

ÁFRICA DO SUL

DELICT. DAMAGES. COMPENSATION FOR FUTURE MEDICAL EXPENSES. IMPERMISSIBLE TO TENDER SERVICES IN LIEU OF PAYMENT OF A MONETARY AWARD. [1] *The question in this appeal is whether plaintiffs in delictual claims against a provincial government are obliged to mitigate their damages by accepting a tender for future medical treatment at a provincial health facility rather than receiving a monetary payment in respect of assessed future medical expenses.* [2] *The respondent, Ms Rochelle Kiewitz, sued the Western Cape Provincial government for damages suffered by her minor child, Jaydin, who became blind as a result of retinopathy of prematurity, negligently undetected at birth. The appellant, the Premier of the Western Cape, in her capacity as overall head of Health Services in the Western Cape, including Tygerberg Hospital where Jaydin was born, has conceded the merits. Save for a claim in respect of future medical expenses, all other damages have been settled in the sum of R7 million. The only issue for determination by the High Court was whether the appellant's so-called 'plea in mitigation' should be upheld. The High Court (Nuku AJ) dismissed the plea with costs but granted leave to appeal to this court.* [3] *In its plea in mitigation, the appellant undertook to provide all future healthcare, reasonably required by Jaydin as a result of his sight impairment, at provincial healthcare institutions in the Western Cape, at no cost. The appellant undertook to provide a designated representative from the provincial health department to deal with Jaydin's health needs and proposed a dispute resolution mechanism in the event of disagreement as to the nature of the treatment required. The appellant contends that failure to accept this undertaking and mitigate the damages as set out, must result in a concomitant reduction of the damages. In essence, the effect of the plea in mitigation is to deny the plaintiff any monetary award in respect of future medical treatment.* [4] *Delictual damages have been defined as the 'monetary equivalent of damage awarded to a person with the object of eliminating as fully as possible his or her past as well as future damage.' It is trite that the primary purpose of awarding delictual damages is to place the injured party in the same position as they would have been in, absent the wrongful conduct. As a general rule, restitution in kind is prohibited where patrimonial loss such as past and future medical expenses, past and future loss of income and loss of support has*

been suffered as a result of personal injury. Claimants have a duty to mitigate their damages but this goes no further than obliging a plaintiff to take reasonable steps to minimise the loss, either by reducing the original loss or by averting further loss. [5] In support of the plea, the appellant eschews any reliance on the development of the common law. The somewhat disingenuous contention of the appellant is that the plea is not an attempt to circumvent the common law: instead, so it is argued, the respondent should mitigate the loss by accepting health services based not on the exorbitant cost of private health care, but free of charge in the public health system. As the damages in respect of future medical costs would be reduced to zero, Jaydin and his mother are consequently under a duty to accept the tender. The result is that the plea absolves the appellant from paying a monetary award. [6] Despite the appellant's assertion that it does not seek to develop the common law, this cannot be construed as anything other than an attempt to abolish the long-established common law rule that compensation for patrimonial loss should sound in money. The appellant seeks to provide restitution in kind instead of making a monetary award, which is impermissible in delictual claims for patrimonial loss as a result of bodily injuries. The purpose of an Aquilian claim is to compensate a victim in money terms for any loss suffered. [7] In any event the acceptance of the appellant's undertaking would not finally dispose of the issues between the parties. The nature of the treatment Jaydin will require and whether his needs will be adequately met by the services that the provincial health authorities will be able to provide in future, are issues that remain undetermined. Indeed this will provide fertile ground for future litigation, a situation that the 'once and for all' rule was designed to avoid. [8] The rule is that a delictual claim is based on a single, indivisible cause of action and a plaintiff must claim once, and be compensated, for all damage suffered, not only for loss already suffered but prospective loss as well. This has been settled law for over a century. In 1917 Solomon JA in *Cape Town Council v Jacobs* stated: 'That in an action at common law for damages for injuries sustained by an accident the plaintiff is only entitled to sue once and for all cannot, I think, be questioned.' [...] [10] The court rejected the notion that the abolition of the rule would promote the constitutional right of all individuals to health care as provided for in s 27 of the Constitution. The court went on to state that this was an issue more appropriately dealt with by legislative intervention: '[...] in exercising their power to develop the common law, judges have to be 'mindful of the fact that the major engine for law reform should be the Legislature and not the Judiciary'. The Judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with dynamic and evolving fabric of our society.' The development of the common law sought by the appellant is not an incremental change, but one of substance and more appropriately dealt with by the legislature, being an issue of policy. Any legislated change in the common law rule could only be effected after the necessary process of public participation and debate.' [11] Furthermore, in the event of a dispute over the treatment required for Jaydin, the tender provides for the determination thereof by 'a registered health professional agreed to by the parties, and failing such agreement, by a person nominated by the Dean of

the University of Stellenbosch Faculty of Health Sciences.' This appears to be an attempt to exclude judicial oversight in regard to future medical treatment. Without an agreement with a plaintiff, a defendant cannot unilaterally divest a court of its jurisdiction to deal with one of the triable issues properly placed before it, by tendering an alternative procedure to determine that which a court has been called upon to decide - in the present instance the respondent's damages in respect of future medical expenses. [...] [13] Despite the disavowal of any reliance on the development of the common law, the plea in mitigation, therefore, offends against both the 'once and for all' rule and the rule that compensation in bodily injury matters must comprise a monetary award. On both these grounds the plea in mitigation is ill-conceived and unsustainable. In view of this finding, it is unnecessary to deal with the evidence regarding the adequacy of medical care offered at provincial hospitals. Suffice it to say that the court a quo did not err in dismissing the appellant's plea in mitigation. [14] In the result the following order is made: The appeal is dismissed with costs. SUPREME COURT OF APPEAL OF SOUTH AFRICA, CASE N. 158/2016, 30 MARCH 2017.

TRADUÇÃO PARA O PORTUGUÊS

DELITO. DANOS. COMPENSAÇÃO POR DESPESAS MÉDICAS FUTURAS. PROIBIÇÃO DE PROVER SERVIÇOS EM LUGAR DE PAGAMENTO PECUNIÁRIO. [1] A questão neste apelo é se os demandantes em processos contra um governo provincial podem ser obrigados a aceitar o tratamento médico em um estabelecimento de saúde provincial, em vez de receber compensação pecuniária por despesas médicas futuras. [2] A recorrida, Sra. Rochelle Kiewitz, processou o governo provincial de Western Cape por danos sofridos por seu filho, Jaydin, que ficou cego como resultado da retinopatia da prematuridade, negligentemente não detectada no nascimento. O apelante, o *premier* de Western Cape, na qualidade de chefe geral de Serviços de Saúde da província, incluindo o Hospital Tygerberg, onde Jaydin nasceu, concedeu méritos. Salvo uma reclamação em relação a futuras despesas médicas, todos os outros danos foram avaliados em sete milhões de *rands*. A única questão a ser decidida pelo Tribunal Superior (Nuku AJ) era saber se o chamado pedido de mitigação do recorrente deveria ser acolhido. O Tribunal Superior rejeitou o fundamento com custas, mas concedeu a possibilidade de recorrer a este tribunal. [3] No seu pedido de mitigação, o recorrente comprometeu-se a fornecer todos os cuidados de saúde futuros, dentro dos razoavelmente exigidos por Jaydin como resultado de sua deficiência visual, nas instituições de saúde provinciais de Western Cape, sem nenhum custo. O recorrente comprometeu-se a designar um representante departamento provincial de saúde para lidar com as necessidades de saúde de Jaydin e propôs um mecanismo de resolução de litígios em caso de desacordo quanto à natureza do tratamento necessário. O recorrente alega que a não aceitação desse compromisso e da mitigação dos prejuízos, conforme estabelecido, deve resultar em uma redução concomitante dos danos. Em essência, o efeito do

pedido de mitigação é negar qualquer indenização em relação ao tratamento médico futuro. [4] A indenização por danos foi definida como o “equivalente monetário do dano, concedido a uma pessoa com o objetivo de eliminar o máximo possível do seu passado, bem como danos futuros”. É trivial que o objetivo principal de atribuir a indenização é colocar a pessoa lesada na mesma posição em que estaria se não houvesse a conduta ilícita. Como regra geral, a restituição em espécie é proibida quando as perdas patrimoniais, tais como despesas médicas passadas e futuras, perda de renda passada e futura e perda de sustento, são resultado de lesão ou danos à integridade física. Os requerentes têm o dever de mitigar seus danos, mas isso significa apenas obrigar o demandante a tomar medidas razoáveis para minimizar a perda, seja reduzindo a perda original ou evitando novas perdas. [5] Em apoio ao fundamento, o recorrente denega qualquer dependência de precedente. A afirmação falaciosa do recorrente é que o argumento não é uma tentativa de criar norma: em vez disso, argumenta-se, o recorrido teria o dever de tentar mitigar sua própria perda, aceitando serviços de saúde com base não no custo exorbitante dos cuidados de saúde privados, mas gratuitamente no sistema de saúde pública. Como os danos em relação aos custos médicos futuros seriam reduzidos a zero, Jaydin e sua mãe estariam, conseqüentemente, obrigados a aceitar a proposta. O resultado é que, nesse caso, o requerente isenta-se de pagar uma indenização. [6] Apesar da afirmação do recorrente de que não busca criar precedente, isso não pode ser interpretado como qualquer outra coisa senão uma tentativa de abolir a regra de direito comum há muito estabelecida, de que a compensação por perda patrimonial deve ser feita em dinheiro. O recorrente procura fornecer restituição em espécie, em vez de prêmio monetário, o que é inadmissível em indenizações por danos patrimoniais como resultado de lesão à integridade física. O propósito de uma indenização é compensar uma vítima financeiramente por qualquer perda sofrida. [7] Em qualquer caso, a aceitação do compromisso do recorrente não resolveria definitivamente as questões entre as partes. A natureza do tratamento exigido por Jaydin e se as suas necessidades serão adequadamente atendidas pelos serviços que as autoridades provinciais de saúde serão capazes de fornecer no futuro, são questões que continuam indeterminadas. Na verdade, isso proporcionará um terreno fértil para futuros litígios, uma situação que a regra “de uma vez por todas” foi projetada para evitar. [8] A regra é que uma indenização por danos materiais baseia-se em uma única e indivisível causa de ação, e o requerente deve reivindicar uma única vez e ser compensado por só todos os danos sofridos, mas também por perdas futuras. Esta é uma lei estabelecida há mais de um século. Em 1917, o juiz Jacob Jacobs, no Conselho da Cidade do Cabo, afirmou: “Que, em uma ação de direito comum por danos materiais causados por um acidente, o requerente só tem direito de processar uma vez por todas. Essa regra não pode, eu acho, ser questionada”. [...] [10] O tribunal rejeitou a ideia de que a abolição da regra promoveria o direito constitucional de todos os indivíduos aos cuidados de saúde, conforme previsto no artigo 27 da Constituição. O tribunal prosseguiu, afirmando que esta era uma questão mais

apropriada à intervenção legislativa: “[...] Ao exercer o seu poder para desenvolver o direito comum, os juízes devem ser ‘conscientes do fato de que o principal motor da reforma da lei deve ser o Legislativo e não o Judiciário’. O Poder Judiciário deve limitar-se às mudanças incrementais necessárias para Manter o direito comum em conjunto com o tecido dinâmico e evolutivo da nossa sociedade”. O desenvolvimento do direito comum procurado pelo recorrente não é uma mudança procedimental, mas material, por isso mais apropriadamente tratada pelo Legislativo, como uma questão de política. Qualquer alteração legislada no regime de Common Law só pode ser efetuada após o processo necessário de participação e debate público. [11] Além disso, no caso de uma disputa sobre o tratamento exigido para Jaydin, o recurso prevê a sua determinação por “um profissional de saúde registrado, em acordo por ambas as partes e, na falta desse acordo, por uma pessoa nomeada pelo Decano da Universidade de Stellenbosch Faculdade de Ciências da Saúde”. Esta parece ser uma tentativa de excluir a supervisão judicial em relação ao tratamento médico futuro. Sem um acordo com o requerente, um arguido não pode alienar unilateralmente um tribunal de sua jurisdição para lidar com uma das questões devidamente colocadas antes, oferecendo um procedimento alternativo para determinar o que um tribunal foi chamado a decidir – no presente exemplo, os danos do respondente em relação a futuras despesas médicas. [...] [13] Apesar de denegar dependência de precedente, o pedido de mitigação, portanto, ofende a regra “de uma vez por todas” e a regra de que a indenização por danos resultantes de lesão à integridade física deve incluir uma indenização pecuniária monetária. Por ambas as razões, o pedido de mitigação é inepto e insustentável. Em vista dessa descoberta, não é necessário lidar com as evidências quanto à adequação dos cuidados médicos oferecidos nos hospitais provinciais. Basta dizer que o tribunal *a quo* não errou ao rejeitar o apelo do recorrente em mitigação. [14] No resultado, a seguinte ordem é feita: o recurso é rejeitado, condenado o recorrente nas custas.

COLÔMBIA

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA. *Caso en que comunidades étnicas solicitan que se detenga definitivamente la fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de glifosato, sobre los territorios consagrados a la autoridad y soberanía del pueblo.* **DERECHO A LA SUPERVIVENCIA FISICA, CULTURAL Y ESPIRITUAL DE LAS COMUNIDADES ETNICAS - Garantía de los modos de vida tradicionales/PUEBLOS INDIGENAS - Titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional.** *El derecho a la supervivencia física, cultural y espiritual de las comunidades étnicas, en tanto garantía de los modos de vida tradicionales diferenciados, ha sido reconocido como fundamental no solo por el Estado colombiano sino por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha declarado que los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional debido a circunstancias históricas de discriminación y a las condiciones de vulnerabilidad en que*

viven en la actualidad. *CONSTITUCION CULTURAL - Consagración constitucional. CONSTITUCION ECOLOGICA - Jurisprudencia constitucional. HOJA DE COCA - Uso ancestral en las comunidades indígenas. USO ANCESTRAL DE LA HOJA DE COCA EN LAS COMUNIDADES INDIGENAS - Jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de consulta previa. ERRADICACION DE CULTIVOS ILICITOS - Impacto grave e irreversible sobre medio ambiente y salud humana derivados de aplicación de glifosato. GLIFOSATO [...] - Efectos nocivos. El glifosato es una sustancia que tiene la potencialidad de afectar la salud humana como probable agente cancerígeno y, también, de forma muy peligrosa, el medio ambiente. [...] PRINCIPIO DE PRECAUCION AMBIENTAL - Jurisprudencia constitucional. El principio de precaución se aplica cuando el riesgo o la magnitud del daño generado o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual generalmente ocurre por la falta de certeza científica absoluta acerca de las precisas consecuencias de un fenómeno, un producto o un proceso. PRINCIPIO DE PRECAUCION - Aplicación para proteger la salud humana según instrumentos internacionales y normas y jurisprudencia nacional. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS - Fundamental. Esta Corporación ha sostenido - en jurisprudencia constante y uniforme - el carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales y, en ese sentido, ha establecido que las comunidades étnicas tienen el derecho a que, de manera previa a su adopción, les sean consultadas las medidas legislativas y administrativas que pueden afectarlas. CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD - Fundamento del derecho a la consulta previa. CONSULTA PREVIA - Alcance y subreglas. CONSULTA PREVIA - Criterios utilizados para identificar en qué casos procede por existir una afectación directa de los grupos étnicos. CONSULTA PREVIA - Sentido y alcance de la etno-reparación. El derecho a la consulta puede desarrollarse también para obtener una reparación o compensación (con enfoque diferencial, esto es, etno-reparación) cuando las actividades o proyectos implementados por el Estado se han consumado -sin haber realizado procesos de consulta- y han terminado afectando a una comunidad étnica determinada. DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA - Vulneración a comunidad étnica por la realización de actividades de aspersión aérea con glifosato para erradicar cultivos ilícitos sobre el resguardo, al no haberse realizado el proceso de consulta previa. La consulta del programa de erradicación de cultivos ilícitos debe orientarse a la concertación de las medidas más adecuadas y menos gravosas para la comunidad y su seguridad alimentaria, pero que sean igualmente efectivas para asegurar los objetivos esenciales del Estado de garantizar la seguridad de la nación y cumplir los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de lucha contra el tráfico de estupefacientes. DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA - Antes de realizar cualquier proceso de erradicación manual de cultivos ilícitos debe llevarse a cabo consulta previa a las comunidades étnicas que este programa tenga la potencialidad de afectar. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, A LA SALUD Y AL MEDIO AMBIENTE DE COMUNIDAD INDIGENA - Orden a*

autoridades realizar consulta previa a comunidad indígena por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato. ERRADICACION DE CULTIVOS ILICITOS - Exhortar al Gobierno para que examine la posibilidad de reglamentar el programa de erradicación de cultivos ilícitos mediante ley, en la medida en que esta política tiene profundas implicaciones en los derechos fundamentales de las comunidades étnicas del país. ERRADICACION DE CULTIVOS ILICITOS - Orden con efectos inter comunis para aquellas comunidades indígenas que pese a no haber interpuesto acción de tutela, puedan probar que se encuentran en igual situación fáctica y jurídica que los accionantes. [...] SENTENCIA. [...] 7. Análisis del caso concreto. 7.1. En el caso sometido a consideración de la Corte, las comunidades demandantes formularon acción de tutela para detener definitivamente la fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de glifosato sobre los territorios consagrados a la autoridad y soberanía del pueblo Carijona, en Puerto Nare (Guaviare), que se viene presentando desde hace varios años de forma inconsulta y que alegan están teniendo consecuencias nocivas e irreversibles en la salud y el medio ambiente, afectando con ello, presuntamente, sus derechos fundamentales en tanto comunidades étnicas y el equilibrio natural de los territorios que habitan. En este sentido, los accionantes consideran que la Presidencia de la República, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Ambiente, el Ministerio de Defensa, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Antinarcóticos, son responsables por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la consulta previa, a la vida, a la salud, a la integridad étnica y cultural, al medio ambiente sano y a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, generada por actividades de fumigación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea de glifosato en sus territorios ancestrales. En conclusión, piden al juez de tutela que ordene a las entidades accionadas la suspensión inmediata de las campañas de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato, hasta que se adelante consulta previa con el pueblo Carijona asentado en el resguardo de Puerto Nare (Guaviare). Además, solicitan que se remitan copias de los expedientes de las supuestas consultas previas realizadas a 13 comunidades indígenas vecinas al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia. De igual manera, la acción de tutela contiene una medida provisional de protección que consiste en la suspensión de la erradicación de cultivos ilícitos en el resguardo de Puerto Nare, en otros 13 resguardos del municipio de Miraflores y en otros territorios de minorías étnicas, hasta que las entidades accionadas adelanten el proceso de consulta previa con las mencionadas comunidades que ocupan dichos territorios. Metodología de resolución del caso. 7.2. Conforme con los antecedentes descritos, en el presente caso corresponde a la Sala determinar: (i) si la acción de tutela es procedente en el caso concreto para lograr la protección de los derechos invocados debido a la existencia de otros mecanismo idóneos de defensa judicial; (ii) luego, se procederá a resolver el problema jurídico propuesto. Adicionalmente, se realizarán unas breves reflexiones sobre la política pública en materia de erradicación de cultivos ilícitos con glifosato. [...] V. DECISIÓN. En

mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE: PRIMERO. REVOCAR el fallo proferido el veinticinco (25) de febrero de 2015 por el Tribunal Superior del Distrito de Villavicencio -Sala Penal-, que negó el amparo en la acción de tutela instaurada por Martín Narváez autoridad indígena del resguardo de Puerto Nare y Jairo Augusto Murcia Archila/Yaroka en calidad de asesor-agente representante para la Salvaguardia de la Cultura y Lengua del Pueblo Carijona del Resguardo de Puerto Nare (Guaviare), contra la Presidencia de la República y otros. En su lugar, CONCEDER a los actores el amparo de sus derechos fundamentales a la consulta previa y posterior, a la integridad étnica y cultural, a la libre determinación, a la salud en conexión con la vida y al medio ambiente sano por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia. SEGUNDO. DECLARAR que a los demandantes, en tanto miembros de la comunidad indígena Carijona y sujetos de especial protección constitucional, se les desconoció el derecho fundamental a la realización de una consulta previa, libre e informada, frente a la implementación del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos en sus territorios ancestrales en el departamento de Guaviare, de acuerdo a lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia constitucional vigente y la sentencia SU-383 de 2003, que estableció la obligación de realizar procesos de consulta previa específicamente en estos casos. TERCERO. ORDENAR al Ministerio del Interior, al Ministerio de Justicia, al Ministerio de Ambiente y al Ministerio de Salud con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) que en el término de cinco (5) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, realicen un proceso de consulta a las autoridades de la comunidad Carijona (resguardo Puerto Nare) siguiendo los parámetros establecidos en la parte motiva (fundamentos 7.26, 7.29 a 7.31 y 7.33), con la finalidad de adoptar medidas de etno-reparación y compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios por el desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, que garanticen su supervivencia física, cultural, espiritual y económica. CUARTO. ENCARGAR la dirección del proceso de consulta antes referido a la Defensoría del Pueblo, entidad que, una vez finalizadas las reuniones y mesas de trabajo, deberá verificar el cumplimiento del acuerdo en los términos pactados, en conjunto con el juez de primera instancia. De las actuaciones que adelante en cumplimiento de estas órdenes, la Defensoría del Pueblo deberá remitir informe a esta Corporación dos (2) meses después de concluido el proceso de consulta anteriormente ordenado. QUINTO. INVITAR al Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH- para que acompañe el proceso de consulta que debe surtirse con la comunidad Carijona, con la finalidad de que la institución analice y contribuya a determinar el grado de afectación cultural del grupo como consecuencia del desarrollo del programa de erradicación aérea de cultivos ilícitos con glifosato, a fin de diseñar fórmulas adecuadas de reparación o compensación a que haya lugar. SEXTO. EXHORTAR al Gobierno nacional para que examine, de acuerdo a sus funciones legales y constitucionales, la posibilidad de reglamentar el programa de erradicación de

cultivos ilícitos mediante ley en la medida en que esta política tiene profundas implicaciones en los derechos fundamentales de las comunidades étnicas del país. Esto implicaría mayores procesos de discusión, de control y de participación por parte de la sociedad civil en la construcción de una política con mayor enfoque social que tenga como objetivo la protección de la salud de las poblaciones humanas y el medio ambiente. Adicionalmente, debería incluir la participación de un representante de las comunidades étnicas del país en el Consejo Nacional de Estupefacientes de manera que este órgano pueda contar con la perspectiva de las comunidades que son quienes más han sufrido con la ejecución de las políticas de erradicación de cultivos ilícitos. SÉPTIMO. ORDENAR al Ministerio de Interior, que como forma de reparación simbólica, traduzca el contenido completo de este fallo a la lengua tradicional de la comunidad Carijona. Para tal efecto, tendrá tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia. OCTAVO. COMPULSAR copias del presente expediente a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia, respecto de la denuncia hecha por los demandantes sobre presuntas irregularidades en el desarrollo del proceso de consulta previa con la Comunidad Carijona de Puerto Nare (Guaviare). NOVENO. COMUNICAR esta decisión a la Procuraduría General de la Nación para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, ejerza la vigilancia administrativa que le compete en relación con el cumplimiento de las órdenes adoptadas. DÉCIMO. OTORGAR efectos inter comunis a la presente decisión para aquellas comunidades indígenas de Miraflores (Guaviare) que pese a no haber interpuesto acción de tutela, puedan probar ante las autoridades competentes que se encuentren en igual situación fáctica y jurídica que los accionantes. DÉCIMO PRIMERO. LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SALA QUINTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-80/17, FECHA: 7/02/2017.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA - Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. **AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD** - Naturaleza y contenido. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - Compromisos de los Estados miembros. **DERECHO AL DIAGNOSTICO EFECTIVO COMO UNA DE LAS FACETAS DEL DERECHO A LA SALUD. PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD** - La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad. **DERECHO A LA SALUD Y SERVICIOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS DEL POS** - Procedencia de la acción de tutela. Este Tribunal ha reiterado que, en principio, la acción de tutela es procedente para exigir el suministro y la prestación de servicios que se encuentran incluidos en el POS. Esta Corporación también ha aceptado la posibilidad de reconocer tratamientos o suministros que no están incluidos o que están expresamente

excluidos del POS. ACCESO A SERVICIOS DE SALUD NO INCLUIDOS EN EL POS QUE SE REQUIEREN CON NECESIDAD Y SUMINISTRO DE PAÑALES DESECHABLES-Reiteración de jurisprudencia. SERVICIO DE TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES-Inclusión en el Plan Obligatorio de Salud bajo ciertas condiciones. SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia. CONCEPTO CIENTIFICO DEL MEDICO TRATANTE-Es el principal criterio para establecer si se requiere un servicio de salud. TRATAMIENTO MEDICO-Juez solo puede ordenar lo indicado por el médico tratante. JUEZ CONSTITUCIONAL-No puede valorar un tratamiento médico. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS suministrar pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis de forma periódica y de acuerdo con los requerimientos del agenciado. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS suministrar silla de ruedas y servicio transporte ida y vuelta, junto con un acompañante, para que el agenciado pueda acceder al tratamiento previsto por su médico tratante. [...] La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente: SENTENCIA. Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali, el 20 de abril de 2016, y el Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, el 13 de junio de 2016, que resolvieron la acción de tutela promovida por Ana Josefa Montaña Núñez, en representación de Johan Cristian Valencia Montaña, contra Coomeva EPS. [...] 28. Ana Josefa Montaña Núñez, en representación de su hijo Johan Cristian Valencia Montaña, instauró acción de tutela contra Coomeva EPS, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y a la salud de su hijo. La demandante aduce que Johan Cristian presenta un diagnóstico de retardo mental con parálisis cerebral congénita, síndrome convulsivo complejo, hipoacusia profunda e incontinencia. 29. La accionante acudió a la EPS accionada para que le suministrara a su hijo pañales, pañitos húmedos, crema antipañalitis y una silla de ruedas los cuales fueron negados por estar excluidos del POS. La accionante explica que Johan Cristian también necesita del servicio de transporte para acudir a sus citas médicas. Señala que su hijo requiere de enfermería las veinticuatro horas del día, es madre cabeza de hogar y no cuenta con los recursos económicos para solventar los servicios de salud que demanda su cuadro clínico. 30. De acuerdo con lo anterior, pretende que se ordene a Coomeva EPS le suministre a Johan Cristian pañales, pañitos húmedos, crema antipañalitis, servicio de transporte con un acompañante, servicio de enfermería las veinticuatro horas, una cama hospitalaria, un colchón anti escaras, una silla de ruedas y el correspondiente cojín anti escaras. Igualmente, exige le brinden la atención médica integral. 31. Coomeva EPS y al Ministerio

de Salud y Protección Social – Fosyga no contestaron la solicitud sobre la demanda de tutela. 32. Por su parte, el Juzgado Veintisiete Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali concedió el amparo de los derechos fundamentales alegados y ordenó a la EPS demandada suministrar los pañales, los pañitos húmedos y la crema antipañalitis. Decidió que se debía conformar un comité interdisciplinario que valorara las condiciones del representado para establecer si se autorizan los servicios de transporte con acompañante, enfermería las veinticuatro horas, la cama hospitalaria, el colchón y el cojín anti escaras, pues no había certeza sobre su pertinencia. Igualmente, garantizó la atención médica integral y autorizó a la EPS demandada para recobrar ante el Fosyga las sumas económicas que no le correspondían asumir. 33. La EPS accionada solicitó que se revocara la decisión debido a que los pañales, los pañitos y la crema no fueron ordenados por el médico tratante del paciente, se encontraban excluidos del POS y son considerados como insumos suntuarios. Afirmó que no se debía garantizar la atención integral en salud en tanto a que no se podían prever situaciones futuras e indeterminadas. Entre tanto, el Ministerio de Salud y Protección Social solicitó se revocara la facultad de recobro. 34. El Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali revocó la decisión del a quo argumentando que no mediaba elemento probatorio que permitiera concluir que los servicios pretendidos en la acción constitucional fueron ordenados por un profesional de la salud y que hayan sido negados por la EPS demandada. A pesar de lo anterior, el despacho judicial ordenó que se efectuara una valoración médica sobre Johan Cristian con el fin de determinar el tratamiento de salud a seguir. 35. Esta Sala de Revisión decretó medidas provisionales de protección en favor de Johan Cristian ya que su situación es grave y se podía desmejorar por el hecho de no contar con los elementos que le faciliten la vida en condiciones de dignidad y le permitan acceder a los servicios de salud que requiere para sobrellevar su cuadro médico. Por ello, se ordenó a Coomeva EPS que le entregara al representado los servicios y los insumos pretendidos en la presente acción de tutela. 36. A partir de los medios de prueba que obran en el expediente de tutela, esta Corte evidencia que Johan Cristian Valencia Montaña presenta un diagnóstico de retraso mental severo que le genera una pérdida de capacidad laboral del 84.15 %. De acuerdo con la historia clínica de Johan Cristian se logra establecer que también padece de epilepsia, hipoacusia profunda y sinusitis. 37. Teniendo en cuenta los hechos expuestos en la acción de tutela y las precitadas pruebas, esta Sala infiere que Ana Josefa Montaña Núñez actúa en calidad de agente oficiosa con el objetivo de reclamar el amparo de los derechos fundamentales de su hijo. Lo anterior, con ocasión a que este último no tiene las condiciones médicas para promover su propia defensa. En ese sentido, la accionante le asiste la legitimidad y el interés para actuar en nombre de Johan Cristian dadas las circunstancias en las que se encuentra. 38. Por otro lado, la titularidad de los derechos fundamentales que hoy son objeto de estudio, y dada su naturaleza subjetiva, pertenecen a una persona en condición de discapacidad. Por ello, se debe procurar por el derecho que tiene Johan Cristian a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de su discapacidad. En ese

sentido, se deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar que acceda a los servicios de salud que requieran sus padecimientos en atención a lo que dispongan su médico tratante. 39. Siendo así, esta Sala evaluará la posibilidad de ordenar los insumos y los servicios de salud requeridos por la accionante en el escrito de tutela en favor de su hijo. Para ello, se acudirá a lo establecido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitalización a través de la Resolución 5592 de 2015 y a las reglas desarrolladas por esta Corporación a efectos de reconocer insumos o servicios de salud que se encuentren incluidos o no en el POS. 40. La Corte considera que si bien los pañales, los pañitos húmedos y la crema antipañalitis no están incluidos dentro de los servicios o elementos que deben garantizar las EPS, también lo es que (i) resultan necesarios para que el hijo de la accionante pueda superar las dificultades a la hora de realizar sus necesidades fisiológicas, pues presenta un diagnóstico médico con una restricción de tipo cognitiva que le impide ejecutar sus actividades cotidianas de manera autónoma. En ese sentido, los insumos le facilitarían a Johan Cristian una vida digna en las condiciones de higiene y salubridad necesarias para sobrellevar su cuadro médico. 41. Igualmente, (ii) se debe indicar que la demandante señaló no tener los recursos económicos para costear los anteriores insumos, lo cual no fue desvirtuado por Coomeva EPS al momento de contestar la acción de tutela. De esa forma, es deber de la Corte dar aplicación a la regla de presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991. En ese sentido, y ante la ausencia de argumentos que desvirtúen la capacidad económica de la accionante por parte de la EPS demandada, resulta obligatorio dar aplicación a las consecuencias jurídicas previstas por el legislador ante tales circunstancias. 42. La accionante señala que le solicitó a la EPS demandada una silla de ruedas para facilitar los traslados de su hijo, que fuera negada por no estar incluida en el POS. En efecto, el artículo 61 de la Resolución 5592 de 2015 prevé las ayudas técnicas y dispone que la silla de ruedas no está cubierta con cargo a la UPC. Sin embargo, esta Corte considera su pertinencia si se tiene en cuenta que la silla de ruedas: (i) le facilitaría a Johan Cristian el desarrollo de sus actividades cotidianas, y con ello una vida digna, pues su condición médica le restringe la posibilidad de movilizarse por sus propios medios; (ii) no puede ser sustituida por otro elemento incluido en el POS; (iii) la demandante adujo no tener las condiciones económicas para costear la ayuda técnica y; (iv) si bien no obra una orden médica que las prescriba, la Sala evidencia una relación directa entre el cuadro de retraso mental severo del hijo de la demandante y la necesidad de obtener una silla de ruedas para facilitar su locomoción. 43. Por otro lado, la tutelante aduce que Johan Cristian necesita del servicio de transporte para acudir a las citas médicas previstas para tratar sus padecimientos. Esta Corte considera indispensable que Coomeva EPS facilite el transporte al paciente junto con un acompañante si se tiene en cuenta que: (i) la demandante afirma no tener los recursos económicos suficientes para pagar la totalidad de los servicios que reclama mediante la acción de tutela, entre ellos, el transporte; (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la posibilidad de que Johan Cristian acceda al tratamiento de salud ordenado por su médico tratante; (iii) la movilización del hijo

de la tutelante depende totalmente de un tercero y; (iv) necesita del cuidado permanente de su progenitora para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas. 44. Ahora bien, la demandante indica que Johan Cristian requiere del servicio de enfermería. La Resolución 5592 de 2015 prevé la atención domiciliaria dentro del Plan de Beneficios y su cubrimiento está supeditado a que el médico tratante del paciente lo considere pertinente. En atención a los medios de prueba allegados en la acción de tutela presentada, no se evidencia el concepto del profesional de la salud que así lo determine. En ese sentido, la Sala de Revisión destaca la restricción que tiene el juez constitucional de ordenar, en tales condiciones, esta clase de servicios, pues no puede usurpar las competencias de quienes sí tienen la capacidad para ello. 45. Algo semejante a lo anterior sucede frente a la pretensión para que se ordene a Coomeva EPS suministrar una cama hospitalaria, un colchón y un cojín anti escaras. La accionante no presenta fundamento alguno que le permita a esta Sala analizar su pertinencia. Tanto de los hechos expuestos en la acción de tutela como de las pruebas allí arrimadas no se logra identificar alguna condición específica sobre la cual se pueda asegurar que tales insumos sean requeridos con necesidad. 46. Esta Corte considera que si bien no existe certeza sobre la pertinencia del servicio de enfermería, la cama hospitalaria, el colchón y el cojín anti escaras en favor de Johan Cristian Valencia Montaña, también lo es que al agenciado le asiste el derecho a un diagnóstico efectivo que le permita obtener una valoración médica que establezca la conveniencia de tales requerimientos. 47. La Sala de Revisión también considera que el diagnóstico de retraso mental severo, epilepsia e hipoacusia profunda del agenciado requiere de una atención y un tratamiento completo de acuerdo con las disposiciones prescritas por su médico tratante. Ello evitaría la presentación de acciones de tutela por cada servicio que sea prescrito por el profesional de la salud y, al mismo tiempo, la prestación continua de los servicios e insumos de salud que requiera. 48. En vista de lo anterior, esta Sala de Revisión revocará la decisión adoptada por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, el 13 de junio de 2016, la cual, a su vez, revocó la decisión proferida por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad, el 20 de abril de 2016. En su lugar, tutelaré los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Johan Cristian Valencia Montaña. 49. En consecuencia, la Corte ordenará a Coomeva EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, le suministre pañales desechables, pañitos húmedos y crema anti-pañalitis a Johan Cristian de forma periódica y de acuerdo con sus requerimientos. También deberá otorgarle una silla de ruedas y el servicio transporte, junto con un acompañante, para que pueda acceder al tratamiento de salud previsto por su médico tratante. Coomeva EPS deberá garantizarle el acceso a una atención médica integral, atendiendo a los servicios que su médico tratante considere necesarios, y tendrá que realizar sobre el agenciado una valoración médica con el objetivo de determinar la pertinencia del servicio de enfermería, la cama hospitalaria, el colchón y el cojín anti escaras, en atención a su cuadro clínico. IV. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la

Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE: PRIMERO. LEVANTAR las medidas provisionales ordenadas mediante Auto de 28 de noviembre de 2016. SEGUNDO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, el 13 de junio de 2016. En su lugar, CONCE- DER el amparo de los derechos fundamentales a la vida digna y salud de Johan Cristian Valencia Montaña. TERCERO. ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, le suministre a Johan Cristian Valencia Montaña pañales desechables, pañitos húmedos y crema antipañalitis de forma periódica y de acuerdo con sus requerimientos. Coomeva EPS también deberá proporcionarle una silla de ruedas y el servicio transporte ida y vuelta, junto con un acompañante, para que pueda acceder al tratamiento previsto por su médico tratante. Finalmente, Coomeva EPS deberá garantizarle el acceso a una atención médica integral a Johan Cristian Valencia Montaña, atendiendo los servicios que su médico tratante considere necesarios respecto de sus padecimientos de retraso mental severo, epilepsia e hipoacusia profunda. CUARTO. ORDENAR a Coomeva EPS que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, le programe una cita prioritaria a Johan Cristian Valencia Montaña con un médico especialista en sus padecimientos. Dicho profesional de la salud deberá determinar la pertinencia del servicio de enfermería, la cama hospitalaria, el colchón y el cojín anti escaras, requeridos en la presente acción de tutela. QUINTO. Librense por la Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SALA NOVENA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA T-120/17, FECHA: 27/02/2017.

ÍNDIA

Petitioner No.1 – Meera Santosh Pal, is 22 years old, has approached this Court under Article 32 of the Constitution of India seeking directions to the respondents to allow her to undergo medical termination of her pregnancy. She apprehended danger to her life, having discovered that her fetus was diagnosed with Anencephaly, a defect that leaves foetal skull bones unformed and is both untreatable and certain to cause the infant's death during or shortly after birth. This condition is also known to endanger the mother's life. [...] By its report dated 12.1.2017, the Medical Board has examined petitioner no.1 with specific reference to their special expertise for general, medical, radiological, psychiatric and anaesthetic evaluation. An obstetric evaluation was done by two Obstetricians. Ultrasonography was performed at KEM Hospital on 12.1.2017 by the Additional Professor, Radiology. The said Board has further reported that obstetric examination shows 24 weeks pregnancy, external ballottement present, fetal parts

not well felt with mild polyhydramnios. On internal examination, the cervix is posterior and OS is closed. Ultrasonography diagnosis has revealed a single live fetus with anencephaly with mild polyhydramnios with hypotelorism. We have been informed that the fetus is without a skull and would, therefore, not be in a position to survive. It is also submitted that petitioner no.1 has undergone psychiatric evaluation. She is reported to be coherent, has average intelligence and with good comprehension. She understands that her fetus is abnormal and the risk of fetal mortality is high. She also has the support of her husband in her decision making. Upon evaluation of petitioner no.1, the aforesaid Medical Board has concluded that her current pregnancy is of about 24 weeks. The condition of the fetus is not compatible with extra-uterine life. In other words, the fetus would not be able to survive outside the uterus. Importantly, it is reported that the continuation of pregnancy can gravely endanger the physical and mental health of petitioner no.1 and the risk of her termination of pregnancy is within acceptable limits with institutional back up. This Court, as at present being advised, would not enter into the medico-legal aspect of the identity of the fetus but consider it appropriate to decide the matter from the standpoint of the right of petitioner no.1 to preserve her life in view of the foreseeable danger to it, in case she allows the current pregnancy to run its full course. The medical evidence clearly suggests that there is no point in allowing the pregnancy to run its full course since the fetus would not be able to survive outside the uterus without a skull. [...] The crucial consideration in the present case is whether the right to bodily integrity calls for a permission to allow her to terminate her pregnancy. The report of the Medical Board clearly warrants the inference that the continuance of the pregnancy involves the risk to the life of the pregnant woman and a possible grave injury to her physical or mental health as required by Section 3 (2)(i) of the Medical Termination of Pregnancy Act, 1971. Though, the pregnancy is into the 24th week, having regard to the danger to the life and the certain inability of the fetus to survive extra uterine life, we consider it appropriate to permit the petitioner to terminate the pregnancy. The overriding consideration is that she has a right to take all such steps as necessary to preserve her own life against the avoidable danger to it. In these circumstances given the danger to her life, there is no doubt that she has a right to protect and preserve her life and particularly since she has made an informed choice. The exercise of her right seems to be within the limits of reproductive autonomy. In the circumstances, we consider it appropriate in the interests of justice and particularly, to permit petitioner no.1 to undergo medical termination of her pregnancy under the provisions of Medical Termination of Pregnancy Act, 1971. The learned Solicitor General Mr. Ranjit Kumar who took notice on the last date of hearing has not opposed the petitioners prayer on any ground, legal or medical. We order accordingly. The termination of pregnancy of petitioner no.1 will be performed by the Doctors of the hospital where she has undergone medical check-up. Further, termination of her pregnancy would be supervised by the above stated Medical Board who shall maintain complete record of the procedure which is to be performed on petitioner no.1 for termination of her pregnancy. With the aforesaid directions, the

instant writ petition is allowed in terms of prayer (a) seeking direction to the respondents to allow petitioner no.1 to undergo medical termination of her pregnancy. [...]
THE SUPREME COURT OF INDIA, CIVIL ORIGINAL JURISDICTION, WRIT PETITION (CIVIL) No. 17 OF 2017, 01/16/2017.

TRADUÇÃO PARA O PORTUGUÊS

A peticionária n. 1 – Meera Santosh Pal, de 22 anos, abordou este Tribunal nos termos do artigo 32. da Constituição da Índia, solicitando instruções que lhe permitam submeter-se a uma interrupção médica da gravidez. Ela alegou o perigo para sua vida, uma vez que seu feto foi diagnosticado com anencefalia, uma má-formação dos ossos do crânio fetal, incurável, que certamente causará a morte do bebê durante ou logo após o nascimento. Esta condição também é conhecida por pôr em perigo a vida da mãe. [...] Pelo relatório datado de 12.1.2017, o Conselho Médico examinou a peticionária n. 1, especificamente em uma avaliação geral, médica, radiológica, psiquiátrica e anestésica. Uma avaliação obstétrica foi feita por dois obstetras. A ultrassonografia foi realizada no Hospital KEM, em 12.1.2017, pelo professor assistente de radiologia. O referido Conselho informou ainda que o exame evidencia gravidez de 24 semanas, manifestação de balotamento externo, partes do feto não bem sentidas com poli-hidrânio leve. No exame interno, verificou-se colo do útero posterior e fechado. O diagnóstico de ultrassonografia revelou um único feto vivo com anencefalia, com poli-hidrânio leve com hipotelorismo. Fomos informados de que o feto não tem crânio e, portanto, não terá condições de sobreviver. Também se afirma que a peticionária n. 1 passou por avaliação psiquiátrica. Ela foi declarada coerente, com inteligência média e boa compreensão. Ela entende que seu feto é anormal e o risco de mortalidade fetal é alto. Ela também tem o apoio de seu marido em sua tomada de decisão. Após a avaliação da peticionária n. 1, o referido Conselho Médico concluiu que sua gravidez atual é de cerca de 24 semanas. A condição do feto não é compatível com a vida extrauterina. Em outras palavras, o feto não seria capaz de sobreviver fora do útero. Importante relatar que a continuação da gravidez pode prejudicar gravemente a saúde física e mental da peticionária n.º 1 e o risco de interrupção da gravidez, dentro dos padrões institucionais, está dentro de limites aceitáveis. Este Tribunal, conforme afirmamos presentemente, não deve abordar as condições médico-legais do feto, mas considerara apropriado decidir o assunto do ponto de vista da preservação da vida da peticionária n. 1, em vista do perigo previsível para ela, caso se permita que a atual gravidez chegue a termo. A evidência médica sugere claramente que não há como a gravidez executar seu curso completo, uma vez que o feto não poderia sobreviver fora do útero. A consideração crucial no presente caso é se o direito à integridade corporal exige uma permissão para que ela interrompa a gravidez. O relatório do Conselho Médico garante claramente que a continuação da gravidez envolve o risco para a vida da gestante e uma possível lesão grave a sua saúde física ou mental, conforme exigido na Seção 3 (2)

(i) da Lei de Interrupção Médica da Gravidez, de 1971. Embora a gravidez esteja 24ª semana, levando em conta o perigo para a vida e a certa incapacidade do feto de sobreviver fora do útero, consideramos apropriado permitir que a petionária interrompa a gravidez. A consideração primordial é que ela tem o direito de tomar todas as medidas necessárias para preservar sua própria vida contra o perigo evitável para ela. Nestas circunstâncias, dado o perigo para sua vida, não há dúvida de que ela tem o direito de proteger e preservar sua vida, particularmente tendo feito uma escolha informada. O exercício de seu direito parece estar dentro dos limites da autonomia reprodutiva. Nestas circunstâncias, consideramos apropriado no interesse da justiça permitir que a petionária n. 1 seja submetida à interrupção médica de sua gravidez, nos termos da Lei de Interrupção Médica da Gravidez, de 1971. O procurador-geral, Ranjit Kumar, que tomou conhecimento da última audiência, não se opôs à petição por nenhum motivo, legal ou médico. Nós estamos de acordo. A interrupção da gravidez da petionária n. 1 será realizada pelos médicos do hospital onde foi submetida ao exame médico. Além disso, o procedimento a ser realizado na petionária n. 1 para interrupção da gravidez deve ser supervisionado pelo Conselho Médico acima mencionado, que deve manter registro completo. Com as instruções acima mencionadas, a solicitação é autorizada, de forma a permitir que o petionária n. 1 seja submetida à interrupção médica da gravidez.

***JUDGMENT.** These proceedings which have been instituted under Article 32 of the Constitution by Bachpan Bachao Andolan bring focus upon the alarming increase in the use of drugs and alcohol among children in India. The petition has been instituted in the public interest for enforcing the fundamental rights of children particularly those suffering from and involved in substance use and abuse. The petitioner seeks the intervention of this Court for a mandamus to the Union of India to formulate and implement a national action plan for children on the issue of drugs, alcohol and substance abuse amongst children. This must, according to the petitioner, include in its coverage issues pertaining to identification, investigation, recovery, counselling and rehabilitation. This essentially is the main relief which has been sought. Other incidental directions include steps to incorporate appropriate content in the school curriculum; creation of a coordinating body; imposing mandatory duties for reporting drugs and substance abuse on school principals and on the police; establishment of de-addiction centres in every district and at the tehsil level; protecting children reporting drug use from harm; preparation of a national database and a direction for the registration of cases against persons supplying tobacco, alcohol and drugs to children. Supplemental reliefs are claimed in these proceedings. [...] 2. India is home to the largest child population in the world with over forty-four crore children, according to the census of 2011. Among this, twenty-four crore children constituting twenty-four percent of the population of the country are adolescent. They constitute a vulnerable age group for social, educational, moral and physical development. Protecting children from wide-spread prevalence of substance abuse is one of the biggest policy challenges facing India. Recent*

reports both of official and private agencies indicate that there has been a substantial increase in the prevalence of use and abuse of substances in young children. A Nationwide survey was carried out on the basis of a representative household sample across the country as the National Family Health Survey, 2005-06. The petitioner has relied upon several reports which indicate the nature and extent of substance abuse in children. Many of them make recommendations for the formulation and implementation of policy. [...] The need for a national data base. 9. A counter affidavit has been filed in these proceedings on behalf of the Union Ministry of Social Justice and Empowerment. Surprisingly, the affidavit indicates that there is no authentic data on the number of victims of substance abuse in India. According to the Union Government, the figures quoted in the report of the Ministry of 2013-14 are only an approximation. In order to build a reliable database, a decision was taken to conduct a detailed round of national survey through the National Sample Survey Association (NSSO). NSSO expressed its inability to conduct the survey. The Ministry is stated to have approached the All India Institute of Medical Sciences for conducting a national survey on the extent, trend and pattern of drug abuse. 10. Generation of reliable data is an essential requirement of a policy aimed at curbing substance abuse. In the absence of accurate data at a national, state and sectoral level, policy interventions can at best remain ad hoc. For, in the absence of data there will be no realistic assessment of the nature and extent of policy interventions required having regard to (i) vulnerable states and regions; (ii) high risk populations; (iii) requirement of infrastructure, including de-addiction centres across the states; (iv) requirement of trained man power; and (v) requirement of rehabilitation, treatment and counselling services. 11. This is a basic deficiency which the Union government must redress at the earliest. We direct that the Union Government shall expeditiously conclude the national survey on drug abuse within a period of six months from today. Immediate concerns. The immediate areas requiring remedial attention have been summarized below: Formulation of a national action plan for children; Creation of a module containing an appropriate curriculum for children of all age groups in order to keep them away from drugs, alcohol and tobacco; Setting up of de-addiction centres; Establishing a standard operating procedure on enforcing the provisions of the Juvenile Justice (Care and Protection of Children) Act, 2015 particularly Sections 77 and 78; and Implementing the action plan with the national policy on narcotic drugs and psychotropic substance which has been approved by the Union Cabinet. The counter affidavit addresses the steps taken by MSJE thus: "The Ministry implements Central Sector Scheme of Assistance for Prevention of Alcoholism and Substance (Drugs) Abuse under which financial assistance is provided to NGOs/Voluntary organizations for running Integrated Rehabilitation Centres for Addicts (IRCA's), organizing de-addiction camps and conducting awareness programmes, about the ill effects of Alcoholism and Substance (Drugs) Abuse on the individual, family, workplace and the society at large. At present the Ministry gives financial assistance to approximately 400 Integrated Rehabilitation Centres for Addicts (IRCA's), which are spread, all over the country, These IRCA's aim at enabling the addict to

achieve total assistance and improve their quality of life. The IRCAs provide the whole range of community based services for the identification, motivation, counselling, de-addiction, after case and rehabilitation for whole person recovery (WPR) of addicts to make a person drug free, crime free and gainfully employed.” The real need is to ensure the formulation of a National Plan so that all interventions are in accordance with a properly formulated national policy framework. 12. The Union Government has stated that a national policy on drug demand reduction is being finalized. The priority areas of intervention would include capacity building and training of service providers with a view to build up skilled manpower, education and awareness building at all levels and inter-sectoral collaboration. The policy also proposes to adopt a system of accreditation of de-addiction centres. The policy must in our view address the need for setting up de-addiction centres in every district and address specific vulnerabilities particularly in the context of high risk populations including children. We direct that this exercise be completed and that a national policy be formulated within a period of six months from today. 13. As regards the formulation of a curriculum incorporating appropriate aspects of generating awareness and sensitisation, an affidavit has been filed on behalf of the Department of Higher Education in the Union Ministry of Human Resource Development. On 4 December 2015 directions were issued in the present case in pursuance of which inclusion of issues relating to eradication of alcohol and drug abuse in the New Education Policy was taken up. A consultative process has been initiated by the Union Government. A committee was constituted on 31 October 2015 for the evolution of a New Education Policy (NEP). Out of 33 themes identified, 2 themes of school education are titled : (i) comprehensive education – ethics, physical education, arts and crafts; life skills; and (ii) focus on child health. This, it has been stated, would cover “the implied importance of the inclusion of issues pertaining to eradication of alcohol and drug abuse in the NEP.” MSJE has recommended tobacco and education on drug abuse within two of the above themes. This has been placed before the Committee. The court is informed that the Committee indicated on 30 December 2015 that the theme relating to eradication of alcohol and drug abuse will be included in its recommendations. 14. The importance of adopting a holistic solution to deal with issues pertaining to alcohol, tobacco and drug abuse in the school curriculum has to be adequately emphasized. We are of the view that since the entire issue is pending consideration before the government, it would be appropriate to await the ultimate formulation. However, we may indicate that rather than resting on an “implied inclusion” of such an important subject within an extant head or topic, it would be appropriate if the competent authorities consider how children should be protected from the dangers of substance abuse. These are matters which should not be brushed under the carpet. The authorities should consider how children should be sensitised (having due regard to the age and stage of the child) of the dangers of drug use, the necessity to report drug use and the need to develop resistance to prevailing peer and social pressures. 15. The enormity of the problem makes it impractical for the judicial process to address all issues in one proceeding. We have addressed three systemic issues mentioned above.

*We have done so on the basis of the existing policy framework of the Union government, as evidenced by the material to which we have adverted in the prefatory part of this judgment. We have not laid down policy in exercise of judicial review. We have issued directions to enforce obligations under the existing legislative and administrative framework. 16. We proceed to summarise, our directions to the Union government, as indicated earlier: The Union government shall (i) Complete a national survey and generate a national data base within a period of six months; (ii) Formulate and adopt a comprehensive national plan within four months, which will among other things also address the areas of immediate concern noted earlier; and (iii) Adopt specific content in the school curriculum under the aegis of NEP. 17. We dispose of the writ petition with the aforesaid directions. However, we grant liberty to the petitioner to move the court in separate proceedings when it becomes necessary to do so including on various aspects which have been the subject matter of these proceedings. **THE SUPREME COURT OF INDIA, CIVIL ORIGINAL JURISDICTION, WRIT PETITION (CIVIL) NO. 906 OF 2014, 14/12/2016.***

TRADUÇÃO PARA O PORTUGUÊS

JULGAMENTO. Estes procedimentos foram instituídos com base nos termos do artigo 32 da Constituição, por Bachpan Bachao Andolan, a respeito do alarmante aumento do uso de drogas e álcool entre crianças na Índia. A petição foi instituída no interesse público para reforçar o respeito aos Direitos fundamentais das crianças, particularmente das envolvidas com o abuso de substâncias ilícitas. O peticionário procura a intervenção deste Tribunal para impetrar mandado de segurança, obrigando a União a formular e implementar um plano de ação nacional para crianças, em situação de abuso de drogas, álcool e substâncias ilícitas. De acordo com o peticionário, o Estado deve incluir em suas ações medidas relacionadas à identificação, investigação, recuperação, aconselhamento e reabilitação. Este é essencialmente o principal objetivo da proposição da ação. Outras solicitações incidentais, são: incluir etapas para incorporar conteúdo apropriado no currículo escolar; promover a criação de um organismo coordenador; impor, para diretores das escolas e polícia, a obrigatoriedade de relatórios sobre drogas e abuso de substâncias; estabelecer de centros de desintoxicação em todos os distritos; proteger as crianças que denunciam o uso de drogas contra ameaças; preparar um banco de dados nacional para o registro de casos contra pessoas que fornecem tabaco, álcool e drogas para crianças. 2. A Índia abriga a maior população infantil do mundo, com 44 milhões de crianças, de acordo com o recenseamento de 2011. Entre estas, 24 milhões, cerca de 24% da população, é de adolescentes. Este constitui um grupo vulnerável para desenvolvimento social, educacional, moral e físico. Proteger as crianças da ampla prevalência de abuso de substâncias é um dos maiores desafios políticos enfrentados pela Índia. Relatórios recentes de Agências oficiais e privadas indicam que houve um aumento substancial na prevalência de uso e abuso de substâncias em crianças pequenas. Em nível

nacional, o levantamento foi realizado com base em uma amostra doméstica representativa, em todo o país, como a Pesquisa Nacional com Famílias 2005-2006. O peticionário baseou-se em vários relatórios que indicam a natureza e a extensão do abuso de substâncias em crianças. Muitos deles fazem recomendações para a formulação e implementação de políticas. [...] A necessidade de uma base de dados nacional. 9. Uma contradeclaração juramentada foi juntada neste processo em nome da União, do Ministério da Justiça Social e do Empoderamento. Surpreendentemente, a declaração indica que não há dados autênticos sobre o número de vítimas de abuso de substâncias na Índia. De acordo com o Governo da União, os números citados no relatório do Ministério de 2013/2014 são apenas uma estimativa. Para construir um banco de dados confiável, decidiu-se encomendar uma série detalhada de pesquisas nacionais através da *National Sample Survey Association* (NSSO). A NSSO expressou sua incapacidade de conduzir a pesquisa. O Ministério disse ter abordado o Instituto de ciências médicas *All India*, para a realização de uma pesquisa nacional sobre a extensão, a tendência e padrão de abuso de drogas. 10. A geração de dados confiáveis é um requisito essencial de uma política visando restringir o abuso de substâncias. Na ausência de dados precisos em nível nacional, estadual e setorial, as intervenções políticas podem, na melhor das hipóteses, permanecer *ad hoc*. Pois, na ausência de dados, não haverá avaliação realista da natureza e da extensão das intervenções políticas necessárias tendo em vista (i) estados e regiões vulneráveis; (ii) populações de alto risco; (iii) requisitos de infraestrutura, incluindo centros de desintoxicação em todo o território; (iv) necessidade de recursos humanos especializados; e (v) necessidade de serviços de reabilitação, tratamento e aconselhamento. 11. Esta é uma deficiência básica que o governo da União deve corrigir o quanto antes. Determinamos que o governo da União deve concluir a pesquisa nacional sobre abuso de drogas dentro de um período de seis meses, contados a partir de hoje. As áreas em que se necessita de atenção corretiva imediata são elencadas abaixo: formulação de um plano de ação nacional para crianças; criação de um módulo contendo um currículo apropriado para crianças de todas as faixas etárias, a fim de mantê-las longe de drogas, álcool e tabaco; criação de centros de desintoxicação; estabelecer um procedimento operacional padrão para fazer cumprir as disposições da Lei de Justiça Juvenil (Cuidados e Proteção da Criança), 2015, particularmente as Seções 77 e 78; e implementação do plano de ação com a política nacional de narcóticos e substâncias psicotrópicas, que foi aprovada pelo Gabinete da União. A contradeclaração juramentada aborda as medidas tomadas pelo Ministério, da seguinte forma: “O Ministério tem implementado o Sistema Central de Assistência para Prevenção de Alcoolismo e Abuso de Substâncias (Drogas), sob o qual é oferecida a assistência financeira a organizações não governamentais/organizações voluntárias para a administração de Centros de Reabilitação para Adictos, gerindo campos de desintoxicação e realizando programas de conscientização sobre os efeitos negativos do alcoolismo e do abuso de substâncias (drogas) sobre o indivíduo, a família, o local de trabalho e a sociedade em geral. No momento, o Ministério

presta assistência financeira a aproximadamente 400 Centros Integrados de Reabilitação para Adictos, que estão distribuídos por todo o país, com o objetivo de habilitar o adicto a alcançar assistência total e melhorar sua qualidade de vida. Os Centros fornecem toda a gama de serviços baseados na comunidade para a identificação, motivação, aconselhamento, desintoxicação e reabilitação holística de adictos, para torná-los pessoas livre de drogas, livre de crimes e empregadas com remuneração”. A verdadeira necessidade é garantir a formulação de um Plano Nacional para que todas as intervenções estejam em conformidade com uma política nacional devidamente formulada e estruturada. 12. O governo da União declarou que uma política nacional em matéria de redução de abuso de drogas está sendo finalizada. As áreas de intervenção prioritárias incluem a capacitação e o treinamento de prestadores de serviços com vistas a obter-se mão de obra qualificada, educação e conscientização em todos os níveis e colaboração intersetorial. A política também propõe adotar um Sistema de certificação de centros de desintoxicação. A política deve, em nosso ver, direcionar-se à necessidade de configurar centros de desintoxicação em cada distrito e abordar vulnerabilidades específicas, particularmente no contexto de populações de alto risco, incluindo crianças. Nós solicitamos que essa atividade seja completada e que uma política nacional seja formulada dentro de um período de seis meses, a partir de hoje. 13. No que se refere à formulação de um currículo que incorpore os aspectos de geração de conscientização e sensibilização, foi juntada uma declaração juramentada em nome do Departamento de Educação Superior do Ministério da União do Desenvolvimento de Recursos Humanos. Em 4 de dezembro de 2015, foram emitidas as instruções no sentido da inclusão de questões relacionadas à erradicação do abuso de álcool e drogas na Nova Política de Educação (NPE). O governo da União iniciou um processo consultivo e, em 31 de outubro de 2015, um comitê foi constituído para a elaboração de uma nova política de educação. Dos 33 temas identificados, dois são intitulados: (i) educação abrangente – ética, educação física, artes e ofícios; habilidades; e (ii) foco na saúde infantil. Isto, afirmou-se, cobriria “a importância implícita da inclusão de questões relacionadas à erradicação do abuso de álcool e drogas na NEP”. O MSJE recomendou que se incluíssem o tabaco e a educação sobre o abuso de drogas entre os temas acima. O tribunal informou que o comitê indicou, em 30 de dezembro de 2015, que o tema relativo à erradicação do abuso de álcool e drogas será incluído em suas recomendações. 14. A importância de adotar uma solução holística para lidar com questões relativas ao consumo de álcool, tabaco e drogas no currículo escolar deve ser adequadamente enfatizada. Nós somos da opinião que, como em toda a questão pendente de consideração perante o governo, seria apropriado aguardar a formulação final. No entanto, podemos indicar que, em vez de conformar-se com uma “inclusão implícita” de um assunto tão importante dentro de um tópico existente, seria apropriado que as autoridades competentes estudassem maneiras de proteger as crianças dos perigos do abuso de substâncias. Estes são assuntos que não devem ser varridos para baixo do tapete. As autoridades devem considerar como as

crianças devem ser sensibilizadas (tendo em conta a idade e o grau de desenvolvimento da criança) dos perigos do uso de drogas, da necessidade de relatar o uso de drogas e de desenvolver resistência a as pressões sociais e de colegas. 15. A enormidade do problema torna impraticável um só processo judicial para resolver todas as questões. Nós abordamos três problemas sistêmicos, com base no quadro político atual do governo da União, como evidenciado pelo material mencionado na parte preliminar deste julgamento. Não estabelecemos políticas no exercício jurisdicional, mas emitimos instruções para fazer cumprir as obrigações decorrentes da moldura legal e administrativa. 16. Procedemos a resumir nossas orientações ao governo da União, conforme indicado anteriormente: o governo da União deve (i) completar uma pesquisa nacional e gerar uma base de dados nacional nem um prazo de seis meses; (ii) formular e adotar um plano nacional abrangente dentro de quatro meses, plano este que, entre outras coisas, abordará também as áreas que exigem atenção imediata, observadas anteriormente; e (iii) adotar conteúdo específico no currículo escolar sob a égide de NEP. 17. Dispusemos conforme a petição escrita, com as instruções acima mencionadas. No entanto, concedemos liberdade ao peticionário para acionar o tribunal em procedimentos separados quando for necessário, inclusive nos aspectos que foram objeto do presente processo.