervical squamous intraepithelial lesions diagnosed during pregnancy», *Cancer*, 2004 Aug 25;102(4):228-32.

Kodaman PH, Arici A., «Intra-uterine adhesions and fertility outcome: how to optimize success?» *Current Opinion in Obstetrics and Gynecology*, 2007; 19(207-214).

La Mesa por la vida y la salud de las mujeres y la Alianza Nacional por el Derecho a decidir. Ana Cristina González (coordinadora). *Causal Salud, interrupción legal del embarazo, ética y derechos humanos*. Montevideo. 2008

Ministerio de la Protección Social. Decreto 4444. Colombia. 2006.

Ministerio de la Protección Social. Norma Técnica para la interrupción voluntaria del embarazo. Colombia. 2006

Ministerio de Protección Social. Circular 031. Colombia. 2007.

Observación General No. 20 del Comité de Derechos Humanos: «Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» (art. 7), 10 de marzo de 1992, HRI/GEN/1/Rev 1, par. 2 y 5. 1992.

- Organización de Estados Americanos, OEA. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Para. Brasil. 1994.
- Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de políticas para los sistemas de salud* OMS; 2003.
- Reich O, Lahousen M, Pickel H, Tamussino K, Winter R., «Cervical intraepithelial neoplasia III: long-term follow-up after cold-knife conization with involved margins», *Obstet Gynecol.* 2002 Feb;99(2):193-6.
- Robayo H, Rob L, Pluta M, Kacirek J, Halaska M Jr, Strnad P, Schlegerova D., «Squamous intraepithelial lesion-microinvasive carcinoma of the cervix during pregnancy», *Eur J Gynaecol Oncol.* 2005;26(6):611-4.
- Sala II Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata. Sentencia de 21 de febrero de 2007, en causa N° 40.939 «O. M. V. s/. Argentina. 2007.
- Távora, L., «La anencefalia como indicación médica para interrumpir el embarazo», 2006;52(1):40-45.
- Tribunal de Menores N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata. Sentencia del 14 de Febrero de 2007, en causa N° 40.939 «O. M. V. s/. Argentina. 2007.
- Tribunal Superior de Chubut. Sentencia de 8 de marzo de 2010 adoptada dentro de la causa «F., A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA». Argentina. 2010.

Índice temático

Accesibilidad

Definición(Página 19)

Desconocimiento en acceso a IVE (Páginas 47, 70, 119)

Aceptabilidad

Definición(Página 19)

Desconocimiento en acceso a IVE (Página 48)

Anencefalia(Páginas 73, 101)

Afectación de la salud de las mujeres.....(Páginas 23, 76, 103, 138)

Autonomía

Definición (Páginas 29, 30, 36)

Respeto por parte de los
profesionales de la salud.....(Páginas 46, 69, 70, 72, 79, 88, 107, 118, 139)

Calidad..... (Páginas 19, 20)

Características(Página 31)

Fallas en la prestación de los servicios de salud..... (Páginas 78, 79, 87, 119, 139)

Coexistencia de causales

Definición (Páginas 35, 36)

Principio pro homine..... (Páginas 80, 89, 106)

Consentimiento informado (Páginas 29, 30)

Acceso a la información (Página 88)

Decisión de interrumpir el embarazo(Páginas 49, 67, 69)

Respeto (Páginas 49, 88)



Continuación forzada del embarazo.....(Páginas 69, 78, 114, 140)
Adolescente..... (Páginas 44, 49, 98, 108)

Disponibilidad.....(Página 31)
Definición.....(Página 19)
Desconocimiento en acceso a IVE.....(Página 47)

Derecho a la salud.....(Páginas 17, 57, 91, 104, 119)
Relación con otros derechos..... (Páginas 18, 68, 138)
Dimensiones.....(Páginas 19-27)
Riesgo.....(Páginas 19, 116)

Derecho a la vida.....(Páginas 68, 108)
Vida digna.....(Página 60)
Riesgo de suicidio.....(Páginas 24, 45, 116)

Determinantes de la salud
Definición.....(Páginas 18, 25)

Dimensiones del derecho a la salud.....(Página 19)
Dimensión física.....(Páginas 20-23, 44, 56, 66, 69, 86)
Dimensión social.....(Páginas 25-27, 44, 66, 69, 87, 103, 116, 127)
Dimensión mental.....(Páginas 23, 24, 44, 55, 66, 69, 77, 86, 106, 115)

Igualdad
Definición.....(Páginas 28, 29)

Equidad
Definición.....(Páginas 28, 29)

Objeción de conciencia.....(Página 32)
Características en la jurisprudencia.....(Páginas 50-52, 62, 81)
Limitaciones.....(Páginas 33, 137)
Ejercicio arbitrario.....(Páginas 47, 61)

Principio de respeto
Definición.....(Página 27)
Desconocimiento de este principio.....(Páginas 57, 68, 95, 117)

Principio de protección.....(Página 27)
Definición.....(Página 27)

Desconocimiento de este principio.....(Páginas 57, 68, 70, 95, 117)

Principio de beneficencia

Definición(Páginas 30-32)

Vulneración en la prestación
de servicios de IVE (Páginas 59, 69, 87, 105, 129)

Principio de no maleficencia

Definición(Páginas 30-32)

Vulneración en la prestación
de servicios de IVE(Páginas 58, 69, 79, 87, 97, 105, 129)

Principio pro homine

Definición (Páginas 34, 35)

Aplicación..... (Páginas 49, 80)

Interpretación de la causal salud (Páginas 80, 89, 140)

Proyecto de vida (Páginas 26, 97)

Protección.....(Páginas 68, 69, 71)

Incompatibilidad con embarazo (Páginas 44, 57, 76, 98, 116, 138)

Riesgo

Definición (Páginas 19, 20)

Mecanismos de medición.....(Páginas 20, 21)

Criterios de interpretación.....(Páginas 31, 59)

Riesgo para la salud
que justifica IVE(Páginas 45, 57, 66 -70, 72, 76, 80,
87-88, 103, 105, 114-116, 127, 138)

Requisitos no legales..... (Páginas 27, 34, 48, 131, 138)

Junta médica (Páginas 57, 59, 79, 112)

Autorización judicial..... (Páginas 56, 60, 89)

Presentación de acción de tutela..... (Páginas 74)





La Mesa

Por la Vida y la Salud
de las Mujeres