

Sentencia C-182/16

REQUISITOS DE INTERDICCION Y AUTORIZACION JUDICIAL ESPECIFICA PARA ESTERILIZACION QUIRURGICA DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD MENTAL MEDIANTE CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Consentimiento sustituto es excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos necesarios para ello

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Jurisprudencia constitucional/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Mandatos constitucionales/INTEGRACION OFICIOSA DE UNIDAD NORMATIVA-Carácter excepcional/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Reiteración de jurisprudencia/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Procedencia/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Condiciones para su procedencia/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Configuración

DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Alcance

PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL-Sujetos de especial protección/PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL-Deber del Estado de proteger la igualdad formal y material de estas personas/IGUALDAD MATERIAL-Impone al Estado la obligación de adoptar medidas en favor de los grupos marginados o que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta como las personas con discapacidad

PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Sujetos de derechos/DISCAPACIDAD-Necesidad de que se supere la visión como enfermedad para abordarla desde una perspectiva holística que considere no sólo la deficiencia funcional sino su interacción con el entorno

La jurisprudencia constitucional ha determinado que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y de especial protección constitucional y ha reiterado que la discapacidad debe ser afrontada desde una perspectiva holística en donde se le deben brindar a estas personas las herramientas y apoyos necesarios para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades para desenvolverse, y así superar dicha

condición. Lo anterior, implica abandonar la visión de la discapacidad como una enfermedad.

MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD-Instrumentos internacionales

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Propósito

CAPACIDAD JURIDICA-Instrumentos internacionales

PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida y el Estado debe asegurar a estas personas el acceso al apoyo requerido para su ejercicio

CAPACIDAD JURIDICA-No debe asimilarse a la capacidad mental

La capacidad jurídica no debe asimilarse a la capacidad mental, pues esta última “se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales.

COMITE SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD-
Contenido/DERECHO A LA CAPACIDAD JURIDICA-Inherente a toda persona incluyendo a aquellas con discapacidad cognitiva o psicosocial

Partiendo de la universalidad del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, el Comité DPD concluye en la mencionada observación que el derecho a la capacidad jurídica es inherente a toda persona, incluyendo a aquellas con discapacidad cognitiva o psicosocial. Por ende, el hecho de que una persona tenga una discapacidad no debe ser nunca motivo para negarle su capacidad jurídica ni ningún derecho establecido en el artículo 12 de la CDPD. Específicamente, el Comité establece que no son admisibles los regímenes basados en la adopción de decisiones mediante el consentimiento sustituto y la negación de la capacidad de este grupo de personas. A su vez, dijo que: “a menudo, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones... a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición),

o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley”.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Obligaciones que impone al Estado

La Convención impone a los Estados, de una parte, la obligación de abstenerse de cualquier medida que prive a las personas con discapacidad del reconocimiento de su capacidad jurídica, y de otra parte, el deber de garantizar que los particulares no interfieran con el ejercicio de la capacidad jurídica de estos sujetos. En consecuencia, los Estados tienen un mandato para reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por sistemas de apoyo a la adopción de decisiones. Estos últimos se caracterizan por la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad, de su autonomía y sus preferencias. De este modo, el Comité es enfático en afirmar que “[l]os Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Impone el deber especial de garantizar la capacidad jurídica derivado del derecho a la personalidad jurídica, particularmente frente a sujetos en condiciones de vulnerabilidad/CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Jurisprudencia sobre obligación de los estados de garantizar la autonomía individual de las personas con discapacidad mental respecto de tratamiento médico/CASO XIMENES LOPES CONTRA BRASIL-Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

DERECHOS REPRODUCTIVOS DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Contenido/DERECHOS REPRODUCTIVOS DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Instrumentos internacionales/DERECHOS REPRODUCTIVOS DE PERSONAS EN SITUACION DE
DISCAPACIDAD-Jurisprudencia constitucional

PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Titularidad de derechos reproductivos y derecho a fundar
una familia de forma responsable, siempre que así lo quieran de forma libre e informada

Las personas en condición de discapacidad son sujetos plenos de derechos que gozan de una especial protección constitucional. Así, ostentan la titularidad de los derechos reproductivos y del derecho a fundar una familia de forma responsable, siempre que así lo quieran de forma libre e informada. En este orden de ideas, el Estado tiene la obligación de disponer de todos los medios para que estas personas puedan gozar de estos derechos y eliminar todas las barreras para garantizarlos. En este sentido, tiene un deber específico de establecer todos los apoyos necesarios para que puedan recibir la información necesaria y ajustada a sus necesidades para comprender las implicaciones de las decisiones relativas a la reproducción.

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución/CONSENTIMIENTO INFORMADO-Carácter de principio autónomo que además materializa otros principios constitucionales

El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que éste tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana.

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Desarrollo jurisprudencial en el ámbito del acto médico/CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Jurisprudencia constitucional/FACULTAD DEL PACIENTE DE ASUMIR O DECLINAR UN TRATAMIENTO DE SALUD-Constituye una expresión del derecho fundamental a la autonomía personal

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Características

La jurisprudencia constitucional ha determinado que el consentimiento informado debe satisfacer, cuando menos, dos características: (i) debe ser libre, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños; además, (ii) debe ser informado, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica. Así, deben proporcionarse al individuo los datos relevantes para valorar las posibilidades de las principales alternativas, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Alcance

PRINCIPIO DE AUTONOMIA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO-No tienen un carácter absoluto y entran en tensión con otros postulados que orientan la práctica de la bioética

PRINCIPIO DE BENEFICENCIA-Jurisprudencia constitucional que resuelve tensión con el principio de autonomía

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL AMBITO DE SALUD-Casos excepcionales en los que la exigencia es menos estricta o se prescinde de ella

Las situaciones excepcionales en las que la exigencia de consentimiento informado en el ámbito de la salud es menos estricta o se prescinde de ella totalmente son: (i) cuando se presenta una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros; (iii) cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento, aspecto en el que se ahondará más adelante.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que, de acuerdo con la naturaleza o la intensidad de la intervención en la salud, en ciertos casos se requiere de un consentimiento

informado cualificado. En efecto, entre mayor sea el carácter extraordinario, invasivo, agobiante o riesgoso, del tratamiento médico, “más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada.

NIVEL DE INFORMACION NECESARIA PARA INTERVENCION SANITARIA-Criterios para determinarlo

La Corte Constitucional ha precisado una serie de variables que deben ponderarse conjuntamente para determinar el nivel de información que es necesario suministrar al paciente para autorizar un procedimiento clínico, pues dado su carácter de principio, el consentimiento informado no siempre resulta exigible en un mismo grado. En consecuencia, el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento, (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental, (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito, (iv) la urgencia, (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto, (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica, (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstos y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona.

GRADO DE CUALIFICACION DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y ALCANCE DE LA AUTONOMIA DEL PACIENTE-Relación

CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO-Formalidades que se requieren en ciertos casos

El consentimiento informado cualificado se halla revestido de formalidades en ciertos casos. Una primera formalidad consiste en que la manifestación de voluntad conste por escrito, con el fin de constatar la autenticidad del consentimiento del paciente a través de este procedimiento. Además, en algunos casos puede exigirse que el consentimiento informado sea persistente, pues puede imponerse la “obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión” o en algunos casos en los que el tratamiento se debe extender por periodos extendidos de tiempo.

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Requisitos esenciales en el ámbito del acceso a la

información en materia reproductiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el ámbito del acceso a la información en materia reproductiva, ha dicho que el consentimiento informado consta de tres requisitos esenciales: (i) que los profesionales de la salud suministren la información necesaria sobre la naturaleza, beneficios y riesgos del tratamiento así como alternativas al tratamiento; (ii) tomar en cuenta las necesidades de la persona y asegurar la comprensión del paciente de esa información; y (iii) que la decisión del paciente sea voluntaria. Así, el consentimiento informado debe garantizar una decisión voluntaria y suficientemente informada, lo cual protege el derecho del paciente a participar en las decisiones médicas, y a su vez impone obligaciones en los prestadores del servicio de salud.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL AMBITO DE LA SALUD-Exigencias

El consentimiento informado debe ser (i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción, (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es -oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos, (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento y por lo tanto se exige un mayor grado de capacidad para ejercer el consentimiento, casos en los cuales también pueden exigirse formalidades para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito. Además, requiere que el individuo pueda comprender de manera autónoma y suficiente las implicaciones de la intervención médica sobre su cuerpo. En su defecto, excepcionalmente terceras personas pueden otorgar dicho consentimiento como se desarrollará más adelante.

ESTERILIZACION FORZADA-Prohibición

Las prohibiciones a la esterilización forzada determinadas tanto por la jurisprudencia constitucional como por el derecho internacional de los derechos humanos resultan relevantes, pues generan obligaciones para el Estado y guían el respeto que éste debe tener al analizar normas que potencialmente pueden estar restringiendo de forma

indebida la autonomía reproductiva de las personas en situación de discapacidad. Lo anterior, ya que la esterilización mediante el consentimiento sustituto, podría constituir una forma de esterilización forzada. Así pues, los estándares que se han fijado al respecto, aun cuando no versen sobre casos de personas en situación de discapacidad, son relevantes en la medida en que se han desarrollado, a partir de criterios de discriminación, sea por el estatus de la persona, la raza, o la condición.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL-Jurisprudencia constitucional sobre consentimiento sustituto como medio para avalar procedimientos médicos/CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Jurisprudencia constitucional en casos de limitaciones en consentimiento otorgado por padres de familia y representantes legales

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO EN EL CASO DE MENORES DE EDAD-Jurisprudencia constitucional

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Reglas jurisprudenciales

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Criterios para determinar en qué casos debe prevalecer la decisión autónoma de menores de edad o de personas con discapacidad mental y en las cuales debe primar la voluntad informada de sus representantes

La Corte ha determinado que para sopesar el valor de la opinión del menor de edad acerca del tratamiento al que se le pretende someter se debe tener en cuenta: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del niño, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del menor. Estos factores se relacionan entre sí, para determinar un grado mayor o menor de aplicabilidad del consentimiento sustituto.

PROTECCION DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Y DERECHO A CONFORMAR UNA FAMILIA DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Jurisprudencia constitucional

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD A PROCEDIMIENTOS DE ESTERILIZACION QUIRURGICA-Jurisprudencia constitucional

CAPACIDAD JURIDICA-Clara diferencia de la capacidad de decidir sobre el ejercicio de los derechos reproductivos

PERSONALIDAD JURIDICA-Elementos/CAPACIDAD-Significados

La personalidad jurídica se compone de diferentes elementos, entre ellos, los atributos de la personalidad (estado civil, nombre, nacionalidad, capacidad, patrimonio y domicilio). Para la presente situación, solamente se entrará a explicar la capacidad jurídica. Dicho atributo es definido como la “aptitud legal para adquirir derechos y ejercitarlos.

CAPACIDAD-Acepciones/CAPACIDAD DE GOCE O JURIDICA-Definición/CAPACIDAD DE EJERCICIO-Definición/CAPACIDAD PARA SER TITULAR DE DERECHOS SUBJETIVOS PATRIMONIALES-Titularidad de toda persona sin necesidad de estar dotada de voluntad reflexiva/CAPACIDAD DE EJERCICIO-Está supeditada a la existencia de voluntad reflexiva

La capacidad tiene dos acepciones: de goce o jurídica y de ejercicio o de obrar. Según la doctrina, el término “gozar” en el campo civil significa poder disfrutar de un derecho, estar investido de él o ser su titular. Mientras tanto, el término “ejercer” se refiere a la posibilidad de poner un derecho en práctica, de utilizarlo o simplemente de realizar los actos jurídicos que da opción. Puntualmente, la capacidad de goce o jurídica es la aptitud legal para adquirir derechos. Esta capacidad puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, ya que el titular de un derecho puede ser, según el caso, capaz o incapaz para hacerlo valer por sí mismo. En otras palabras, hay sujetos que aunque tienen capacidad de goce, no tienen la capacidad de ejercicio, a éstos se les denomina incapaces. (...) Por otro lado, la capacidad de ejercicio es la “aptitud legal de una persona para ejercer por si misma los derechos que le competen y sin el ministerio o la autorización de otra”. Entonces, la capacidad de ejercicio habilita a la persona para ejercer directamente la titularidad de sus derechos, sin que medie una voluntad de un tercero o sin que se requiera la autorización de la ley para ello. En palabras más concretas, la capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene una persona para ejercer autónoma e independientemente sus derechos. Así pues, la capacidad jurídica, o sea, la capacidad para ser titular de derechos subjetivos patrimoniales, la tiene toda persona sin necesidad de estar dotada de voluntad reflexiva; en cambio, la capacidad de obrar está supeditada a la existencia de esa voluntad.

REPRESENTACION LEGAL DE PERSONAS DECLARADAS EN INTERDICCION-Contenido y alcance

CONSENTIMIENTO INFORMADO IDONEO EN INTERVENCIONES DE LA SALUD-Requisitos para

que se configure

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD-Tipos/SENTENCIAS INTEGRADORAS INTERPRETATIVAS, ADITIVAS Y SUSTITUTIVAS-Técnicas de modulación de los fallos de constitucionalidad/CORTE CONSTITUCIONAL-Facultad de modular sus fallos/REQUISITOS DE INTERDICCION Y AUTORIZACION JUDICIAL ESPECIFICA PARA ESTERILIZACION QUIRURGICA DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD MENTAL MEDIANTE CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Sentencia condicionada

Los fallos en los que este Tribunal ha modulado sus decisiones, se pueden distinguir o clasificar de la siguiente manera: (i) sentencias interpretativas o condicionadas; (ii) sentencias integradoras interpretativas aditivas y sustitutivas, y (iii) sentencias de inexecuibilidad diferida o de constitucionalidad temporal. En este caso, la Sala Plena considera necesario realizar un condicionamiento de la norma acusada. Como se ha advertido, el condicionamiento de la norma se fundamenta en la posibilidad de que se den lecturas de la disposición que sean abiertamente discriminatorias en las que se niegue el ejercicio de la autonomía reproductiva de las personas en situación de discapacidad o se desconozcan las obligaciones de provisión de un sistema de apoyo razonable para ejercer dicha autonomía.

Referencia: expediente D-11007

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 (parcial) de la Ley 1412 de 2010 “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y maternidad responsable”.

Demandante: Iván Yesid Noval Vela

Magistrada ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados María Victoria

Calle Correa, quien la preside, Luís Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luís Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 242-1 de la Constitución Política, Iván Yesid Noval Vela presentó ante esta Corporación demanda contra el artículo 6 (parcial) de la Ley 1412 de 2010 “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y maternidad responsable” por considerarlo contrario a los artículos 13, 16 y 42 de la Constitución y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La demanda fue admitida mediante auto del 15 de septiembre de 2015, providencia en la que además se ordenó: (i) comunicar a las autoridades pertinentes; (ii) invitar a diferentes organizaciones a participar para que, si lo consideraban pertinente, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de la norma parcialmente demandada; (iii) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana; y (iv) correr traslado al señor Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

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

II. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad

y maternidad responsable” y se subraya la expresión objeto de la demanda de inconstitucionalidad:

“LEY 1412 DE 2010

(octubre 19)

Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

Artículo 6°. Discapacitados Mentales. Cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial”.

III. LA DEMANDA

El ciudadano señala que el aparte demandado viola los artículos 13, 16 y 42 de la Constitución, así como el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para el demandante, el aparte acusado viola los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, pues trata de forma equivalente a grupos de personas diferentes ya que existe una distinción entre “quienes son discapacitados de manera absoluta y de manera leve o moderada”[1]. En su concepto, esa generalización obliga a que todas las personas con discapacidad mental, sin importar el grado o tipo de discapacidad, estén sujetos a la voluntad de su representante legal, previa autorización judicial, para realizarse una práctica quirúrgica que tiene implicaciones definitivas sobre la posibilidad de su reproducción biológica. Para apoyar su argumento, cita jurisprudencia de la Corte Constitucional que determina que “no por el hecho de estar bajo esa condición (interdicción) debía afirmarse la incapacidad para discernir sobre lo que le es conveniente o no, pues no todas las enfermedades mentales anulan la consciencia del

individuo y algunas permiten un cierto grado de razonamiento”[2].

En este sentido, considera que existen diversos tipos de discapacidad mental que afectan en diferentes niveles la autonomía de la voluntad y que en algunos casos dicha afectación no es completa. Así, sostiene que existen situaciones en la vida de las personas en situación de discapacidad que no requieren de un sustento o aprobación judicial para su realización “como puede ser el hecho de querer conformar una familia o decidir realizar un manejo responsable sobre la maternidad o la paternidad”[3].

En este sentido, precisa que “no se pone en consideración el hecho de pretender eliminar la autorización previa judicial para actos jurídicos de los discapacitados mentales. Lo que se quiere exponer es que la Ley 1306 de 2010 analiza este caso en concreto, desde una perspectiva guiada más hacia la sustentación formal y superficial sobre el deterioro mental de una persona. Pero no analiza de manera profunda el grado, tipo o capacidad real de la persona para tomar decisiones propias. Es por ello que la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la “Medición de la Salud y la Discapacidad” propone realizar una distinción y clasificación sobre el tipo o grados de discapacidad mental de las personas, las clasifica como leve, moderada, severa, profunda. Arguye la OMS que según el grado de discapacidad se determina su grado de autonomía y la capacidad que las personas tendrán para integrarse en la sociedad”[4].

Adicionalmente, el demandante afirma que el aparte demandado también viola el artículo 12 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, que ordena a los Estados reconocer que estas personas “tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida”[5]. Así, argumenta que cuando se establece que la discapacidad es leve, no se requiere de un representante legal para que decida de fondo sobre situaciones de la vida como la reproducción, lo que si se requeriría en casos de discapacidad moderada, grave o profunda. Para sustentar su argumento, cita jurisprudencia de la Corte Constitucional que indica que no todas las enfermedades mentales anulan la consciencia del individuo y permiten un cierto grado de razonamiento. A su vez, sostiene que en los procesos de interdicción se debe tener en cuenta cuál es el grado de capacidad jurídica que tiene la persona. De acuerdo con lo anterior, para el demandante es inconstitucional “encerrar en un solo círculo a los discapacitados mentales”[6] para excluir de la decisión definitiva sobre la reproducción a personas que

pueden ejercer el derecho sin representación legal, previa autorización judicial. Así, solicita que se señale en “qué casos debe tenerse en mayor medida, la decisión de la persona”[7].

En conclusión, argumenta que la expresión demandada vulnera los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, así como obligaciones internacionales de Colombia sobre la protección de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad que se desprenden de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad “en cuanto no se hace la distinción clara de qué tipo de discapacitados mentales requieren o no una autorización judicial para que mediante un representante legal puedan manifestar su voluntad en el tema central de la ley (...)”[8]. En su concepto, los diferentes grados de discapacidad tienen diferentes niveles de conciencia que pueden permitir un ejercicio de la autonomía sin necesidad de representación legal. Por último, solicita que, de acuerdo con los cargos presentados, se determine hacia qué tipo de discapacidad va dirigido el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010.

IV. INTERVENCIONES INSTITUCIONALES

1. Ministerio de Salud y Protección Social

Asimismo, considera que respeta las obligaciones internacionales del Estado, en particular la de adoptar medidas de toda índole para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su integración en la sociedad, que se desprende de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. A continuación, cita jurisprudencia de la Corte Constitucional que hace referencia al deber del Estado colombiano de proteger a todas las personas en situación de discapacidad y de eliminar cualquier tipo de discriminación en su contra.

Con fundamento en lo anterior, sostiene que “ello implica que independientemente del tipo, clase o grado de limitación o discapacidad el Estado se encuentra en la obligación de garantizar el ejercicio pleno de las prerrogativas reconocidas por el constituyente, tendientes a responder a sus necesidades psicológicas, intelectuales o sociales. En ese orden de ideas, no corresponde al legislador transgredir su voluntad estableciendo un trato diferencial, y por ende, discriminatorio, señalando condiciones a partir de las cuales se

reconozcan mayores o mejores beneficios a personas que forman parte de un mismo grupo”[10].

Finalmente, indica que la norma demandada instituye un trato igual para una misma clase de individuos e implementa la sentencia C-131 de 2014 que establece que “tratándose de personas discapacitadas, sean o no menores de edad, se requiere siempre de autorización judicial previa una vez se haya demostrado, en el proceso correspondiente, que estas personas tienen problemas mentales que no les permiten otorgar su consentimiento para este tipo de intervención”[11].

2. Instituto de Bienestar Familiar (ICBF)

La apoderada del Instituto de Bienestar Familiar (ICBF) solicita la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión demandada “en el entendido de que cuando se trate de la autorización de procedimientos de esterilización definitiva de personas discapacitadas mentalmente, las autoridades judiciales requeridas deberán atender el precedente jurisprudencial sobre la materia”[12] y por lo tanto, no es necesario que se determine a qué tipo de discapacidad va dirigido el artículo, como lo solicita el actor.

En primer lugar, el ICBF se refiere a las obligaciones del Estado colombiano bajo la cláusula de igualdad que exige garantizar que las personas con condiciones de discapacidad superen la marginación. A su vez, indica que la Corte Constitucional ha dicho que los derechos sexuales y reproductivos y las relaciones familiares abarcan: “(i) los derechos a contraer matrimonio y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de las personas en situación de discapacidad, (ii) mantener su fertilidad en las mismas condiciones que las demás personas; (iii) decidir sobre el número de hijos y (iv) tener acceso a información sobre reproducción y planificación familiar”[13]. Asimismo, cita la sentencia C-804 de 2009 que establece que en el ámbito del análisis de la idoneidad de potenciales adoptantes debe realizarse una valoración integral que incluya criterios más allá de la aptitud física como las posibilidades de protección, amor, guía y cuidado, lo cual identifica los criterios pertinentes para el ejercicio de la paternidad.

A continuación, señala que la jurisprudencia de la Corte ha trazado una línea clara y reiterada sobre la esterilización quirúrgica, en la que ha indicado el alcance del derecho a la autonomía de las personas en situación de discapacidad. En este sentido, afirma que la

Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la autonomía se encuentra limitado por la determinación de los padres o el representante legal cuando se haya declarado la interdicción en el caso de los mayores de edad, o previa autorización judicial, para los menores de edad[14]. En consecuencia, considera que el análisis constitucional debe ceñirse a las reglas ya determinadas por la Corte.

En este orden de ideas, sostiene que la jurisprudencia sentada por las sentencias T-850 de 2002, T-248 de 2003, T-492 de 2006, T-1019-2006, T-560A de 2007, T-063 de 2012 y C-131 de 2014 determina el presupuesto para maximizar la autonomía de la persona en situación de discapacidad y minimizar la intromisión de los padres o representantes legales en los menores de 18 años o adultos declarados interdictos. Así, indica que de estas providencias se desprenden las siguientes reglas: (i) la autorización judicial para la esterilización comprende un proceso diferente y posterior al de interdicción; (ii) es necesario obtener una autorización judicial para la intervención quirúrgica que debe analizar la necesidad médica y la imposibilidad del consentimiento futuro y donde deben quedar plenamente demostrados los problemas mentales que impiden dar el consentimiento; y (iii) en los casos de menores de edad, la solicitud debe presentarse por ambos padres.

El ICBF aclara que los términos que señala el actor relativos a las discapacidades leve, moderada, profunda y severa de la OMS no pueden ser tomados como equiparables a la discapacidad mental relativa o absoluta. Lo anterior, pues dichos grados se definen teniendo en cuenta las tres variables de la discapacidad: la deficiencia corporal, la limitación en la capacidad de ejecución de actividades y la restricción de la participación que experimente la persona con discapacidad. En este sentido, ya que muchas veces no es posible determinar el nivel de acuerdo con la clasificación planteada se habla de grado de limitación asociado a la dependencia funcional, lo que no permite que la discapacidad leve o moderada sea sinónimo de la discapacidad mental relativa. Así, sostiene que siempre debe ser el médico tratante el que determine si se requiere o no de una autorización judicial por parte de los padres o representantes legales para la esterilización definitiva.

3. Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario

El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario solicita que se declare la CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA de la expresión demandada “estableciendo una

clasificación donde se reconozcan los diversos grados de discapacidad y conforme a estos, la necesidad o no de la intervención de sus representantes legales y previa autorización judicial, para la determinación de procedimientos médicos encaminados a la anticoncepción”[15].

El Grupo sostiene que la disposición acusada viola los derechos a la igualdad, a la autonomía, a decidir libre y responsablemente el número de hijos que se desea tener y a conformar una familia, pues su amplitud puede afectar a personas que por su grado leve o moderado de déficit puedan ejercer su autonomía personal. En este sentido, considera que la expresión acusada “no permite hacer una distinción adecuada de aquellas personas que, a pesar de encontrarse en condiciones de discapacidad, si están en condiciones de tomar decisiones sobre sí mismos en cuanto a sus derechos sexuales y reproductivos”[16].

4. Asociación Pro-bienestar de la Familia Colombiana – Profamilia

Profamilia, actuando a través de su representante legal, solicita que la Corte declare la INHIBICIÓN respecto de la “pretensión de inconstitucionalidad parcial del artículo 6 de la Ley 1412 de 2010, y en cambio debe declarar su inconstitucionalidad total”[19]. La asociación considera que los argumentos expuestos en la demanda no responden al orden constitucional y de derecho internacional que justifica la inconstitucionalidad de la norma ya que el modelo de consentimiento informado sustituto es violatorio de la Constitución y de la jurisprudencia de la Corte en todos los casos, sin excepciones. Un pronunciamiento en tal sentido reconocería “que las personas con discapacidad cognitiva pueden ejercer su derecho a realizarse procedimientos de esterilización quirúrgica, siempre y cuando: haya mediado su consentimiento informado personal, se hayan realizado los ajustes razonables para que la persona entienda y pueda expresar su voluntad, y se informen efectivamente las alternativas que existen en materia de planificación familiar”[20].

La interviniente señala que existe una línea jurisprudencial que ha determinado que para que proceda la esterilización de personas con discapacidad debe existir: (i) evidencia científica y clara sobre la imposibilidad del consentimiento futuro; (ii) la determinación de la pérdida de capacidad mediante un proceso de tutela que nombra un representante legal; y (iii) una autorización judicial previa. A su vez, indica que la misma jurisprudencia ha determinado que los jueces, al resolver sobre la solicitud de esterilización deben verificar:

(i) la existencia de una urgencia o imperiosa necesidad del procedimiento, (ii) las condiciones de vida concretas y el grado de vulnerabilidad; y (iii) una argumentación razonable sobre la decisión. En la misma línea, explica que la jurisprudencia constitucional ha reconocido el consentimiento sustituto como un recurso de última instancia, bajo el mandato de la Convención de Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad.

Con fundamento en su experiencia, explica que en la práctica los jueces de familia no tienen en cuenta los criterios señalados. Así, estos sustentan la autorización en los conceptos emitidos por Medicina Legal, que fueron presentados en el proceso de interdicción de la persona y que concluyen la incapacidad económica o para manejar o administrar bienes, pero no hacen un análisis sobre los derechos sexuales y reproductivos. En este sentido, considera que dicha realidad implica que el artículo 6 genera prácticas inconstitucionales a partir de las cuales la Corte ha tenido que generar reglas y subreglas para limitar su alcance.

De otra parte, afirma que el artículo 6 acusado viola los derechos sexuales y reproductivos protegidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues sostiene que el derecho a la autonomía depende de la capacidad mental.

Finalmente, indica que los argumentos sobre la necesidad de determinar grados de discapacidad violan el instrumento internacional mencionado. Lo anterior, pues la Convención insta un modelo en el que se entiende que la discapacidad es un fenómeno social como una diversidad humana y no puede limitarse a un diagnóstico médico. En atención a este acercamiento, explica que la discapacidad está ubicada en la sociedad y no en la persona, como una forma de opresión que por las dinámicas de poder impide la inclusión social de personas diversas. Así pues, sostiene que dicho modelo no permite la determinación de grados de discapacidad y establece la capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

5. Liga Colombiana de Autismo (LICA)

La Liga Colombiana de Autismo solicita que se declare la INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 por que va en contra de los derechos de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, pues permite la esterilización sin el consentimiento de esta población.

6. Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derechos de la Universidad de los Andes

PAIIS solicita que se declare la INHIBICIÓN por considerar que la demanda incumple con los requisitos de claridad, certeza y especificidad. En subsidio, solicita que se declare la INCONSTITUCIONALIDAD de todo el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010, pues la limitación de la capacidad legal de las personas con discapacidad viola la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adicionalmente, anuncia la interposición de una demanda independiente con el fin de que sea acumulada a la presente para que se dé el debate constitucional con profundidad.

PAIIS sostiene que los cargos presentados por el demandante carecen de claridad y especificidad, pues no permiten llegar a las conclusiones que plantea sobre graduación de la discapacidad en tanto que parten de consideraciones vagas, indeterminadas, abstractas e indirectas. Más allá, señala que el demandante presenta cargos en relación con la violación de la Ley 1346 de 2009, que adopta la Convención sobre Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, pero no hace referencia al bloque de constitucionalidad.

En cuanto a la certeza de los cargos, indica que la demanda parte de proposiciones inciertas, pues sostiene que la norma encierra en un solo círculo a las personas en situación de discapacidad mental, cuando en realidad la interpretación de la norma, en armonía con aquellas sobre capacidad jurídica, establece que la autorización judicial solamente opera en los casos en que haya precedido un proceso de interdicción en el que se pudo determinar la incapacidad absoluta de la persona. A su vez, en los casos de incapacidad mental relativa procede la inhabilidad, la que no permite la sustracción de la voluntad por fuera de “negocios” con una determinada cuantía. Por lo tanto, en su concepto, la norma sí contiene la distinción que el actor acusa de inexistente. No obstante, aclara que esa distinción va en contra del marco internacional de derechos humanos.

En caso de que la Corte Constitucional decida conocer el fondo de la demanda, el interviniente considera que no se deben acoger los cargos presentados por el actor pues parten de dos premisas que contrarían la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La primera, que la capacidad legal de las personas con discapacidad

debe ser restringida con base en evaluaciones médicas sobre su capacidad de decisión. La segunda, que algunas esterilizaciones deben ser realizadas sin el consentimiento de la persona con discapacidad. Para PAIS, estas dos premisas contradicen la Convención porque la Observación General No. 1 del Comité de Naciones Unidas de los derechos de las Personas con Discapacidad indica que la capacidad mental no es un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de contextos sociales y políticos. Además, los conceptos de capacidad jurídica y capacidad mental o capacidad para decidir son diferenciables.

Por último, indica que la Convención impone un nuevo paradigma que implica que: “(i) todas las personas tienen el derecho al reconocimiento de su capacidad legal; (ii) la capacidad legal no puede entenderse como capacidad para decidir; y (iii) se deben implementar apoyos para la toma de decisiones en los casos en los que una persona los requiera para manifestar su voluntad y preferencias”[21]. En este orden de ideas, sostiene que el artículo 6 viola la Convención así como los derechos a la igualdad en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, a la autonomía, a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de la capacidad legal porque permite esterilizaciones sin el consentimiento de la persona.

7. Centro de Derechos Reproductivos

El Centro de Derechos Reproductivos con sede en Bogotá presentó una intervención con el objetivo de aportar información relevante sobre las consideraciones y directrices que diferentes organismos de derecho internacional han realizado alrededor de la esterilización forzada en mujeres y niñas con discapacidad.

En primer lugar, plantea que las mujeres con discapacidad sufren de una discriminación interseccional por la situación en la que viven. Sostiene que la aplicación del principio de no discriminación ha ignorado la discriminación interseccional la cual “sitúa menor énfasis en las características individuales de la persona y pone mayor énfasis en el contexto social, las relaciones de poder y la forma en que dichas variables interactúan, afectando a la persona y generando la situación de discriminación”[22]. A su vez, menciona las observaciones generales de los comités de derechos humanos de Naciones Unidas que han reconocido la discriminación interseccional y cómo ésta afecta a las mujeres.

Por último, indica que la garantía del derecho a la información es parte esencial del ejercicio de la autonomía reproductiva y refiere el principio No. 7 de una guía expedida por la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) sobre esterilización y consentimiento informado de las mujeres con discapacidad, que así lo reconoce. En el mismo sentido, cita las observaciones de conclusión que el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) le hizo a Colombia en el año 2013 que manifiesta su preocupación por la esterilización forzada de mujeres con discapacidad.

V. INTERVENCIONES EXTEMPORANEAS

Una vez vencido el término de intervención para los invitados a participar y de fijación en lista, se recibieron escritos remitidos por PAIS de la Clínica Jurídica sobre Discapacidad en Derechos Humanos del Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreu” de la Universidad Nacional de Mar de Plata, Argentina; la Clínica Jurídica de Personas con Discapacidad de la Universidad Católica del Perú; el Programa de Investigación y Abogacía Feminista de la Universidad de Palermo, Argentina; la Red Latinoamericana de Organizaciones no Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familiar e International Disability Alliance; el Centro Estratégico de Impacto Social, A.C., CEIS-México; y de la Asociación Colombiana de Síndrome de Down-Asdown Colombia. Todas las anteriores intervenciones son conceptos técnicos presentados en el proceso de la demanda interpuesta por PAIS con número de referencia D-0011097 la que coadyuvan.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuraduría General de la Nación solicita a la Corte Constitucional que declare INEXEQUIBLE el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010. La Vista Fiscal considera que el problema jurídico que la Corte debe abordar es:

“Si la expresión “discapacitados mentales”, contenida en el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010, es contraria a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 13 (derecho a la igualdad), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad) y 42 (derecho a conformar una familia) de la norma superior”[24].

Para la Procuraduría, la norma “permite que los representantes legales de quienes son

discapacitados mentales, previa autorización judicial, puedan solicitar y prestar el consentimiento por ellos para la realización de un procedimiento quirúrgico de esterilización”[25] respecto de quienes padecen limitaciones psíquicas o de comportamiento, “que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio”[26].

En primer lugar, la Vista Fiscal refiere a la Ley 1306 de 2009 que determina que la discapacidad mental absoluta genera la incapacidad legal absoluta y la discapacidad mental relativa, la inhabilidad respecto de los asuntos sobre los que recae. De acuerdo con la anterior distinción, recuerda que la figura de la representación busca la protección de las personas, pero que dicha protección cobija principalmente la materia patrimonial, lo que es diferente de aquellos aspectos personalísimos como la libertad sexual y reproductiva. Así, considera que no sólo resulta injustificado establecer un trato generalizado para todas las personas con discapacidades mentales sin tener en cuenta si “de acuerdo al grado de discapacidad, es viable pronunciar el consentimiento en algunos casos, sino que resulta inconstitucional darle la potestad a un tercero de decidir, incluso con autorización judicial, sobre aspectos como la realización de un esterilización quirúrgica”[27]. Así, considera que existen ámbitos en los que el consentimiento es insustituible como en el del ejercicio de la libertad sexual y la capacidad reproductiva, o el del derecho a conformar una familia.

Por otra parte, sostiene que en los casos de inhabilidad total para dar el consentimiento se debe tener en cuenta que la esterilización nunca es una medida de protección y que no se puede imponer una inhabilitación aún mayor a alguien que tenga la posibilidad de cambiar su situación de discapacidad en el futuro.

A continuación, refiere el sustento constitucional y del bloque de constitucionalidad sobre las libertades sexuales y familiares de las personas con discapacidad y concluye que es un imperativo constitucional eliminar todas las disposiciones del ordenamiento jurídico que reproduzcan estereotipos discriminatorios, en las que subyace la idea de que la persona con discapacidad tiene un menor valor.

En su concepto, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución y otras normas, el Estado colombiano tiene la obligación de propender por la plena rehabilitación de las

personas con discapacidad mental absoluta, lo que permitiría que en algún momento de su vida estén en capacidad de optar por conformar una familia y manifestar su consentimiento. Así, la norma resulta regresiva y contraria “a la finalidad rehabilitadora que deberían tener los servicios de salud dirigidos a esta población en situación de vulnerabilidad”[28].

Por último, la Procuraduría sostiene que los procedimientos de esterilización no son un servicio de salud y que éstos no surgen del derecho a tener una familia ni del derecho a la salud. De otra parte, exhorta a la Corte Constitucional a que garantice los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad, lo que considera que fue relativizado en la sentencia C-131 de 2014, que creó una excepción a la esterilización quirúrgica de menores de edad.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

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

Consideraciones previas: aptitud de la demanda e integración normativa

2. PAIS solicitó que se declare la ineptitud de la demanda por no cumplir con los requisitos de certeza, claridad y especificidad. De la misma forma, Profamilia solicitó la inhibición, pues considera que los argumentos presentados no justifican la inconstitucionalidad de la norma, por apartarse de los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos. En tal virtud, antes de entrar a considerar los cargos planteados, es necesario establecer la aptitud de la demanda, toda vez que algunos de los intervinientes plantearon la ineptitud de la misma por falta de certeza, claridad y especificidad.

3. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad[29]. Específicamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe precisar: el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por

la cual la Corte es competente para conocer del asunto. La concurrencia de los tres requerimientos mencionados hace posible un pronunciamiento de fondo.

En cuanto al concepto de la violación, la jurisprudencia ha sido constante[30] en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ciertos, pues la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida que el ciudadano precise la manera como la norma acusada vulnera la Constitución y formule al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la apreciación del contenido de una norma superior que se explica y se enfrenta con la norma legal acusada, más no en su aplicación práctica; y suficientes, por cuanto el demandante debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y éstos deben generar alguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

4. El demandante afirma que la expresión acusada es contraria a los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a la capacidad legal, este último contemplado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al determinar el consentimiento sustituto, previa autorización judicial, para todas las personas con discapacidad mental, sin excepciones.

Particularmente, sostiene que la expresión sitúa a todas las personas con discapacidad mental en un mismo nivel de capacidad para ejercer la autonomía. En su concepto, dicha equivalencia es inconstitucional, pues existen personas con diferentes grados de discapacidad mental que pueden ejercer su autonomía y se encuentran sujetas a una restricción indebida, en razón a la expresión demandada. En este sentido, solicita el condicionamiento de la norma, para que se determine los casos en los cuales la restricción a la autonomía, mediante solicitud del representante legal y previa autorización judicial es pertinente, y cuando no. A su vez, considera que la expresión acusada va en contra de la determinación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de establecer el derecho a la igualdad en el ejercicio de la capacidad legal para las personas en esta situación.

5. La Corte considera que los cargos planteados cumplen con los requisitos de claridad, certeza y especificidad por cuanto proponen una duda mínima sobre la constitucionalidad de la disposición como se pasa a explicar. Uno de los intervinientes afirma que los argumentos planteados por el demandante carecen de certeza, ya que no cuestionan una proposición jurídica cierta, pues considera que la expresión encierra a todos los discapacitados mentales cuando en realidad solo se refiere a aquellos de los que se ha determinado una discapacidad absoluta, por lo tanto la norma contempla la distinción que la demanda busca.

De la lectura de la expresión demandada se verifica que los cargos van en contra de un contenido normativo real, es decir la determinación de un trato hacia un grupo -las personas con discapacidad mental-. La expresión, en efecto, no hace distinciones sobre el ámbito de aplicación de la disposición para especificar que se trata aquellos que tengan una discapacidad absoluta, como lo plantea el interviniente. En este sentido, el contenido normativo es cierto, pues recae sobre una proposición jurídica verificable y efectivamente contenida en la ley.

Cosa diferente es la interpretación del contenido normativo respecto de su ámbito de aplicación para determinar si las personas en situación de discapacidad mental a los que se refiere la norma son todos, o algunos. Así, este análisis parte del reproche de constitucionalidad y del alcance de la disposición. Entonces, la posición sobre la falta de certeza de la disposición demandada no responde a un criterio sobre la existencia o no de la disposición, sino a un desacuerdo con un posible ámbito de aplicación de la norma que recae sobre el juicio de constitucionalidad. Ese ámbito de aplicación puede ser dotado de contenido en conjunto con otras disposiciones, pero en principio, el cargo admite considerar que dado que la expresión es general, podría incluir diferentes sub grupos en la categoría de personas con discapacidad mental. En este sentido, la demanda cumple con el requisito de certeza.

6. De otra parte, el mismo interviniente cuestiona la claridad y especificidad de la demanda, pues en su criterio los argumentos presentados son vagos, indeterminados y abstractos y no permiten llegar a las conclusiones que plantea sobre la clasificación de los niveles de discapacidad mental. Así pues, el interviniente cuestiona uno de los requisitos para los cargos de igualdad: los términos de comparación, los cuales exigen establecer los grupos,

personas, o situaciones que son comparables sobre los que la norma establece una diferencia o una igualdad de trato cuando no debería hacerlo.

El demandante advierte que no todas las discapacidades mentales son equivalentes y propone una clasificación que se fundamenta en criterios de la OMS: la discapacidad leve, moderada, grave o profunda, al igual que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha determinado diferencias en los grados de autonomía o capacidad de razonamiento de las personas con discapacidad mental. En consecuencia, los criterios presentados por el demandante sobre las diferencias en la discapacidad comprenden un argumento claro y específico, en el sentido de que sustenta su proposición con criterios técnicos verificables, lo que hace indudable la existencia de diferentes tipos de discapacidades, y por lo tanto de diferentes tipos de personas a las que podría cobijar la norma.

De acuerdo con lo anterior, el demandante logra proponer y caracterizar los grupos frente a los cuales se da un trato que supone inconstitucional: las personas con diferentes tipos de discapacidad mental. Si bien la clasificación propuesta puede o no ser adecuada para establecer el ámbito de aplicación de la disposición y su lectura a la luz de la Constitución puede arrojar una conclusión diferente, este análisis hace parte del fondo de la demanda y demuestra que el demandante si logra generar una duda mínima sobre el alcance de la norma en cuanto a los sujetos que cobija, es decir, personas con diferentes tipos de discapacidad mental.

7. El mismo interviniente cuestiona la aptitud de la demanda por falta de especificidad por no haber indicado la violación del artículo 93 de la Constitución y por lo tanto al bloque de constitucionalidad, pese a que hace referencia a una violación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

Como se advirtió, de conformidad con el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, numeral 2, las demandas de las acciones públicas de inconstitucionalidad deben señalar las normas constitucionales que se consideren infringidas. Esta exigencia tiene como fin racionalizar el ejercicio del derecho ciudadano a interponer acciones en defensa de la Constitución[31]. De este requisito se desprende el carácter rogado del control de constitucionalidad por vía de acción, por el cual la Corte tiene vedada “la formulación de nuevos cargos de inconstitucionalidad, no contenidos en el libelo”[32]. No obstante lo anterior, dicha

característica no precluye la posibilidad de la Corte de realizar una revisión integral en el control abstracto, como parte de sus competencias.

A su vez, lo anterior no implica que este requisito deba ser cumplido con excesivo rigorismo procesal. En efecto, la primacía del ejercicio del derecho sustancial en el trámite de la acción pública de inconstitucionalidad muestra que “la exigencia legal de que el demandante indique las normas constitucionales que estima violadas no significa que deba precisar con exactitud el número que las distingue en la codificación. Basta que el juez de constitucionalidad, con la referencia hecha en la demanda, pueda inferir cuál es el precepto superior que se considera quebrantado”[33].

Bajo este criterio, la Corte Constitucional ha admitido el estudio de cargos por vulneración de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, aun cuando el demandante no invoque el artículo 93 Superior como disposición constitucional infringida. En efecto, en reiteradas oportunidades este Tribunal ha confrontado las disposiciones acusadas con las normas internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad sin que el demandante haya citado expresamente el artículo 93 de la Carta como vulnerado[34].

Si bien el demandante no indicó expresamente una violación al artículo 93 de la Constitución si señaló una violación al artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este sentido, hizo referencia a un artículo de un tratado internacional de derechos humanos ratificado por Colombia que por lo tanto hace parte del bloque de constitucionalidad. Como se refirió, uno de los criterios que permite admitir el cumplimiento del requisito es la posibilidad de inferir de forma razonable el artículo vulnerado. En este caso, se cumple con dicho requisito. Por lo tanto, el no haber citado expresamente el artículo 93 para sustentar la violación del artículo 12 mencionado no configura la ineptitud de la demanda.

8. Otro de los intervinientes solicitó la inhibición, pues los argumentos presentados van en contravía del orden constitucional y de lo determinado por el derecho internacional de los derechos humanos. La anterior crítica presenta un desacuerdo sustancial con los cargos presentados, pero no indica el incumplimiento de uno de los requisitos para configurar un cargo constitucional en sede de control abstracto, por lo tanto, no constituye un verdadero reproche sobre la aptitud de la demanda.

9. Como se ha dicho, el demandante presenta argumentos sobre la violación los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a la capacidad legal. Así, respecto del cargo de igualdad debe cumplir con tres requisitos específicos para formular un argumento válido en sede de control abstracto: la identificación de los términos de comparación, la explicación, con argumentos de naturaleza constitucional, de cuál es el presunto trato discriminatorio introducido por las disposiciones acusadas y la exposición de la razón precisa por la que no se justifica constitucionalmente dicho tratamiento.

La Sala Plena de esta Corporación, considera que el planteamiento de la demanda cumple con dichos requisitos mínimos. Como se advirtió el demandante logra identificar los términos de comparación: la esterilización mediante el consentimiento sustituto, previa autorización judicial, para las personas en situación de discapacidad mental. A su vez, estableció los grupos que están cobijados por este trato, aquellas personas con diferentes grados de discapacidad que no son equivalentes. Después, con sustento en los derechos mencionados y en el mandato del derecho internacional que establece la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad, indica que este trato igual es injustificado porque la medida determina una restricción al ejercicio de la autonomía para personas que si tienen la capacidad de ejercerla, particularmente en el ámbito de la reproducción y sobre las intervenciones médicas definitivas en el cuerpo. Por lo tanto, expone que al incluir en este grupo a personas que por las características de su discapacidad -leve-, pueden ejercer el consentimiento informado de forma personal se incurre en una violación de sus derechos.

En consecuencia, la Sala considera que la demanda cumple con los requisitos mínimos de claridad, certeza y especificidad que configuran un cargo de constitucionalidad y procederá a analizarla de fondo.

Integración de la unidad normativa

10. Antes de pasar a delimitar el problema jurídico y la metodología de resolución, es preciso verificar si la expresión demandada goza de un contenido normativo autónomo. En este sentido, si bien no fue indicado expresamente por algunos de los intervinientes, varios de éstos solicitaron la declaratoria de inexecutable de todo el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010, no de la expresión acusada. Así lo propuso Profamilia, la Liga Colombiana de

Autismo, PAIS y la Procuraduría General de la Nación.

El artículo 6° del Decreto 2067 de 1991 permite a la Corte Constitucional pronunciarse sobre aquellas normas que, a su juicio, conforman una unidad normativa con el precepto acusado[35]. Esta facultad conocida como la integración normativa desarrolla importantes mandatos constitucionales como la economía procesal y la seguridad jurídica, a través de la eficacia del control abstracto de constitucionalidad, y la efectividad de sus principios, derechos y deberes, al garantizar la coherencia del ordenamiento[36].

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la potestad de integrar oficiosamente la unidad normativa es de carácter excepcional, y que por lo tanto, la regla general es la inhibición cuando el demandante haya omitido realizarla[37]. El fundamento de dicha excepcionalidad radica en la naturaleza rogada pero integral de la acción pública de inconstitucionalidad[38], puesto que la conformación de la unidad normativa implica un control oficioso del ordenamiento al integrar disposiciones no demandadas expresamente y por lo tanto una restricción del carácter participativo de la acción, puesto que los intervinientes no pueden pronunciarse sobre los preceptos con los que se conformó la unidad normativa[39]. Como consecuencia de ello, este Tribunal no podrá realizar la integración oficiosa de la unidad normativa cuando la demanda sea inepta por ininteligibilidad de la norma acusada o por ausencia de integración de la proposición jurídica completa, aún si los intervinientes han presentado algunos cargos de constitucionalidad suficientes para proferir una sentencia de fondo[40]. Lo anterior, puesto que el mandato de la Corte radica en la garantía, a partir de la formulación de un cargo apto, del acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial, en aplicación del principio *pro actione*.

Así pues, la Corte Constitucional ha determinado que la integración oficiosa de la unidad normativa sólo será procedente cuando: i) se demande una disposición cuyo contenido deóntico no sea claro, unívoco o autónomo, ii) la disposición cuestionada se encuentre reproducida en otras disposiciones que posean el mismo contenido deóntico de aquella [41] y finalmente, cuando iii) la norma se encuentre intrínsecamente relacionada[42] con otra disposición que pueda ser, presumiblemente, inconstitucional[43].

Ahora bien, para el primer supuesto, en el cual un contenido normativo puede no ser

autónomo, como en el caso de la demanda de expresiones de una norma, este Tribunal ha precisado que no siempre que se demanda un fragmento de una disposición normativa se está frente a una proposición jurídica incompleta[44]. Igualmente, en este punto debe tenerse en cuenta que, aunque una expresión resulte desde el punto de vista semántico y de la sintaxis, clara y unívoca, puede ocurrir que tales atributos no resulten predicables desde la perspectiva jurídica[45].

Por estas razones, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, para resolver los cargos de inconstitucionalidad formulados contra fragmentos normativos, deben tenerse en cuenta dos aspectos: (i) que lo acusado sea un contenido comprensible como regla de derecho que pueda contrastarse con las normas constitucionales y (ii) si los apartes que no han sido demandados perderían la capacidad de producir efectos jurídicos en caso de declararse la inexequibilidad del fragmento normativo demandado, es procedente la integración de la unidad normativa[46].

11. En el presente caso los apartes del artículo 6 que no han sido demandados perderían la capacidad de producir efectos en caso de declararse la inexequibilidad de la expresión acusada, por tanto se hace indispensable integrar la proposición jurídica completa de todo el artículo 6. Veamos.

El artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 dispone que “cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial”. Por lo tanto, la norma establece unos requisitos para la esterilización definitiva sobre unos sujetos determinados –los discapacitados mentales-. En efecto, el demandante acusó la expresión –discapacitados mentales- del artículo 6 de la Ley 1412 de 2010. Así, la demanda recae sobre el sujeto para el que se dispone un trato particular. Si se llegara a sustraer el sujeto de la norma por una eventual declaratoria de inconstitucionalidad, la norma perdería el sentido. Por lo tanto, la expresión acusada no es autónoma respecto del contenido normativo al que pertenece.

En este orden de ideas, los apartes normativos que no han sido acusados perderían la capacidad de producir efectos jurídicos y carecerían de sentido, de ser removidos del ordenamiento. Por lo tanto, nos encontramos frente al supuesto excepcional determinado por la jurisprudencia constitucional que habilita a la Corte a integrar la proposición jurídica

completa.

De acuerdo con lo anterior, la Sala procederá a integrar la proposición jurídica completa con todo el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución

12. El demandante plantea que la expresión acusada viola los artículos 13, 16 y 42 de la Constitución y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por contemplar el consentimiento sustituto de personas con discapacidad mental que tengan capacidad para decidir sobre la posibilidad de reproducirse, pues la norma se dirige a todos los discapacitados mentales.

El Ministerio de Salud y Protección Social considera que la expresión acusada respeta los derechos a la igualdad y a conformar una familia, así como las obligaciones internacionales en la medida en que da un trato igual a personas que hacen parte de un mismo grupo, sin distinción alguna. El ICBF solicita la declaración de la constitucionalidad condicionada de la expresión demandada en el entendido de que las autoridades judiciales deben atender el precedente jurisprudencial sobre la materia. El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario también solicita la constitucionalidad condicionada para que se establezca una clasificación que reconozca los diversos grados de discapacidad y así la intervención de los representantes legales. De otra parte, Profamilia, PAIS y La Liga Colombiana de Autismo solicitan la inexequibilidad de todo el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 por considerar que el consentimiento sustituto en cualquier caso es violatorio de la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

La Procuraduría General de la Nación solicita que se declare la inexequibilidad de la norma. Para la Vista Fiscal, la falta de distinción sobre los grados de discapacidad hace inconstitucional la norma. No obstante, considera que más allá, la determinación de la reproducción no es un asunto que debería ser cobijado por la representación legal, pues dicha medida de protección se establece para los asuntos patrimoniales, mientras que la determinación del consentimiento en el ejercicio de la libertad sexual y la capacidad reproductiva, o el del derecho a conformar una familia es insustituible. A su vez, considera que el artículo ignora el sentido rehabilitador que debe tener el Estado frente a estas personas, para hacer todo lo posible para que en el caso de los incapaces absolutos en

algún momento puedan optar por conformar una familia y manifestar su consentimiento. Finalmente, recalca que en su concepto los tratamientos de infertilidad no pueden ser considerados como un servicio de salud.

13. En consecuencia, en el presente caso la Corte debe entrar a resolver el siguiente problema jurídico:

¿Si el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 al establecer el consentimiento sustituto por parte de los representantes legales de las personas en situación de discapacidad, previa autorización judicial, viola los artículos 13, 16 y 42 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, particularmente el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por comportar una restricción indebida al ejercicio de la autonomía para ejercer su capacidad reproductiva?

Para resolver el anterior problema jurídico, la Corte abordará el marco constitucional sobre: (i) las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección constitucional; (ii) los derechos reproductivos de las personas con discapacidad; (iii) el consentimiento informado en las intervenciones de salud; (iv) el consentimiento informado de las personas con discapacidad; y con fundamento en lo anterior abordará el problema jurídico planteado.

Las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección

14. La cláusula de igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución otorga una especial protección a las personas con discapacidad[47]. Desde esta garantía, el Estado tiene el deber de proteger la igualdad formal y material de estas personas. Desde la primera, le están prohibidas las intervenciones que generen discriminación o acentúen situaciones de discriminación de forma directa o indirecta. En efecto, el deber de garantía de igualdad ante la ley supone que todos los individuos, como sujetos de derechos deben ser tratados con la misma consideración y reconocimiento, y que no es admisible ninguna diferencia de trato con fundamento en criterios como el estatus de salud, el género, la raza, el origen, la lengua, la religión y la opinión política o filosófica. Estos motivos constituyen criterios sospechosos, pues históricamente han estado asociados a prácticas que han tendido a subvalorar y a poner en situación de desventaja a ciertas personas, y se encuentran proscritos por la Constitución como una violación del derecho a la igualdad[48].

De otra parte, el deber de igualdad material le impone la obligación al Estado de adoptar medidas a favor de los grupos marginados o que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, como las personas con discapacidad.

15. El modelo social de la discapacidad se desprende del marco internacional de derechos humanos. Así, en lo atinente a los instrumentos internacionales de carácter vinculante para Colombia, el más importante de ellos en esta materia es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) adoptada en el año 2006[50], la cual tiene como propósito promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad.

Por esta razón, la Convención dispone que las personas con discapacidad tienen “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”[51] y que el Estado debe asegurar a estas personas el acceso al apoyo requerido para su ejercicio[52].

16. Así mismo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité DPD) ha establecido que “[l]a capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin”[53]. De modo que, mientras “la capacidad legal es la posibilidad de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley, [lo cual puede incluir] por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte,” la legitimación para actuar como segunda faceta “comprende con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos”[54].

17. Además, en la Observación General No.1, el Comité DPD destaca el papel instrumental

de la capacidad jurídica para garantizar todo tipo de derechos para las personas con discapacidad. Al respecto afirma:

“La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad”[55].

Así pues, es relevante indicar que la capacidad jurídica no debe asimilarse a la capacidad mental, pues esta última “se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”[56].

18. En efecto, partiendo de la universalidad del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, el Comité DPD concluye en la mencionada observación que el derecho a la capacidad jurídica es inherente a toda persona, incluyendo a aquellas con discapacidad cognitiva o psicosocial[57]. Por ende, el hecho de que una persona tenga una discapacidad[58] no debe ser nunca motivo para negarle su capacidad jurídica ni ningún derecho establecido en el artículo 12 de la CDPD[59].

Específicamente, el Comité establece que no son admisibles los regímenes basados en la adopción de decisiones mediante el consentimiento sustituto y la negación de la capacidad de este grupo de personas. A su vez, dijo que:

“a menudo, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones... a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la

persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley” [60].

En este contexto, la Convención impone a los Estados, de una parte, la obligación de abstenerse de cualquier medida que prive a las personas con discapacidad del reconocimiento de su capacidad jurídica, y de otra parte, el deber de garantizar que los particulares no interfieran con el ejercicio de la capacidad jurídica de estos sujetos[61]. En consecuencia, los Estados tienen un mandato para reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas[62] por sistemas de apoyo a la adopción de decisiones. Estos últimos se caracterizan por la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad, de su autonomía y sus preferencias[63].

De este modo, el Comité es enfático en afirmar que “[l]os Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos”[64].

19. Así pues, los apoyos que deben proporcionarse a las personas con discapacidad: (i) deben variar en su tipo e intensidad de acuerdo con la diversidad de las personas con discapacidad[65]; (ii) son renunciables, de modo que la persona con discapacidad puede negarse a ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto[66]; (iii) no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad[67] y (iv) la implementación de las medidas de apoyo deben ser consultadas y contar con la participación de la población con discapacidad[68]. Pese a su variedad de formas, de acuerdo con el Comité DPD, las directrices esenciales que debe incluir todo sistema de apoyos, son:

“a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos. El grado de apoyo que necesite una persona, especialmente cuando es elevado, no debe ser un

obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones.

b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.

c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas.

d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida.

e) A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención de que los Estados partes deben adoptar medidas para “proporcionar acceso” al apoyo necesario, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y por que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y afundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.

g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.

h) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona.

i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo”[69].

Así pues, este marco internacional indica que con el fin de proteger plenamente sus derechos, los Estados deben proporcionar “salvaguardias” que garanticen que el ejercicio de la capacidad jurídica corresponde a la voluntad y a las preferencias de la persona en situación de discapacidad. Estas salvaguardias[70] deben ser medidas adecuadas, efectivas y proporcionales, además de estar sometidas a la revisión periódica de un órgano judicial imparcial[71].

20. A partir de este reconocimiento, las personas en situación de discapacidad sin importar su tipo pueden gozar plenamente de esta capacidad para tomar decisiones sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales tales como: acceso a la justicia (art. 13), libertad e integridad personal (art. 14), integridad personal (arts. 15, 16 y 17), libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18), libertad de expresión, opinión y acceso a la información (art. 21), así como el respeto del hogar y la familia (art. 23), derecho a la participación política, cultural y deportiva (arts. 29 y 30). También, este convenio internacional consagra la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas en situación de discapacidad (arts. 24-28)[72].

21. En este mismo sentido, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad que verifica el cumplimiento de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999)[73][74], ha apoyado la postura de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General sobre el artículo I.2, Inciso B[75].

23. Igualmente, la Corte IDH ha establecido la obligación de los Estados de garantizar la autonomía individual de las personas con discapacidad mental respecto del tratamiento

médico[81]. Así, en el caso Ximenes Lopes contra Brasil[82] estableció una presunción en favor de la aptitud de la persona con discapacidad mental para autorizar intervenciones sanitarias sobre su cuerpo[83]. A su vez, determinó que en caso de que dicha presunción se desvirtúe, es admisible que el consentimiento sea otorgado por terceras personas, con el fin de preservar el bienestar del paciente[84].

24. Por último, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Comité CEDAW) ha abordado las esterilizaciones sin el consentimiento como una restricción del ejercicio de la capacidad reproductiva y ha notado una desproporción en la afectación de esta práctica en las mujeres. Así pues, ha solicitado la prohibición de la esterilización de las mujeres con discapacidad sin su libre y pleno consentimiento en razón a que la restricción de los derechos sexuales y reproductivos afecta particularmente a las mujeres con discapacidad.

Concretamente, respecto de la situación de Colombia, el Comité ha expresado su preocupación por los casos de esterilización forzada de mujeres con discapacidad. Por este motivo, en el 2013 solicitó al Estado colombiano modificar y perfeccionar “el marco reglamentario, así como la orientación proporcionada al personal médico, a fin de garantizar que la esterilización se realice con el consentimiento libre e informado de las mujeres, incluidas las mujeres con discapacidad”[85].

25. En conclusión, existe un mandato que parte de la cláusula de igualdad constitucional que ordena la protección especial de las personas con discapacidad mental para que puedan ejercer todos los derechos en condiciones de igualdad. A su vez, el marco internacional vigente impone la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en situación de discapacidad para tomar sus propias decisiones y así ejercer sus derechos fundamentales, para lo cual se deben utilizar todas las herramientas bajo el modelo de apoyo de decisiones.

Los derechos reproductivos de las personas con discapacidad

26. Los derechos reproductivos tienen fundamento en los artículos 16 y 42 de la Constitución, que establecen la garantía del libre desarrollo de la personalidad y el derecho de la pareja a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”. A su vez, han sido reconocidos en el artículo 16 de la CEDAW, al determinar el derecho de la mujer y el hombre a decidir

libremente sobre el número de sus hijos e hijas, el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos. De la misma forma, los derechos reproductivos se derivan de las protecciones contempladas en el derecho a la dignidad, los artículos 10 y 12 de la CEDAW, el artículo 12 del PIDESC y los derechos a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes y a la integridad personal contemplados en Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[86], el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas[87] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[88].

De otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que los derechos reproductivos reconocen y protegen por un lado, la autodeterminación reproductiva libre de todo tipo de interferencias, como la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, y por otro, el acceso a servicios de salud reproductiva[89]. En este sentido, garantizan la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia.

En este orden de ideas, los derechos reproductivos no sólo comprenden el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en los casos determinados en la sentencia C-355 de 2006[90], es decir, cuando la vida o la salud de la mujer se encuentre en riesgo, en casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, y en casos de violencia sexual, previa denuncia, sino también incluyen la garantía al acceso a la educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos, el acceso a los mismos y la posibilidad de elegir aquél de su preferencia.

27. En cuanto a la titularidad de estos derechos de las personas con discapacidad, la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2010[91], que revisó la constitucionalidad de la Ley 1346 de 2009 que a su vez aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consideró que el artículo 23[92], que se refiere a los derechos sexuales y reproductivos de esta población, se encontraba ajustado a la Constitución ya que garantiza el ejercicio de la autonomía personal[93]. Así, es indudable que las personas con discapacidad mental también son titulares de estos derechos.

28. Específicamente, con respecto al derecho al respeto del hogar y la familia, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 23,

establece que ellas tienen derecho a conformar una familia y contraer matrimonio en igualdad de condiciones con los demás sujetos[94]. En este sentido, la CDPD impone el deber de garantizar que las personas en situación de discapacidad puedan decidir libre y responsablemente el número de hijos que desean tener, así como del acceso a la información sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y los mecanismos para ejercer estos derechos[95]. Además, también considera un deber para el Estado proporcionar la asistencia apropiada para que las personas con discapacidad puedan llevar a cabo la crianza de los hijos (biológicos o adoptivos), con prevalencia del interés superior del niño[96]. Por último, esta norma también dispone la obligación de garantizar que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”[97].

29. Además, es pertinente destacar que la CDPD protege el derecho a la salud en su artículo 25, que también fue analizado en la mencionada sentencia. Esta disposición prescribe ciertos deberes a cargo de los Estados Partes, entre los cuales se incluye el de proporcionar programas y atención en salud gratuitos o a precios asequibles, incluyendo los de salud sexual y reproductiva, y el de exigir a los profesionales de la salud que los servicios se presten sobre la base del consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad. Así mismo, la formación del personal asistencial debe enfatizar en el respeto por la dignidad, la autonomía, las necesidades y los derechos humanos de las personas con discapacidad.

30. Entonces, de acuerdo con las obligaciones generales adoptadas en virtud de esta Convención, los Estados no solamente deben adoptar las medidas legislativas y administrativas para garantizar la efectividad de los derechos allí contenidos, sino que deben además derogar o modificar todas las disposiciones o prácticas que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad[98].

31. Recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) en su Observación General No. 22 de 2016[99] sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, reiteró que los derechos sexuales y reproductivos son indivisibles e interdependientes de otros derechos, como el libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal, la vida, la seguridad personal y el derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes y además son parte integral del derecho a la

salud. En este sentido, estableció que los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad también se predicaban de estos derechos.

Cabe resaltar que el Comité DESC en la Observación, al delimitar el elemento de accesibilidad, determinó que los Estados tienen la obligación de proveer información sobre la salud sexual y reproductiva, la que incluye el derecho a buscar, recibir y diseminar información e ideas sobre ésta y que dicha información debe ser provista de una forma consistente con las necesidades de los individuos y la comunidad, para lo cual se debe tener en cuenta la discapacidad. Específicamente, se refirió a la obligación transversal de garantizar el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva en condiciones de igualdad, lo cual requiere que las necesidades específicas de ciertos grupos sean abordadas. Así, señaló que las personas con discapacidad deben gozar del mismo rango y calidad de servicios de salud sexual y reproductiva que los demás, pero a su vez que se debe garantizar adecuaciones razonables a las particularidades de su situación[100].

Más allá, indicó que los Estados debían hacer los ajustes razonables necesarios para que las personas con discapacidad pudieran acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva en igualdad de condiciones, lo que incluye el acceso físico a los centros de salud, información en formatos accesibles y apoyos en la toma de decisiones[101]. En este mismo sentido, al establecer las obligaciones esenciales para los Estados, determinó que éstos tienen la obligación de garantizar el acceso universal y en condiciones de igualdad a servicios, bienes y facilidades de salud sexual y reproductiva que sean asequibles, aceptables y de calidad, en particular para las mujeres y grupos marginados y en situación de desventaja[102].

32. En conclusión, las personas en condición de discapacidad son sujetos plenos de derechos que gozan de una especial protección constitucional. Así, ostentan la titularidad de los derechos reproductivos y del derecho a fundar una familia de forma responsable, siempre que así lo quieran de forma libre e informada. En este orden de ideas, el Estado tiene la obligación de disponer de todos los medios para que estas personas puedan gozar de estos derechos y eliminar todas las barreras para garantizarlos. En este sentido, tiene un deber específico de establecer todos los apoyos necesarios para que puedan recibir la información necesaria y ajustada a sus necesidades para comprender las implicaciones de las decisiones relativas a la reproducción.

El consentimiento informado y las intervenciones de la salud

33. El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información[103] y del derecho a la autonomía que se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20. A su vez, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que éste tiene un carácter de principio autónomo[104] y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana[105].

Aunque se manifiesta en distintos escenarios[106], ha tenido un extenso desarrollo jurisprudencial en el ámbito del acto médico[107]. Así, la facultad del paciente de asumir o declinar un tratamiento de la salud constituye una expresión del derecho fundamental a la autonomía personal[108], pues es aquel el llamado a valorar en qué consiste la bondad o los riesgos de una intervención clínica y a determinar si quiere someterse a ella o no[109].

34. En el mismo sentido, hace parte del derecho a la información como componente del derecho a la salud, pues su contenido implica para el paciente la posibilidad de “obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece”[110] para considerar los riesgos que se presentan sobre su propia salud[111] y, a partir de ello, aceptar o declinar la intervención[112].

35. Además, el derecho al consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones sanitarias es indispensable para la protección de la integridad personal dado que el cuerpo del sujeto es inviolable y no puede ser intervenido ni manipulado sin su permiso[113]. Por ende, una actuación que impide al individuo decidir sobre su propio cuerpo constituye, en principio, una instrumentalización contraria a la dignidad humana[114].

En consecuencia, el consentimiento previo e informado del paciente[115] se requiere para “todo tratamiento, aún el más elemental”[116]. Sin embargo, no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica[117].

36. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el consentimiento informado debe satisfacer, cuando menos, dos características: (i) debe ser libre, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños[118]; además, (ii) debe ser informado, pues debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente para que el paciente pueda comprender las implicaciones[119] de la intervención terapéutica[120]. Así, deben proporcionarse al individuo los datos relevantes para valorar las posibilidades de las principales alternativas, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento[121].

37. Por ende, la información provista por el consentimiento informado es determinante para que se garantice el derecho fundamental a la autonomía del paciente, el cual reviste una doble connotación. De una parte, “una evidente faceta negativa, consistente en la posibilidad de rehusarse a los procedimientos médicos”[122] y, por otra, una positiva que consiste, “entre otras cosas, en la potestad de elegir entre los diferentes tratamientos médicos idóneos y sus modalidades”[123], y corresponde al paciente evaluar los riesgos y beneficios, aún en contravía de la recomendación médica[124].

38. Con todo, esta Corporación ha admitido que el principio de autonomía y el consentimiento informado no tienen un carácter absoluto y entran en tensión con otros postulados que orientan la práctica de la bioética como, por ejemplo, el principio de beneficencia[125]. Aunque en esta colisión debe otorgarse prevalencia prima facie al principio de autonomía[126], la jurisprudencia constitucional ha identificado ciertos eventos en los cuales, excepcionalmente, tal principio debe ceder frente a las demás normas y valores constitucionales involucrados[127].

De este modo, las situaciones excepcionales en las que la exigencia de consentimiento informado en el ámbito de la salud es menos estricta o se prescinde de ella totalmente son:[128] (i) cuando se presenta una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte[129]; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros[130]; (iii) cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites[131]; (iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento, aspecto en el que se

ahondará más adelante[132].

39. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, de acuerdo con la naturaleza o la intensidad de la intervención en la salud, en ciertos casos se requiere de un consentimiento informado cualificado[133]. En efecto, entre mayor sea el carácter extraordinario, invasivo, agobiante o riesgoso, del tratamiento médico, “más cualificado debe ser el consentimiento prestado por el enfermo y mayor la información que le debe ser suministrada”[134].

Además de este criterio central, la Corte Constitucional ha precisado una serie de variables que deben ponderarse conjuntamente para determinar el nivel de información que es necesario suministrar al paciente para autorizar un procedimiento clínico, pues dado su carácter de principio, el consentimiento informado no siempre resulta exigible en un mismo grado[135].

En consecuencia, el nivel de información necesario para una intervención sanitaria dependerá de[136]: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento[137], (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental[138], (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito[139], (iv) la urgencia[140], (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto[141], (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica[142], (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstos[143] y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona[144].

Cabe destacar que la jurisprudencia ha reconocido una relación entre el grado de cualificación del consentimiento informado y el alcance de la autonomía del paciente frente al mismo. En otras palabras, entre más cualificado deba ser el consentimiento informado, “la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara”[145]. Ello evidencia que el ejercicio de la autonomía del paciente, lejos de ser un concepto absoluto, “depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria”[146].

Por último, el consentimiento informado cualificado se halla revestido de formalidades en ciertos casos[147]. Una primera formalidad consiste en que la manifestación de voluntad conste por escrito[148], con el fin de constatar la autenticidad del consentimiento del

paciente a través de este procedimiento[149]. Además, en algunos casos puede exigirse que el consentimiento informado sea persistente, pues puede imponerse la “obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión”[150] o en algunos casos en los que el tratamiento se debe extender por periodos extendidos de tiempo.

40. En el derecho internacional de los derechos humanos, el consentimiento informado hace parte del derecho al acceso a la información reconocido por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente de los elementos de aceptabilidad y accesibilidad del derecho a la salud, reconocido en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC).

Este marco normativo establece que el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones médicas no se refiere a la mera aceptación por parte de un paciente a una intervención o tratamiento sanitario sino se trata de un proceso de comunicación entre el paciente y el profesional de la salud. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el ámbito del acceso a la información en materia reproductiva, ha dicho que el consentimiento informado consta de tres requisitos esenciales: (i) que los profesionales de la salud suministren la información necesaria sobre la naturaleza, beneficios y riesgos del tratamiento así como alternativas al tratamiento; (ii) tomar en cuenta las necesidades de la persona y asegurar la comprensión del paciente de esa información; y (iii) que la decisión del paciente sea voluntaria[151]. Así, el consentimiento informado debe garantizar una decisión voluntaria y suficientemente informada, lo cual protege el derecho del paciente a participar en las decisiones médicas, y a su vez impone obligaciones en los prestadores del servicio de salud[152].

En cuanto al primer requisito, la CIDH ha dicho que “el acceso a la información en materia reproductiva requiere que las mujeres cuenten con información suficiente para tomar decisiones sobre su salud. Para alcanzar dicho objetivo, la información que se brinde debe ser oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa. Asimismo debe ser comprensible, con un lenguaje accesible y encontrarse actualizada”[153]. Sobre, el segundo, -brindar información adecuada de acuerdo con las necesidades de la persona-, hizo énfasis en los

determinantes sociales que condicionan el acceso a la información, como la pobreza y la cultura y el deber del Estado de suministrar información en atención a la obligación transversal de eliminación de discriminación y de la protección especial a grupos vulnerables, puesto que la comprensión y acceso de la información es la garantía esencial de que la decisión que se tome sea libre. Por último, sobre el tercer requisito, indicó que la coacción o interferencia en la autonomía de estas decisiones también podía constituir una violación al artículo 5 de la CADH y a los artículos 6 y 7 de la Convención de Belém do Pará[154].

41. Esta misma posición fue compartida por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, en su informe sobre consentimiento informado, pero además enfatiza en que los profesionales de la salud tienen una obligación de hacer, la que comprende suministrar la información relevante al paciente, de una forma en que éste pueda entender las implicaciones del procedimiento[155].

Bajo estos lineamientos, la Federación Internacional de Ginecólogos y Obstetras FIGO, ha dicho que, en relación con un procedimiento de anticoncepción quirúrgica como la esterilización, se debe informar sobre los riesgos y beneficios del procedimiento, el carácter definitivo del procedimiento, otras alternativas menos invasivas y que la esterilización no ofrece protección de las infecciones de transmisión sexual[156].

42. En conclusión, el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones de la salud y particularmente en relación con la salud sexual y reproductiva materializa importantes postulados constitucionales, entre ellos el principio de autonomía. Pese a ello, este mandato no es absoluto y debe ponderarse con otros principios como el de beneficencia, que prevalece en situaciones excepcionales.

Así, el consentimiento informado debe ser (i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción, (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es -oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos, (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento y por lo tanto se exige un mayor grado de capacidad para ejercer el consentimiento, casos en los cuales también pueden exigirse

formalidades para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito. Además, requiere que el individuo pueda comprender de manera autónoma y suficiente las implicaciones de la intervención médica sobre su cuerpo. En su defecto, excepcionalmente terceras personas pueden otorgar dicho consentimiento como se desarrollará más adelante.

Prohibición de las esterilizaciones forzadas

43. Como se advirtió, el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones de la salud es esencial para garantizar la protección de la dignidad humana, la autonomía y la integridad personal. Por lo tanto, la falta de consentimiento informado a un tratamiento médico genera una violación de estos derechos y a su vez puede comprometer el derecho a ser tratado humanamente en los espacios de provisión de servicios de salud, pues compromete directamente la integridad física y mental de las personas. Específicamente, la ausencia de consentimiento informado respecto de los métodos de planificación implica una esterilización forzada y compromete los derechos reproductivos, ya que limita la capacidad de las personas de tomar decisiones sobre su cuerpo y sobre su autonomía reproductiva, en el contexto de un procedimiento invasivo, irreversible y no consentido.

En este sentido, las prohibiciones a la esterilización forzada determinadas tanto por la jurisprudencia constitucional como por el derecho internacional de los derechos humanos resultan relevantes, pues generan obligaciones para el Estado y guían el respeto que éste debe tener al analizar normas que potencialmente pueden estar restringiendo de forma indebida la autonomía reproductiva de las personas en situación de discapacidad. Lo anterior, ya que la esterilización mediante el consentimiento sustituto, podría constituir una forma de esterilización forzada. Así pues, los estándares que se han fijado al respecto, aun cuando no versen sobre casos de personas en situación de discapacidad, son relevantes en la medida en que se han desarrollado, a partir de criterios de discriminación, sea por el estatus de la persona, la raza, o la condición.

44. El derecho internacional proscribe esta práctica enfáticamente. Así, los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma tipifican las esterilizaciones forzadas como un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra, en el contexto del derecho internacional humanitario. De otra parte, el derecho internacional de los derechos humanos también ha determinado la

falta de información y la coerción en las esterilizaciones quirúrgicas como violaciones de derechos humanos. La Declaración y Plataforma de Beijing hace referencia a la necesidad de instaurar protecciones especiales para garantizar el derecho de las mujeres al consentimiento informado[157].

45. El sistema interamericano, hasta el momento, sólo ha conocido de tres casos sobre esterilizaciones forzadas, y todavía no existe pronunciamiento de fondo[158]. No obstante, en los informes de admisibilidad de dos de los casos y en el de solución amistosa de uno de ellos los ha abordado, entre otros, desde posibles violaciones a los derechos a la integridad personal, a la información, y a la vida privada y familiar[159]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de la CEDAW sí han conocido de fondo casos sobre esterilizaciones forzadas y han determinado violaciones a los derechos a estar libre de trato cruel, inhumano y degradante, a la vida privada y familiar, a contraer matrimonio y tener una familia, a recibir información sobre la salud sexual y reproductiva y a la autonomía reproductiva.

46. Así, en el caso de V.C vs Eslovaquia[160], el Tribunal Europeo determinó una violación al derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la vida privada y familiar, y a contraer matrimonio y tener una familia cuando una mujer de origen gitano fue esterilizada mientras daba a luz, bajo coacción del personal médico, con información falsa y en un momento de presión para que otorgara su consentimiento. En esa oportunidad, el Tribunal determinó que la esterilización no es en principio un procedimiento para salvar vidas, por lo que por regla general siempre se requiere del consentimiento informado del paciente[161]. A su vez, encontró que el fundamento de la esterilización respondía a criterios discriminatorios, en este caso, el origen étnico de la demandante, y que el consentimiento carecía de voluntad, pues se dio en un contexto de dolor y sufrimiento, durante el parto[162]. En el caso de I.G. y Otros vs Eslovaquia[163], donde tres mujeres de origen gitano de las cuales dos eran menores de edad también fueron esterilizadas sin su consentimiento durante una cesárea en un hospital público, el Tribunal reiteró las reglas sentadas en el caso anterior[164].

47. Por su parte, el Comité de la CEDAW, en el caso de A.S. v Hungría[165] determinó que el Estado había violado los derechos de la peticionaria, una mujer de origen gitano, a la información sobre servicios de salud reproductiva (artículo 10), a la salud (artículo 12) y a la

autonomía reproductiva (artículo 16) reconocidos en la Convención, pues la actora había sido esterilizada sin su consentimiento informado, al hacerla firmar un documento con su aceptación cuando estaba padeciendo una emergencia obstétrica en la que debían realizarle una cesárea por la muerte del feto que llevaba.

En esa ocasión, el Comité determinó que a la peticionaria se le había violado su derecho a recibir información específica sobre la esterilización y otros procedimientos alternativos de planificación de la familia, a fin de evitar que se realizara una intervención de este tipo sin que ella hubiera tomado una decisión con pleno conocimiento de causa. Además, la información que le fue otorgada se hizo en circunstancias estresantes e inapropiadas, ya que su estado de salud no le permitía tener un pleno conocimiento de la situación[166]. El Comité de la CEDAW concluyó, que la peticionaria había sido sometida a una esterilización quirúrgica sin su consentimiento pleno e informado, lo cual limitó manera permanente y de forma indebida su autonomía de reproductiva[167] y además que el fundamento de la intervención también había sido discriminatorio, por pertenecer a un grupo vulnerable.

48. Por último, es preciso resaltar que la esterilización forzada o sin consentimiento es una práctica que principalmente ha sido impuesta a las mujeres, que muchas veces también reviste una forma de discriminación múltiple, al recaer en mujeres parte de grupos marginados. En este sentido, el Relator Especial contra la Tortura de Naciones Unidas ha reconocido que las esterilizaciones forzadas como una forma de violencia y de control social que puede constituir trato cruel inhumano y degradante en el marco del derecho internacional de los derechos humanos[168].

49. En suma, las protecciones del derecho internacional humanitario y de derechos humanos son enfáticas en proscribir la esterilización forzada y en determinar la necesidad de que se garantice el consentimiento informado de las mujeres, particularmente en lo atinente a la autonomía reproductiva, como parte del derecho a la integridad personal, a la autonomía, a la vida privada y familiar y a la autonomía reproductiva. A su vez, indican que se debe prestar una atención particular a la garantía de este derecho para las mujeres parte de grupos vulnerables, dada la prevalencia de la práctica en éstas debido a factores sociales que menoscaban el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones. Estas consideraciones y estándares también son aplicables a la esterilización sin el consentimiento de las mujeres en situación de discapacidad, ya que involucra el mismo

análisis de derechos en juego, así la fuente de donde se desprende la discriminación surja de la raza o el origen familiar, en la mayoría de los casos mencionados.

El consentimiento informado de las personas con discapacidad mental.

50. Una de las manifestaciones del consentimiento informado en el tratamiento médico como expresión del principio de autonomía, consiste en que el sujeto que autorice una intervención sanitaria sobre su cuerpo tenga la suficiente autonomía de la voluntad e independencia de criterio para permitirla válidamente.

Por consiguiente, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en aquellos supuestos en los que las personas carecen de la conciencia suficiente para autorizar tratamientos médicos sobre su propia salud y para reconocer la realidad que los rodea, como en el caso de “las personas con discapacidades o limitaciones mentales profundas o de aquellos menores de edad, que por su corta edad dependen totalmente de sus padres para sobrevivir”[169], terceras personas, mediante el denominado consentimiento sustituto, pueden avalar los procedimientos médicos requeridos por ellos, con el fin de velar por su vida, salud e integridad física[170].

Así, la competencia para decidir “se encuentra atada a la capacidad para comprender, retener, creer y sopesar la información que se recibe a fin de tomar una decisión”[171]. En este sentido, se ha dicho que el consentimiento se profiere válidamente[172] cuando el paciente tiene la “capacidad para reconocer la importancia y seriedad de su decisión, así como también [la] claridad sobre el racionamiento (sic) que debió hacer para dar su aceptación”[173] y asumir las consecuencias de la misma. No obstante, la posición de la Corte Constitucional frente del consentimiento informado de aquellos sujetos que no se consideran suficientemente autónomos para autorizar tratamientos médicos ha evolucionado con el paso del tiempo.

51. En efecto, en sus primeras etapas, la jurisprudencia de esta Corporación admitió el consentimiento sustituto frente a sujetos que se encontraban en alguno de los siguientes tres supuestos: “1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad”[174]. Por consiguiente, admitió que terceros allegados al paciente pudieran autorizar toda clase de tratamientos, tanto intervenciones ordinarias como extraordinarias[175], pese

a no denominar todavía esta forma de toma de decisiones como consentimiento sustituto[176].

Sin embargo, se reconoció igualmente que el consentimiento otorgado por los padres de familia o representantes legales se encontraba sujeto a limitaciones. En este sentido, la Corte Constitucional, por ejemplo, ha rechazado decisiones como la negativa de los padres, en ejercicio de su consentimiento sustituto, a hospitalizar a una menor de diez meses de edad, dado que tal determinación podía poner en riesgo la salud y el desarrollo futuro de la niña[177].

52. Posteriormente, a raíz de los casos de menores de edad intersexuales, dejó de otorgarse plena prevalencia al consentimiento paterno[178] y se definieron criterios que matizaban la posibilidad de desechar el consentimiento del propio sujeto afectado por la intervención sanitaria bajo la protección del mejor interés del niño. En los mencionados casos, se precisó desde la protección de la posibilidad de ejercer la autonomía en el futuro frente a cuestiones determinantes para el libre desarrollo de la persona y su identidad. Esos criterios han avanzado hacia la prevalencia de las capacidades evolutivas de los menores de edad en la toma de decisiones bajo el cual se ha establecido “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que este adopte,”[179] premisa que es plenamente aplicable a las manifestaciones de voluntad sobre tratamientos médicos.

53. A partir de estos elementos, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado las reglas del consentimiento sustituto en las personas con discapacidad mental[180]. Así, la Corte Constitucional ha delimitado algunos criterios generales para trazar la frontera a partir de la cual debe aplicarse el consentimiento sustituto y para determinar en qué casos debe prevalecer la decisión autónoma de los menores de edad o de las personas con discapacidad mental y en cuáles debe primar la voluntad informada de sus representantes[181].

Así, para el caso de los menores de edad, el consentimiento sustituto no se construye como la decisión del padre o del representante legal, sino que dependiendo de los factores, se otorga un mayor o menor peso a la posición del menor de edad. De esta forma, en algunos casos la figura ha sido abordada desde la construcción de un consentimiento conjunto

entre la opinión del menor de edad y sus padres, en otros ha prevalecido la autonomía del niño y en otros la de los padres en ejercicio de su responsabilidad parental, como aquella facultad bajo la cual al ser éstos quienes están a cargo de la protección y garantía de los derechos de sus hijos, están en una posición de decidir sobre la dirección en la que esto pueda concretarse[184]. No obstante lo anterior, la opinión del menor de edad siempre debe ser tomada en cuenta.

Igualmente, en el caso de los menores de edad la jurisprudencia ha formulado reglas como la exigencia para los padres del consentimiento informado cualificado y persistente y la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares (in dubio pro familia), que en últimas privilegia el ejercicio de la responsabilidad parental y por lo tanto, también está sujeta a sus límites[185].

55. La jurisprudencia ha abordado ampliamente la cuestión del consentimiento y el ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con discapacidad mental, particularmente el consentimiento a la anticoncepción quirúrgica y ha establecido varias reglas. Veamos.

56. En materia de tutela, la Corte se ha pronunciado en varios casos[186] y ha elaborado una jurisprudencia consistente que protege los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a conformar una familia de las personas en situación de discapacidad. Todos los casos en los que se ha pronunciado este Tribunal versan sobre la solicitud de un tercero de esterilizar a una mujer menor o mayor de edad que tienen una discapacidad mental. En cuanto a la posibilidad del consentimiento sustituto de las personas con discapacidad a procedimientos de esterilización quirúrgica esta Corporación ha dicho que esto sólo es posible de forma excepcional y que además de las causales generales que permiten esta excepción, como el peligro para la vida de la persona, se encuentra atada a: (i) un proceso de interdicción para obtener la calidad de representante o curador; y (ii) un proceso especial para obtener una autorización judicial que debe valorar la posibilidad de otorgar el consentimiento futuro respecto de la intervención quirúrgica y la condición médica del paciente.

57. En la sentencia C-131 de 2014[187] la Corte se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010, que establece la prohibición general de someter a menores de edad a esterilizaciones quirúrgicas. En lo

relevante, la Corte estudió si esta prohibición era aplicable a menores de edad en situación de discapacidad mental. La Corte concluyó que la prohibición se ajustaba a la Constitución ya que “(i) el Legislador está habilitado para regular todo lo concerniente a la progenitura responsable, (ii) existe un deber constitucional de protección del menor de edad en condición de discapacidad y (iii) la edad no se constituye en criterio semi-sospechoso de discriminación”. Adicionalmente, indicó que una vez cumplida la mayoría de edad podían acceder al procedimiento si así lo deseaban, y mientras eso sucedía existían métodos reversibles que podían usar. No obstante, determinó que además de la excepción general al consentimiento personal en casos en donde la vida de la persona esté en peligro también era posible ejercer el consentimiento sustituto “(ii) cuando se trate de una discapacidad profunda severa, certificada médicamente, que le impida al paciente consentir en el futuro, de modo que en estos casos deberá solicitarse autorización judicial”.

58. En estas decisiones, la Corte también ha establecido como regla general que si existen medidas menos lesivas de la autonomía de la persona que la intervención quirúrgica, éstas deben primar. Particularmente, en el caso de los menores de edad, ha sido enfática en determinar que si existe la posibilidad de que el niño o adolescente pueda otorgar su consentimiento futuro, debe resguardarse su derecho a decidir, pero en caso de que no sea así, ambos padres, titulares de la patria potestad y la responsabilidad parental, deberán solicitar la autorización judicial para la anticoncepción quirúrgica, salvo que resulte imposible la solicitud de alguno de éstos por ausencia o por abandono[188].

59. Específicamente, en la última providencia en la que la Corte abordó el tema, la sentencia T-740 de 2014[189] en la que se revisó el caso de una menor de edad con discapacidad mental a la que su padre quería esterilizar quirúrgicamente, recogió los estándares relacionados con el alcance de los derechos de las personas en situación de discapacidad y derechos de las mujeres para proscribir diferentes formas de discriminación, y concluyó que “la esterilización puede constituir un acto que vulnera los derechos de las mujeres y niñas en situación de discapacidad, cuandoquiera que, arguyendo razones de salud o consentimiento sustituto de terceras personas, no se consulte su consentimiento” y “la esterilización quirúrgica que prescinde del consentimiento informado, puede no resultar en mecanismo de protección, sino en un factor de vulnerabilidad frente a situaciones tales como el abuso sexual”[190].

60. A su vez, la misma jurisprudencia de la Corte ha sido clara en determinar que la capacidad jurídica es diferente de la autonomía para decidir, particularmente sobre el ejercicio de los derechos reproductivos. En este mismo sentido, ha dicho en los casos referidos que la representación de las personas “en situación de discapacidad no tiene un alcance ilimitado y debe ser compatible con la autonomía de los representados la cual no equivale a la capacidad civil de los mismos”[191].

61. En atención a la clara separación de la capacidad jurídica de la capacidad de decidir sobre el ejercicio de los derechos reproductivos, es relevante recordar las reglas vigentes sobre la primera. Así, la Constitución se refiere a la personalidad jurídica desde dos puntos de vista diferentes. El primero de ellos, es el que se encuentra establecido en el artículo 14, el cual indica que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Dicho texto normativo, permite inferir que la personalidad se tiene per-se y que el Estado sólo procede a reconocerla. No obstante, la doctrina ha realizado una interpretación diferente al sentido gramatical de la norma, y ha concluido que “(...) todo hombre, por el hecho de serlo, tiene derecho a que el Estado le otorgue la personalidad jurídica; respecto de los demás sujetos, la personalidad se obtiene cuando el Estado constata las aptitudes necesarias para que aquellos sean el centro de imputación”[192].

62. El segundo punto de vista, se encuentra estipulado en el artículo 16 y hace alusión a que “[t]odas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. El texto transcrito, describe a la personalidad en un sentido psicológico, es decir, como el conjunto de elementos individuales que permiten diferenciar a un sujeto de otro.

Bajo cualquiera de las dos acepciones, se tiene que el derecho a la personalidad jurídica es un derecho fundamental del cual goza cualquier individuo sin discriminación alguna, que permite entender al ser humano como un titular de relaciones jurídicas y un centro de imputación jurídica.

63. Ahora bien, la personalidad jurídica se compone de diferentes elementos, entre ellos, los atributos de la personalidad (estado civil, nombre, nacionalidad, capacidad, patrimonio y domicilio). Para la presente situación, solamente se entrará a explicar la capacidad jurídica. Dicho atributo es definido como la “aptitud legal para adquirir derechos y ejercitarlos”[193].

64. La capacidad tiene dos acepciones: de goce o jurídica y de ejercicio o de obrar. Según la doctrina, el término “gozar” en el campo civil significa poder disfrutar de un derecho, estar investido de él o ser su titular. Mientras tanto, el término “ejercer” se refiere a la posibilidad de poner un derecho en práctica, de utilizarlo o simplemente de realizar los actos jurídicos que da opción[194].

65. Puntualmente, la capacidad de goce o jurídica es la aptitud legal para adquirir derechos. Esta capacidad puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, ya que el titular de un derecho puede ser, según el caso, capaz o incapaz para hacerlo valer por sí mismo. En otras palabras, hay sujetos que aunque tienen capacidad de goce, no tienen la capacidad de ejercicio, a éstos se les denomina incapaces[195].

Así, la capacidad: (i) es una cualidad, no un derecho ni un estatus; (ii) actúa como centro unificador y centralizador de las diversas relaciones jurídicas que conciernen al individuo; (iii) es general y abstracta, ya que representa la posibilidad de ser titular de derechos aunque no se llegue a ejercer alguno; (iv) está fuera de la voluntad humana y del comercio, porque no puede ser objeto de contratos o negocios jurídicos[196].

66. Por otro lado, la capacidad de ejercicio es la “aptitud legal de una persona para ejercer por si misma los derechos que le competen y sin el ministerio o la autorización de otra”[197]. Entonces, la capacidad de ejercicio habilita a la persona para ejercer directamente la titularidad de sus derechos, sin que medie una voluntad de un tercero o sin que se requiera la autorización de la ley para ello. En palabras más concretas, la capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene una persona para ejercer autónoma e independientemente sus derechos.

Así pues, la capacidad jurídica, o sea, la capacidad para ser titular de derechos subjetivos patrimoniales, la tiene toda persona sin necesidad de estar dotada de voluntad reflexiva; en cambio, la capacidad de obrar está supeditada a la existencia de esa voluntad.

67. En suma, como ha sido establecido por la regulación vigente la capacidad de goce puede concebirse sin la de ejercicio, pero no ésta sin aquella, es decir, se puede tener el goce de un derecho pero no ejercerlo, ya que para ejércelo se debe tener la titularidad y

para ello es necesario tener la capacidad de goce. No obstante, esta capacidad de ejercicio sólo se encuentra atada a la celebración de actos jurídicos, para obligarse válidamente con otra en el ámbito de los derechos subjetivos patrimoniales.

En este sentido, la figura de la representación legal, también se ha abordado como una prórroga de la patria potestad en la que el juez, cuando la declara impone “a los padres de la persona con discapacidad mental absoluta las obligaciones y recomendaciones de cuidado personal que impondría a los curadores y, si lo considera conveniente o lo solicita el Defensor de Familia, exigirá la presentación de cuentas e informes anuales”[198].

Adicionalmente, es pertinente recordar que quienes ejercen la representación legal de las personas declaradas en interdicción, por encontrarse en situación de discapacidad mental, son aquellos que tienen las obligaciones primordiales de protección y cuidado de su representado. Así, el artículo 6 de la Ley 1306 de 2009 dispone una función de protección preferencial para los padres y los designados por éstos, el cónyuge o compañero permanente y los demás familiares en orden de proximidad, las personas designadas por el juez y el Estado, por intermedio de los funcionarios e instituciones legítimamente habilitadas y cuando ejercen la función de custodia deben “asegurar para éste un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda apropiados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”[199].

De otra parte, cabe mencionar que la Ley 1306 de 2009, también contempla la figura de la inhabilidad dirigida a “las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio”[200]. Así pues, la inhabilidad se determina como una interdicción, pero sólo para los asuntos para los que fue declarada[201].

68. En concordancia con las anteriores reglas, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la autonomía necesaria para tomar una decisión sobre procedimiento o intervenciones en la salud no es una noción idéntica a la capacidad legal propia del derecho civil o aquella necesaria para ejercer el voto[202]. En efecto, se distingue entre estos dos conceptos de capacidad dado que “una persona puede no ser legalmente capaz, pero sin embargo ser

suficientemente autónoma para tomar una opción médica en relación con su salud”[203] o viceversa[204].

Así mismo, cabe resaltar que la evaluación de la capacidad del paciente se deriva de la decisión concreta que éste debe tomar, “pues una persona puede ser considerada competente para aceptar unas intervenciones médicas pero carecer de la suficiente autonomía para decidir otros asuntos sanitarios”[205].

De este modo, el análisis sobre la legitimidad del consentimiento sustituto es complejo y la línea divisoria entre éste y el consentimiento informado autónomo no es tajante ni demarcada. Entonces, debe considerarse en cada caso concreto cuál es el alcance del consentimiento sustituto[206], teniendo en cuenta que los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional “no son categorías matemáticas sino conceptos indeterminados, cuya concreción en un caso específico puede estar sujeta a discusión”[207].

69. Como se advirtió, para los casos de personas en situación de discapacidad mental, la jurisprudencia ha exigido la autorización judicial para permitir el consentimiento sustituto para la esterilización quirúrgica.[208] Así, a partir de la sentencia T-248 de 2003[209] se exigió dicha autorización en aquellos casos en que exista certeza de que la persona no podrá alcanzar “un nivel tal de autonomía que le permita comprender y dar o no su consentimiento para realizar una intervención quirúrgica”[210], tanto en los casos en los que la intervención obedezca a un imperativo médico como en aquellos en los que se eche de menos tal motivación[211]. Cabe indicar que, en relación con las personas con discapacidad mental, a partir de la aprobación de la Ley 1412 de 2010 y la Ley 1306 de 2009, la exigencia de una autorización judicial frente a procedimientos de anticoncepción quirúrgica se ha erigido en un requisito de orden legal.

70. En síntesis, el consentimiento sustituto implica la posibilidad de que terceras personas puedan autorizar intervenciones médicas sobre personas que, en principio, carecen de la capacidad o de la autonomía suficiente para manifestar su voluntad informada sobre el desarrollo de estos procedimientos. Aunque en su primera etapa la Corte Constitucional le otorgó plena prevalencia al consentimiento sustituto parental o del representante legal, no tardó en matizar esta regla y establecer limitaciones al mismo. Además, definió unos

criterios y variables para que, en cada caso concreto, se pudiera determinar la legitimidad del consentimiento sustituto.

71. En efecto, la capacidad de una persona para decidir sobre un tratamiento médico no puede asimilarse a la capacidad legal y depende de la naturaleza de la intervención sanitaria, lo cual hace necesario determinar en cada caso concreto el grado de autonomía requerido para consentir. No obstante, en los casos de esterilización quirúrgica a personas con discapacidad mental sólo procederá el consentimiento sustituto después de que se haya surtido un proceso de interdicción y adicionalmente de una autorización judicial previa que verifique la posibilidad del consentimiento futuro y la necesidad médica.

Al haber delimitado el marco constitucional relevante se pasa ahora a resolver el problema jurídico planteado.

El artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 no viola los derechos a la igualdad, a la autonomía, a conformar una familia y el bloque de constitucionalidad en el entendido de que el consentimiento sustituto de las personas en situación de discapacidad mental para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga

72. El demandante plantea que la expresión acusada viola los artículos 13, 16 y 42 de la Constitución y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por contemplar el consentimiento sustituto de personas con discapacidad mental que tengan capacidad para decidir sobre la posibilidad de reproducirse, al determinar que la disposición es aplicable a todas las personas en situación de discapacidad mental.

El Ministerio de Salud y Protección Social considera que la expresión acusada respeta los derechos a la igualdad y a conformar una familia, así como las obligaciones internacionales en la medida en que da un trato igual a personas que hacen parte de un mismo grupo, sin distinción alguna. El ICBF solicita la declaración de la constitucionalidad condicionada de la expresión demandada en el entendido de que las autoridades judiciales deben atender el precedente jurisprudencial sobre la materia. El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario también solicita la constitucionalidad condicionada para que se establezca una clasificación que reconozca los diversos grados de discapacidad y así la

intervención de los representantes legales. De otra parte, Profamilia, PAIS y La Liga Colombiana de Autismo solicitan la inexequibilidad de todo el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 por considerar que el consentimiento sustituto en cualquier caso es violatorio de la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

La Procuraduría General de la Nación solicita que se declare la inexequibilidad de la norma. Para la Vista Fiscal, la falta de distinción sobre los grados de discapacidad hace inconstitucional la norma. No obstante, considera que más allá, la determinación de la reproducción no es un asunto que debería ser cobijado por la representación legal, pues dicha medida de protección se establece para los asuntos patrimoniales, mientras que la determinación del consentimiento en el ejercicio de la libertad sexual y la capacidad reproductiva, o el del derecho a conformar una familia es insustituible. A su vez, considera que el artículo ignora el sentido rehabilitador que debe tener el Estado frente a estas personas, para hacer todo lo posible para que en el caso de los incapaces absolutos en algún momento puedan optar por conformar una familia y manifestar su consentimiento. Finalmente, recalca que, en su concepto, los tratamientos de infertilidad no pueden ser considerados como un servicio de salud.

73. Como se advirtió, la revisión constitucional que se hace en este caso cobija todo el artículo 6, pues la eventual declaratoria de inexequibilidad de la expresión acusada no permitiría a la norma tener efectos jurídicos. Así pues, este Tribunal debe establecer si la determinación del consentimiento sustituto por los representantes legales de las personas en situación de discapacidad mental, previa autorización judicial, para realizar una esterilización quirúrgica establece una restricción indebida a la autonomía de las personas para ejercer su capacidad reproductiva.

74. En primer lugar, es necesario verificar el alcance de la disposición, es decir sobre qué sujetos recae y cuáles son sus elementos. Es decir, a quién se dirige la norma, para ver si se trata de los casos en los que la jurisprudencia ha admitido legítimamente una restricción al ejercicio de la autonomía o no, y si en efecto como estima el demandante recae sobre personas en situación de discapacidad mental que pueden ejercer la autonomía reproductiva.

Así pues, la expedición de la Ley 1412 de 2010[212] tuvo, desde el inicio de su trámite

legislativo, el propósito de promover la denominada “paternidad y maternidad responsable” a través del acceso gratuito de todos los ciudadanos, incluso aquellos no afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, a los métodos anticonceptivos quirúrgicos, específicamente la ligadura de trompas y la vasectomía.

75. Así lo confirmó esta Corporación en la mencionada sentencia C-131 de 2014[213], que al determinar la finalidad de la norma indicó que ésta consistía en promover la progeneración responsable, frente al fracaso relativo de las políticas de educación sexual en el país, que había desencadenado un aumento de embarazos no planeados. Así, señaló que la norma busca el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, al regular el acceso de los mayores de edad a la anticoncepción quirúrgica como método de planificación y la “reducción de embarazos no deseados que inciden negativamente en la provisión de servicios sociales por parte del Estado y en el goce efectivo de los derechos de los niños”[214].

76. En cuanto a la evolución de la disposición acusada, en su origen, el proyecto de ley 100 de 2007 Senado, que posteriormente fue acumulado con el proyecto de ley 50 de 2007 Senado, únicamente señalaba que toda persona que quisiera realizarse alguno de los procedimientos debía formular una solicitud escrita a la entidad respectiva, la cual únicamente podría negarse a llevar a cabo la cirugía en casos de menores de edad e incapaces. Frente a estos últimos, se limitaba a señalar que la solicitud debía ser formulada “por el respectivo tutor o curador”[215].

Sin embargo, en el pliego de modificaciones al proyecto de ley para el segundo debate, se reemplazó el término incapaces contenido en la disposición señalada por el de “discapacitados mentales”. Además, se enmendó el enunciado correspondiente para indicar que sería el representante legal quien estaría facultado para suscribir la solicitud escrita y se le añadió la posibilidad de firmar el consentimiento informado. Se agregó también la exigencia de una autorización judicial previa para este procedimiento.

De acuerdo con el informe de ponencia para segundo debate, la modificación del proyecto se fundamentó en las reglas sentadas en las sentencias SU-337 de 1999,[216] T-850 de 2002[217] y T-284 de 2003[218] que analizan asuntos como el consentimiento futuro de los “incapaces”, así como la autorización judicial que es requerida para someter a los menores

de edad en situación de discapacidad mental a procedimientos quirúrgicos anticonceptivos. A partir de estas providencias, la ponencia resolvió incluir la autorización judicial y el consentimiento informado en los términos ya descritos.

Igualmente, en el informe de ponencia se afirmó que la medida tiene como finalidad “proteger en mayor grado los derechos de quien no tiene la facultad de autodeterminarse”[219]. En efecto, el informe reconoce que la vida sexual de las personas en situación de discapacidad mental se ve determinada por la capacidad que tengan para involucrarse libremente en ella, razón por la cual debe protegerse en mayor medida, dado que se parte de la premisa de la imposibilidad de asumir su sexualidad con consentimiento libre e informado[220].

Posteriormente, durante la discusión en la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes, uno de los congresistas llamó la atención sobre la inconveniencia de prohibir la anticoncepción quirúrgica a los menores de edad, especialmente en caso de que estos tuvieran alguna discapacidad mental. Esto debido a que consideró que las personas en esta situación no son conscientes de su responsabilidad en la progeneración[221].

Como se evidencia a partir del análisis de los antecedentes legislativos de la norma en comento, el Congreso de la República partió de la base de la falta de capacidad de las personas en situación de discapacidad mental para otorgar su consentimiento en los aspectos que atañen a su sexualidad, así como para entender las repercusiones de la decisión de conformar una familia. De este modo, decidió reforzar la “protección” de la integridad de estos sujetos a través de una doble exigencia: el consentimiento sustituto del representante legal y la autorización judicial.

77. Entonces, si bien durante el trámite legislativo el Legislador no consideró la existencia de diversos grados y tipos de discapacidad mental, ni tampoco la distinción entre sujetos con discapacidad mental absoluta y relativa, sí condicionó en la norma la expresión “discapacitados mentales” a la existencia de una representación legal y a una autorización judicial previa, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Por lo tanto, el alcance de la disposición se encuentra supeditado, de una parte, al ejercicio de la capacidad jurídica, y de otra a una autorización judicial específica.

De acuerdo con lo establecido por las reglas jurisprudenciales, la determinación de la

procedencia del consentimiento sustituto a las personas en situación de discapacidad mental que se encuentran bajo representación legal es admisible. Esta determinación, ha sido abordada como una circunscripción que busca restringir la excepción de la sustitución del consentimiento para los casos de la esterilización quirúrgica y aun cuando delimita su ámbito de aplicación, no es un determinante ni lo habilita. A su vez, es relevante mencionar que en la sentencia C-131 de 2014, la Corte Constitucional restringió la posibilidad del consentimiento sustituto de menores de edad con discapacidad mental a casos excepcionales, bajo el requisito de la representación legal y la autorización judicial previa, para casos de discapacidad mental profunda y severa. Es decir, la jurisprudencia constitucional ha calificado aún más estrechamente la posibilidad de aplicación de esta medida en los términos descritos.

78. En conclusión, la norma acusada se encuentra dirigida a personas a quienes se haya declarado su interdicción con sustento en una discapacidad mental profunda y severa, lo cual es una restricción a la autonomía que ha sido determinada legítima por la jurisprudencia constitucional, como una excepción a las reglas sobre el consentimiento informado. Adicionalmente, es relevante mencionar que la norma bajo ninguna circunstancia impone la aceptación de la intervención quirúrgica, sino que dispone de una posibilidad excepcional a un grupo limitado de personas, que además debe cumplir con un requisito adicional, el de la autorización judicial previa, como ha sido contemplado también en la norma acusada.

En este sentido, es necesario verificar si, aun cuando la determinación de la posibilidad del consentimiento sustituto para personas en situación de discapacidad mental absoluta en casos excepcionales y sujeto a la declaratoria de interdicción y a autorización judicial previa propuesta en la norma ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional, esa disposición viola los derechos a la autonomía, a la igualdad, a conformar una familia, y a la capacidad jurídica por restringir ilegítimamente la autonomía de un grupo de personas sujeto a una especial protección constitucional.

79. De este modo, si bien la norma se dirige a personas que hayan sido sustraídas de la capacidad jurídica, lo cual, como se dijo, constituye un presupuesto que es acorde con la jurisprudencia constitucional, también es cierto que las reglas constitucionales han establecido que esta condición no puede ser determinante para el ejercicio de los derechos

reproductivos de esta población. Así, el ejercicio de la representación legal como una medida de protección no tiene un alcance ilimitado y debe ser compatible con la garantía de la autonomía de las personas con discapacidad mental. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la capacidad para ejercer la autonomía en el ámbito del ejercicio de los derechos reproductivos, específicamente a decidir sobre la posibilidad de tener hijos, es diferente de la capacidad jurídica.

En efecto, como se advirtió la capacidad de una persona para decidir sobre un tratamiento médico no puede asimilarse a la capacidad legal y depende de la naturaleza de la intervención sanitaria, lo cual hace necesario determinar en cada caso concreto el grado de autonomía requerido para consentir. Adicionalmente, ese análisis individual para los casos de esterilizaciones quirúrgicas mediante el consentimiento sustituto siempre debe verificar si existe otra medida menos invasiva que se ajuste a la situación de la persona en situación de discapacidad mental.

80. Como se dijo, de acuerdo con el marco constitucional y con las obligaciones que se desprenden de la CDPD, el Estado está en la obligación de promover y garantizar la autonomía en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, sin discriminación. En este orden de ideas, cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito de generar barreras y limitar el goce y el ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos y libertades fundamentales a partir del criterio de la discapacidad, puede ser considerado un criterio sospechoso de discriminación. Como se advirtió, el Estado está en la obligación de proveer todos los ajustes razonables necesarios para que esta población pueda acceder en igualdad de condiciones a todas las oportunidades sociales en su condición de seres diversos que enriquecen el pluralismo en la sociedad.

81. Así pues, como ha sido establecido por las normas internacionales vinculantes para Colombia, la capacidad jurídica no debe asimilarse a la capacidad mental, pues esta última “se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”[222], ni tampoco debe constituir una barrera para el ejercicio y goce de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la capacidad jurídica es diferente de la capacidad para ejercer derechos como la autonomía reproductiva, y esta última está ligada a la posibilidad de construir un

proyecto propio y responsable de familia. Así, en los casos de las personas con discapacidad mental, esta posibilidad no puede ser entendida desde la construcción de la autonomía como un ejercicio individual sin apoyos, sino en el ámbito de las ayudas necesarias y razonables para otorgar los elementos esenciales para que esta opción sea una posibilidad voluntaria, consciente y responsable.

82. En esta misma línea, las protecciones constitucionales de los artículos 16 y 42 en concordancia con los artículos 23 y 25 de la Ley 1349 de 2009, que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, son aplicables a las personas con discapacidad mental por lo que son titulares de los derechos reproductivos. En este sentido, el Estado tiene el deber de garantizar la información adecuada para proteger el ejercicio de estos derechos, específicamente la información para ejercer la autonomía reproductiva. Esta protección está encaminada a que ningún procedimiento se realice sin el conocimiento y aceptación de los riesgos, efectos y consecuencias de los procedimientos médicos que tienen el objeto de impedir la reproducción y a que no se concrete una interferencia indebida en el ejercicio del control de la capacidad reproductiva, que viole la autonomía.

83. En consecuencia, el Estado está en la obligación de proveer los apoyos para las personas con discapacidad mental para tomar decisiones. Esto significa que, en el ámbito del consentimiento informado, se debe armonizar el requisito de otorgar la información suficiente con las necesidades de la persona para que no se trate de una sustitución del consentimiento por la sustracción de la capacidad jurídica sino que se puedan hacer los ajustes necesarios para que las personas en esta situación puedan expresar sus deseos acerca de la decisión sobre la paternidad o la maternidad y puedan comprender sus consecuencias y responsabilidades.

En el caso de las personas con discapacidad, para que se concreten estos requisitos, particularmente la comprensión de información adecuada y suficiente, se debe entender que el ejercicio de la autonomía en la decisión se construye mediante la provisión de los apoyos necesarios en el suministro de la información apropiada, de acuerdo con las necesidades de cada persona. Esto implica entender la diversidad de las personas con discapacidad, para que se realicen los ajustes razonables que permitan a esas personas acceder a la información, sus consecuencias y así puedan manifestar su preferencia. En estos casos, el consentimiento informado debe tener en cuenta el factor subjetivo del

individuo para que la información que se da sea accesible y aceptable para sus circunstancias específicas.

85. Esta protección, también se encuentra ligada a la cláusula de igualdad constitucional, que ordena la acción positiva del Estado para adoptar medidas a favor de grupos marginados que propendan por su igualdad material y así el goce de sus derechos en igualdad de condiciones. Por lo tanto, el ejercicio del consentimiento informado también debe ser abordado desde las desigualdades estructurales, para que se tomen en cuenta los factores sociales que imponen barreras en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y sean superadas. En este caso las percepciones sociales sobre la discapacidad mental no pueden ser un determinante para el ejercicio de los derechos de este grupo de personas.

86. Ahora bien, en el marco de la protección a los derechos reproductivos de las personas en situación con discapacidad, la jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad del consentimiento sustituto a intervenciones quirúrgicas de esterilización en casos excepcionales. Así, a pesar de distinguir la capacidad jurídica del ejercicio de la autonomía reproductiva, la Corte ha condicionado este consentimiento a la representación legal de la persona y a un procedimiento judicial separado que tenga como objeto permitir la esterilización quirúrgica de las personas desde el análisis de la posibilidad del consentimiento futuro y de la necesidad médica. Lo anterior, toda vez que ha entendido que la restricción de cualquier libertad de ejercicio de un derecho fundamental sólo es admisible bajo estrictas condiciones, que en este caso representan la intervención de un juez y la verificación de los elementos de juicio necesarios para permitirla, como los establecidos por la jurisprudencia constitucional.

Entonces, en los casos excepcionales en los que una persona no pueda entender, desde su diversidad, las consecuencias del ejercicio de la capacidad reproductiva, tampoco se le puede imponer. Lo anterior, pues el ejercicio de los derechos reproductivos, a pesar de estar interrelacionados con los derechos sexuales, comprenden ámbitos diferentes, donde una persona puede perfectamente ejercer la sexualidad de forma libre y voluntaria, sin que esto necesariamente implique el deseo de la reproducción y que a su vez la quiera o pueda comprender y asumir de forma responsable bajo las protecciones de la autonomía[223]. Así, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales sólo en esos casos, cuando no exista una

alternativa menos lesiva a la integridad personal, se tenga la certeza sobre la imposibilidad del consentimiento futuro y exista necesidad médica, es posible el consentimiento sustituto para los casos de esterilizaciones quirúrgicas de personas con discapacidad mental, previo el cumplimiento de los dos requisitos contemplados en la norma.

87. De acuerdo con lo anterior, la disposición acusada *prima facie* no sustrae de la capacidad reproductiva mediante el consentimiento sustituto a personas que tengan esta capacidad, por dos razones. Primero, porque delimita el ámbito de su aplicación a un grupo restringido de personas, aquellas de las que otra persona ostenta la representación legal bajo criterios de discapacidad profunda y severa como ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional. Segundo, esta condición no anula la autonomía para el ejercicio de este derecho, sino que supedita la autorización a un procedimiento judicial específico que, en concordancia con las reglas jurisprudenciales, debe cumplir con la verificación de dos presupuestos: (i) la imposibilidad del consentimiento futuro; y (ii) la necesidad médica, además para el caso de los menores de edad se debe contar con la solicitud de ambos padres.

No obstante lo anterior, es indudable que, aun cuando la jurisprudencia constitucional ha permitido el consentimiento sustituto de forma excepcional en casos de personas en situación de discapacidad, las obligaciones internacionales son enfáticas en determinar que la restricción de la capacidad jurídica en razón a la discapacidad puede constituir un criterio sospechoso y por lo tanto discriminatorio y han hecho un llamado a eliminar regímenes que establezcan ese tipo de regulaciones. Más allá, las obligaciones internacionales han establecido un claro deber a cargo del Estado colombiano de adecuar el ordenamiento interno para proveer a las personas en situación de discapacidad de los ajustes razonables como apoyos para ejercer la capacidad en todos los ámbitos. Esta obligación es congruente con el régimen constitucional y debe tenerse en cuenta explícitamente al abordar normas que pueden tener un impacto en la autonomía de las personas en situación de discapacidad. A su vez, como se explicó, la determinación de una restricción de la autonomía reproductiva en el anterior sentido podría equiparse a una esterilización forzada, de acuerdo con los estándares reseñados en esta providencia.

Así pues, la norma podría leerse en el entendido de que la interdicción presupone la incapacidad de ejercer la autonomía reproductiva, lo que haría dicho criterio uno de

carácter sospechoso y por lo tanto sería inconstitucional. Adicionalmente, podría entenderse que su ejercicio, para las personas en situación de discapacidad, no requiere de la dotación de apoyos razonables que lo garanticen como una medida de acción afirmativa que es exigible al Estado. Esas dos lecturas no sólo van en contravía de la jurisprudencia constitucional y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, sino que harían inconstitucional el aparte acusado. En este orden de ideas, la Sala Plena de esta Corporación considera necesario un condicionamiento de la norma que descarte cualquiera de las lecturas que serían inconstitucionales.

Así pues, para que la disposición se encuentre acorde con las protecciones constitucionales del derecho a la igualdad, y al libre desarrollo de la personalidad, así como como del derecho a la autonomía reproductiva y a fundar una familia de forma responsable, y en concordancia con el principio de conservación del derecho la única lectura posible de la disposición es la que indica que inclusive en los casos donde se haya declarado la interdicción (con efectos patrimoniales) se debe presumir la capacidad para ejercer la autonomía reproductiva, la cual debe ser desvirtuada en el proceso de autorización judicial.

Igualmente, en concordancia con los deberes estatales de protección de las personas con discapacidad y con las reglas sobre el consentimiento informado, en estos casos, el Estado se encuentra en la obligación de proveer todos los apoyos para que estas personas, de la mano con los ajustes razonables posibles, puedan recibir la información necesaria para emitir su voluntad libre e informada. Esto implica el cumplimiento de los elementos de accesibilidad y aceptabilidad en la provisión de información en el ámbito de la salud, los cuales exigen que la información sea suficiente y que se encuentre ajustada a las necesidades de cada persona. Así pues, sólo en los casos en que para las personas con una discapacidad mental que han sido sustraídas de la capacidad jurídica con base en una discapacidad mental severa y profunda y aun cuando se ha cumplido con la obligación de proveer información con ajustes razonables no es posible que la persona pueda entender las implicaciones y responsabilidades de la reproducción, es procedente el consentimiento sustituto para la esterilización, como una posibilidad, mas no una imposición sujeta a las reglas que el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 establece, en concordancia con la jurisprudencia constitucional.

88. Así pues, la Sala Plena de la Corte Constitucional estima que la anterior lectura de la norma respeta el marco constitucional vigente al concretar los principios de la autonomía y de la igualdad, y a su vez es coherente con los límites establecidos al ejercicio del derecho a la libertad. Así, en primer lugar, logra la maximización del principio de autonomía, mediante la provisión de apoyos que buscan el respeto de la capacidad reproductiva de las personas con discapacidad mental. En segundo lugar, comprende la aplicación del principio de igualdad mediante una acción afirmativa que, en el contexto de la provisión de información, adopta los ajustes necesarios para concretar esta obligación de acuerdo con las necesidades de la persona. Finalmente, en los casos en que definitivamente no es posible esta opción, somete a una autorización judicial específica la restricción de una libertad. Por lo tanto, procederá a declarar la exequibilidad condicionada de la norma en el anterior sentido por los cargos estudiados.

La Sala considera entonces que es necesario el condicionamiento de la norma en los anteriores términos, pues un acercamiento diferente tendría el efecto de imponer una restricción indebida en el ejercicio de la autonomía reproductiva de las personas con discapacidad mental y violaría los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

Conclusiones y alcance de la decisión a adoptar

90. Las anteriores consideraciones se pueden concretar en las siguientes conclusiones:

El artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 dispone la posibilidad de la esterilización quirúrgica de las personas en situación de discapacidad mental mediante el consentimiento sustituto siempre que (i) se haya declarado la interdicción de esa persona; y (ii) se realice un procedimiento judicial adicional que autorice la esterilización.

Así pues, el ámbito de aplicación de la norma establece que ésta se encuentra dirigida a las personas en situación de discapacidad mental que necesariamente hayan sido declaradas en interdicción. Esto supone que la norma sólo está dirigida a personas en una situación de discapacidad mental absoluta con fundamento en una discapacidad mental severa y profunda. No obstante, si bien éste es un requisito para admitir el consentimiento sustituto en el ejercicio de la autonomía reproductiva se requiere de un procedimiento judicial adicional que verifique en el caso concreto la posibilidad de admitirlo o no.

Las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional a quienes se les debe garantizar el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones, lo cual incluye la protección de sus derechos reproductivos, como el derecho a decidir de forma responsable los hijos que se desea tener y los intervalos entre éstos, así como el acceso a todos los servicios e información para ejercer este derecho.

El consentimiento informado es un principio y un derecho fundamental que a su vez protege la autonomía de las personas y hace parte del derecho a la salud. Así, la jurisprudencia ha determinado que para que éste se proteja, el consentimiento de las personas a intervenciones o procedimientos de la salud debe ser (i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción, (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es -oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos, (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento y por lo tanto se exige un mayor grado de capacidad para ejercer el consentimiento, casos en los cuales también pueden exigirse formalidades para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito, o se dé varias veces para procedimientos que se prolongan en el tiempo. Además, requiere que el individuo pueda comprender de manera autónoma y suficiente las implicaciones de la intervención médica sobre su cuerpo.

El criterio de suficiencia en la información provista a las personas en situación de discapacidad debe ser abordado desde el deber estatal de proveer todos los ajustes razonables y apoyos para que este grupo de personas pueda ejercer su autonomía y sus preferencias en la toma de decisiones que tengan efectos jurídicos.

Excepcionalmente, la jurisprudencia constitucional ha admitido el consentimiento sustituto en situaciones de emergencias médicas, para los menores de edad -en concordancia con los principios sobre las capacidades evolutivas de los niños y su mejor interés- y en situaciones donde la persona ha sido declarada en interdicción o inhabilitada, en este último caso el consentimiento sustituto sólo aplica para los asuntos por los que la persona fue inhabilitada. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado que los requisitos de la interdicción y la autorización judicial específica para la esterilización quirúrgica de personas en situación de discapacidad mental mediante el consentimiento sustituto son ajustados a

la Constitución.

De acuerdo con este marco constitucional, la norma no viola los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a ejercer la capacidad jurídica cuando admite el consentimiento sustituto en la esterilización de personas en situación de discapacidad como una excepción sujeta a dos requisitos: la declaratoria de interdicción y una autorización judicial autónoma. Lo anterior, siempre que se trate de una medida de carácter excepcional, que ha consultado otras alternativas menos invasivas y bajo la verificación de unos requisitos específicos en la autorización judicial: la imposibilidad del consentimiento futuro y la necesidad médica.

No obstante, la norma admite otras lecturas que podrían violar el marco constitucional relativo al ejercicio de los derechos reproductivos de las personas en situación de discapacidad y al deber de proteger los derechos de éstas como sujetos de especial protección constitucional, en armonía con las obligaciones internacionales. Es decir, las lecturas que presupongan que la declaratoria de interdicción supone la incapacidad de ejercer la autonomía reproductiva o que el ejercicio de la autonomía en la toma de decisiones con efectos jurídicos o determinantes para la integridad personal no está sujeto a la provisión de apoyos y ajustes razonables.

Así la lectura de la norma debe integrar las siguientes reglas:

La jurisprudencia constitucional ha sido clara en determinar que el ejercicio de la capacidad jurídica es diferente del ejercicio de los derechos reproductivos, particularmente de la decisión de tener hijos de forma responsable. Por lo tanto, siempre se presupone la capacidad para ejercer la autonomía reproductiva de las personas que han sido declaradas en interdicción por encontrarse en situación de discapacidad mental.

El procedimiento judicial que autoriza o niega la esterilización quirúrgica de una persona en situación de discapacidad mental es un procedimiento autónomo de aquel de la interdicción y debe cumplir con el objetivo de desvirtuar la presunción de capacidad para ejercer la autonomía reproductiva. En este sentido, el juez en su análisis del caso concreto debe: (i) presumir la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva; (ii) verificar si existe una alternativa menos invasiva a la esterilización quirúrgica; (iii) cerciorarse que se le hayan prestado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la

persona pueda expresar su preferencia; (iv) comprobar la imposibilidad del consentimiento futuro; y (v) la necesidad médica de la intervención. Adicionalmente, para los casos de los menores de edad, esta solicitud debe hacerse por los dos padres, a menos que no sea posible por abandono o sustracción de la patria potestad y la responsabilidad parental.

La Constitución y las obligaciones internacionales del Estado colombiano imponen la obligación de especial protección constitucional para las personas en situación de discapacidad que se encuentre acorde con el modelo de la discapacidad social. En este sentido, el Estado está en el deber de garantizar el ejercicio de todos los derechos de estas personas en igualdad de condiciones. Esto impone la obligación de prestar todos los ajustes y apoyos razonables para que ellos puedan ejercer sus derechos. En este sentido, el ejercicio de la autonomía no se aborda desde la individualidad, sino que requiere entender que ésta se puede construir con los ajustes que cada persona requiera, desde su diversidad, para poder tomar decisiones y manifestar sus preferencias.

Como lo ha determinado la Sala Plena, el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 es exequible bajo los cargos analizados, pues la determinación del consentimiento sustituto como una excepción sujeta a los requisitos contemplados en la norma no sustrae de la capacidad de ejercer la autonomía a personas que tengan esta posibilidad, sino está dirigida a casos en los que no sea dable ejercer la autonomía reproductiva, previa la interdicción y un procedimiento específico que establece, con fundamento en criterios técnicos, la imposibilidad del consentimiento futuro y la necesidad médica. No obstante, la declaratoria de una exequibilidad simple admitiría lecturas de la norma abiertamente inconstitucionales, que no tienen en cuenta las reglas sentadas por esta Corporación, ni los deberes de respeto que impone el bloque de constitucionalidad.

92. De conformidad con el artículo 243 Superior, “[l]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. Esta Corporación ha sostenido que la cosa juzgada es una figura jurídica que reviste los fallos de constitucionalidad con el carácter de inmutables, vinculantes y definitivos. Esto se debe a que la cosa juzgada es una institución creada con el fin de preservar la seguridad jurídica, que a su vez protege el derecho a la igualdad de las personas en el acceso a la administración de justicia. Asimismo, evita nuevos juicios de constitucionalidad sobre disposiciones y cargos previamente analizados por esta Corporación[224].

93. Ahora bien, con fundamento en los artículos 241 y 243 de la Constitución Política, la Corte ha sostenido que puede fijar los efectos de sus propios fallos y por ello tiene la atribución de delimitar el alcance de la cosa juzgada en sus providencias[225]. Por lo anterior, el juez constitucional tiene la facultad de adoptar distintas alternativas al momento de proferir una decisión, para lo cual ha empleado diferentes técnicas de modulación en sus fallos de constitucionalidad[226]. La posibilidad de emplear dichas metodologías es una facultad de suma importancia para la Corte Constitucional, toda vez que con estas se busca que los fallos en los que se advierta la vulneración de la Carta Política, no impliquen una afectación aun mayor de la misma[227], como lo sería en ciertos casos la expulsión inmediata de toda norma que se sea abiertamente contradictoria con la Constitución.

Los fallos en los que este Tribunal ha modulado sus decisiones, se pueden distinguir o clasificar de la siguiente manera: (i) sentencias interpretativas o condicionadas; (ii) sentencias integradoras interpretativas aditivas y sustitutivas, y (iii) sentencias de inexecuibilidad diferida o de constitucionalidad temporal. En este caso, la Sala Plena considera necesario realizar un condicionamiento de la norma acusada. Como se ha advertido, el condicionamiento de la norma se fundamenta en la posibilidad de que se den lecturas de la disposición que sean abiertamente discriminatorias en las que se niegue el ejercicio de la autonomía reproductiva de las personas en situación de discapacidad o se desconozcan las obligaciones de provisión de un sistema de apoyo razonable para ejercer dicha autonomía.

94. Así las cosas, conforme a la facultad reconocida a la Corte Constitucional de modular sus fallos, en este caso se acudirá a la metodología de la sentencia de constitucionalidad condicionada, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad y a la autonomía reproductiva de las personas en situación de discapacidad mental. Bajo este criterio en la parte resolutive de esta sentencia se declarará la exequibilidad condicionada del artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 por los cargos analizados bajo el entendido de que la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y maternidad responsable” por los cargos analizados, bajo el entendido de que la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga.

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

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ALBERTO ROJAS RIOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-182/16

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Resulta desafortunado privilegiar el criterio formal de la extemporaneidad al superar el término de que trata el Artículo 7 del Decreto 2067 de 1991 sobre el contenido de las intervenciones (Salvamento de voto)/DEMANDA DE

INCONSTITUCIONALIDAD-Intervención extemporánea (Salvamento de voto)/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Procedencia excepcional de intervenciones extemporáneas al considerarlas de utilidad para valorar el juicio de constitucionalidad (Salvamento de voto)

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Carácter abstracto (Salvamento de voto)

ESTANDARES INTERNACIONALES QUE AMPARAN PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Relevancia y protección (Salvamento de voto)

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL EN MATERIA DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-I 1007

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 (parcial) de la ley 1412 de 2010 “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsables”.

Actor: Iván Yesid Noval Vela.

Magistrado Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de esta corporación, me permito salvar mi voto a la presente sentencia. En la providencia en cuestión, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 1412 de 2010, el cual establece que el procedimiento de esterilización para el caso de discapacitados mentales se llevará a cabo por solicitud y con el consentimiento del representante legal, el cual deberá ser previamente autorizado por un juez de la República.

No obstante, la sentencia condicionó la interpretación del anterior enunciado normativo en el sentido de asegurar la garantía permanente del derecho a la autonomía reproductiva de la persona que sea “declarada en interdicción por demencia profunda y severa”. Para ello

dispuso que deberá darse de forma previa un proceso de apoyo y asesoría para que la persona discapacitada exprese su consentimiento, y si no logra manifestar su voluntad libre e informada para realizar o no la esterilización quirúrgica, se autoriza como ultima ratio acogerse al juicio del consentimiento sustituto, el cual deberá contar con previa autorización judicial.

Mi inconformidad con la decisión adoptada por la mayoría la expresé en razón a dos aspectos puntuales: i) el procedimiento que surtió la demanda de inconstitucionalidad referente al tratamiento que se le dio a las intervenciones ciudadanas; y ii) a pesar de las importantes consideraciones de la sentencia sobre los estándares internacionales que ha ratificado Colombia sobre los derechos de las personas con discapacidad, su conclusión resulta incoherente con dichos estándares, pues en lugar de la exequibilidad debió declararse la inconstitucionalidad de la norma, siguiendo la línea de interpretación que en estos casos he planteado en decisiones anteriores.

(i) En el numeral V de la sentencia titulado “intervenciones extemporáneas” se indicó que una vez vencido el término para los invitados a participar en el proceso de constitucionalidad, se allegaron seis conceptos técnicos de organizaciones nacionales, regionales e internacionales. A pesar de contener estos conceptos importantes insumos y elementos de juicio para el análisis de la norma demandada, los mismos no fueron considerados en razón a su extemporaneidad en su presentación. Considero que resulta desafortunado que se privilegie el criterio formal de la extemporaneidad al superarse el término de los 10 días que trata el Artículo 7 del Decreto-Ley 2067 de 1991, sobre el contenido de las intervenciones y las luces que arrojaban sobre la inconstitucionalidad del artículo demandado.

Sin desconocer los términos reglamentarios que tiene todo ciudadano para impugnar o defender la norma demandada, la Corte Constitucional ha admitido cierta flexibilidad ante la entrega de la intervención por fuera del plazo concedido. Tal es el caso de dos (2) ejemplos ilustrativos: la sentencia C-099/13, donde el Procurador Delegado para Restitución de Tierras allegó su intervención por fuera del término. Sin embargo, al considerar que las observaciones realizadas en dicho concepto eran de utilidad para la valoración del juicio de constitucionalidad, se tomó en consideración aquella, como expresamente lo reconoció la Corte en dicha decisión.

En este mismo sentido, la sentencia C-203/11 recibió intervenciones extemporáneas de la Confederación de Trabajadores de Colombia (C.T.C.), la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Colegio de Abogados Especializados en Derecho al Trabajo y la Seguridad Social, y pese a estar por fuera del término, esto no constituyó un impedimento para que fueran consideradas, tácitamente, las intervenciones en el análisis de constitucionalidad efectuado por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Contrario a los dos casos antes reseñados, en esta oportunidad se avaló darle mayor peso a la norma procesal que establece los términos para la intervención, sobre el contenido de las observaciones y consideraciones que importantes instituciones académicas, de derechos humanos y organizaciones sociales aportaban en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma de conformidad con los estándares internacionales aplicables para Colombia.

Considero desafortunado darle un carácter de litigio contencioso al juicio de constitucionalidad, al tratar los términos de intervención con excesivo rigor.

Como en otras ocasiones lo ha reiterado la Corte[228], el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad es de carácter abstracto, y como tal, no existen partes en contienda, ni se exige un tratamiento inflexible a los términos; por el contrario, se trata del ejercicio de un derecho político que pretende la guarda y supremacía de la Constitución por parte de su máximo interprete autorizado.

Resulta preciso comprender que el término de intervención permite garantizar el adecuado desarrollo del juicio de constitucionalidad de los actos objeto de control. Pero tampoco al extremo de considerar que su presentación por fuera del mismo habilita al juez constitucional a descartarlo de entrada, sin antes considerar al menos de forma tangencial, si es posible hacer una excepción al término en razón a los aportes que puede brindar al juicio de constitucionalidad. En consecuencia con lo expuesto, apunto a que la entrega de intervenciones extemporáneas deberá ser considerada en detalle en cada caso concreto, para establecer si debe descartarse o por el contrario, deberá ser puesta en consideración en razón al valor de sus aportes.

(ii) En decisiones anteriores de la Corte Constitucional he tenido la oportunidad de manifestar mi posición sobre la relevancia que tiene para estos casos los estándares internacionales que amparan a las personas en situación de discapacidad, argumentos que

me permito reiterar en esta oportunidad, los cuales prodigan un marco de protección al cual debe ajustarse el ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, en la sentencia T-740 de 2014, de la cual fui ponente, en el apartado 4.3 se sintetizan en detalle los estándares internacionales que sirvieron en dicho caso como parámetro hermenéutico para estudiar la vulneración de los derechos fundamentales de una niña menor de edad con síndrome de Down, a quien sus padres solicitaron el procedimiento de “ligadura de trompas”. Al respecto, me permito citar la síntesis:

“4.3 En conclusión, con base en los estándares internacionales relacionados con el alcance de los derechos de las personas en situación de discapacidad y derechos de las mujeres para proscribir las diferentes formas de discriminación, se puede afirmar que:

(i) existe un mandato internacional según el cual se deben adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, para lo cual se deben utilizar todas las herramientas de apoyo para emitirlas (modelo de apoyo a la toma de decisiones), incluida la toma de decisiones en los procedimientos como el de esterilización quirúrgica:

(ii) la esterilización puede constituir un acto que vulnera los derechos de las mujeres y niñas en situación de discapacidad, cuandoquiera que, arguyendo razones de salud o consentimiento sustituto de terceras personas, no se consulte su consentimiento:

(iii) la esterilización quirúrgica que prescinde del consentimiento informado, puede no resultar en mecanismo de protección, sino en un factor de vulnerabilidad frente a situaciones tales como el abuso sexual; y

(iv) el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, así como otorgar todos los apoyos necesarios para poder emitirlas “[229].

En este mismo sentido, en aclaración de voto a la sentencia C-131/14 reiteraré mi posición de congruencia con los estándares internacionales, los cuales exigen abordar la discapacidad como una de las múltiples formas sobre cómo se manifiesta la diversidad humana, mas no como una justificación que habilite la limitación de sus derechos. En este sentido, debe

partirse de la presunción de la capacidad que tienen las personas para la toma de decisiones relacionadas con sus derechos sexuales y reproductivos, antes de justificar la sustitución del consentimiento en razón a su condición de discapacidad. Al respecto en dicha aclaración de voto expresé:

Por otra parte como se descartaron de entrada las seis (6) intervenciones ya antes indicadas, la Corte Constitucional redujo de forma considerable las observaciones y elementos de análisis con los que pudo contar en su juicio. En particular, las intervenciones se concentraron en exponer los estándares internacionales que ratificó el Estado colombiano y que está en obligación de seguir y respetar, a partir de los cuáles la decisión más coherente y ajustada a dichos parámetros era declarar la inconstitucionalidad de la norma demandada.

Cabe destacar que la sentencia recoge de forma impecable los estándares internacionales que son vinculantes para Colombia en los casos de personas en condición de discapacidad, en particular sobre su especial protección, sus derechos reproductivos, el consentimiento informado para las intervenciones en salud y la prohibición de la esterilización forzada. Resulta valioso que dentro de la argumentación, la Corte Constitucional adopte sin titubeos el modelo social de la discapacidad como elementos transversal que sirve de fundamento a lo largo de la decisión y los análisis efectuados sobre el marco internacional de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, algunas observaciones realizadas sobre la esterilización forzada y el consentimiento sustituto desde los estándares internacionales no aparecen referenciadas, pero sí hacían parte de las intervenciones que fueron descartadas. El valor de dichas observaciones radica en analizar puntualmente el caso específico que estudia la Corte; estos estándares concluyen que el consentimiento sustituto, en cualquiera de sus modalidades, así como la autorización judicial no logran la protección que requieren las personas con discapacidad, motivo por el cual, la decisión más afín era declarar la inconstitucionalidad de la norma.

Las intervenciones excluidas ilustran sobre las consideraciones del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus observaciones finales a Finlandia[231]. En dicho documento el Comité expresó su preocupación sobre la forma como se están tomando las

decisiones de esterilización concerniente a niñas y mujeres con discapacidad intelectual, en tanto que no se consulta al titular del derecho, sino que dicha decisión es adoptada por el consentimiento sustituto de su representante legal. El Comité le recomendó a los Estados asegurar la protección de los derechos sexuales y reproductivos y adoptar medidas que permitan desarrollar programas para el apoyo en la toma de decisiones sobre su salud sexual y reproductiva.

En este mismo sentido, como lo reseña la International Disability Alliance, “en un pronunciamiento conjunto inter-agencias, siete agencias de la ONU, incluidos el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ONU Mujeres, la Organización Mundial de la Salud, UNICEF, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, el Fondo de Población de las Naciones Unidas y ONUSIDA, han llamado los Estados a “Proveer sistemas de apoyo a la toma de decisiones que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad de realizar decisiones informadas por ellas mismas, y a asegurar que estos sistemas verdaderamente apoyen la toma de decisiones, con respecto a la voluntad y preferencias del individuo, en vez de la sustitución en la toma de decisiones bajo un nuevo nombre “[232].

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (CDPD)[233], en sus artículos 23 y 25 establece los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad; y los artículos 17 y 25 el derecho al consentimiento libre e informado. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha interpretado que la Convención prohíbe la esterilización forzada, e incluso, las formas sustitutivas del consentimiento previo, libre e informado deben ser eliminadas, aún aquellas fundadas en la sustitución del consentimiento y la aprobación judicial[234], que es exactamente la situación que contiene la norma demandada.

El Informe Mundial sobre Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS), apoyándose en los estándares internacionales de la CDPD, reiteró el derecho que tienen las personas con discapacidad a mantener su fertilidad y ejercer libremente las decisiones sobre el cuidado de su salud sexual. Al respecto el informe indicó: “se observan muchos casos de esterilización involuntaria para restringir la fertilidad de algunas personas con discapacidad, sobre todo en los casos de aquellas que tienen deficiencias intelectuales, la mayoría de ellas, mujeres... Las personas con discapacidad deberían gozar de acceso a la

esterilización voluntaria en igualdad de condiciones con las demás “[235].

Organizaciones autorizadas en este campo como la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) publicó en 2011 sus lineamiento sobre la esterilización contraceptiva femenina, y resaltó la esencialidad del consentimiento previo, libre e informado. En sus recomendaciones indicó: “La esterilización para la prevención del embarazo futuro no es un procedimiento de emergencia. No justifica el apartamiento de los principios generales del consentimiento libre e informado. Por lo tanto, las necesidades de cada mujer deben ser atendidas, incluyendo el ser provista del tiempo y apoyo que necesite -mientras no esté bajo presión, en sufrimiento, o dependiente del cuidado médico- para considerar la explicación recibida sobre lo que la esterilización conlleva y para hacer conocer su elección”[236]. En consecuencia, la FIGO concluye que sólo las mujeres pueden brindar su consentimiento, el cual no puede ser sustituido ni siquiera por los representantes legales.

Para brindar otro elemento que apoya la inconstitucionalidad de la norma hallamos la interpretación del Relator Especial contra la Tortura, de Naciones Unidas. Si bien la sentencia asume el reconocimiento del Relator sobre la esterilización forzada, en el sentido de ser considerada esta práctica: “como una forma de violencia y control social que puede constituir trato cruel inhumano y degradante en el marco del derecho internacional de los derechos humanos”[237], no obstante, otro Informe del mismo Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas, inhumanos o degradantes, ha subrayado la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad. En este contexto, y tomando en consideración esta especial condición, el Relator ha manifestado que: “dada la especial vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad, el aborto forzoso y la esterilización en su caso, si son resultado de un proceso judicial en que la decisión es tomada contra su voluntad por su “tutor legal”, puede constituir tortura o malos tratos “[238]

Por las razones expuestas y siguiendo de forma coherente los estándares internacionales que el Estado colombiano ya acogió y se obligó a cumplir, era ineludible la declaración de inconstitucionalidad de la esterilización forzada que incluye la norma demandada, al considerarse como inaceptables las excepciones de la sustitución del consentimiento y la autorización judicial, en plena afinidad con el marco internacional antes expuesto.

Sin desconocer la esmerada composición del marco internacional sobre estándares de

protección para personas en condición de discapacidad que abordó la sentencia, así como la reconstrucción de la evolución al interior de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el consentimiento informado de aquellos sujetos que no se consideran suficientemente autónomos para autorizar tratamientos médicos, considero desafortunada e incongruente la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 6 de la ley 1412 de 2010.

Como ya se reseñó ampliamente, las intervenciones descartadas ilustraban con detalle que los estándares internacionales han considerado que las excepciones que trae la norma al consentimiento libre, previo e informado de la persona discapacitada, como son la sustitución de dicho consentimiento y la autorización judicial, resultan inaceptables y generan un déficit a la protección especial que los Estados deben brindar a este grupo poblacional. Al quedar por fuera del análisis de la Corte las intervenciones indicadas se desaprovechó: i) la oportunidad de avanzar en la evolución que ha marcado la jurisprudencia de la Corte Constitucional hacia los tratamientos médicos de las personas en condición de discapacidad y, ii) ajustar la legislación nacional al marco internacional ante la revisión que llevará a cabo el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la que se someterá en el año 2016 el Estado colombiano.

Finalmente, considero que resulta insuficiente el condicionamiento que la sentencia hace sobre el artículo 6 de la ley 1410 de 2010 en tanto podrá prestarse para equívocos por parte de los destinatarios de la norma, cuando quiera que puedan llegar a desconocer las condiciones especiales de interpretación que debe tener la norma para que sea ajustada a la Constitución. Como lo reseñó la sentencia, existen más interpretaciones erróneas que desconocen los estándares internacionales que se incorporan por la vía el bloque de constitucionalidad, por lo que resultaba más sencillo expulsar la norma del ordenamiento jurídico, que fijar unas condiciones especiales sobre cómo se interpreta la norma, a pesar de la precisión del modo en que se construyó el condicionamiento.

Con fundamento en todo lo expuesto, salvo mi voto a la presente providencia.

Fecha ut supra

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Aclaración de voto de la Magistrada

María Victoria Calle Correa

a la Sentencia C-182/16

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PARA ESTERILIZACION DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL-Validez sólo si se está ante casos excepcionalísimos (Aclaración de voto)

ESTERILIZACION DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL-Ejercicio de la capacidad jurídica es diferente del ejercicio de los derechos reproductivos (Aclaración de voto)

ESTERILIZACION DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL-Criterio de la necesidad de intervención debe ser de carácter médico (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-11007

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 (parcial) de la Ley 1412 de 2010 ‘Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos diferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y maternidad responsable.’

Magistrado ponente

Gloria Stella Ortiz Delgado

Esterilización por consenso sustituto,

la excepción de la excepción de la excepción

Comparto la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-182 de 2016,[239] en la cual se resolvió declarar constitucional la regla legal que permite someter a una persona discapacitada mental a un proceso de esterilización, ante la solicitud y el consentimiento expresado de quien sea el representante legal, “por los cargos analizados,

bajo el entendido de que la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan presentado todos los apoyos para que lo haga.” En otras palabras, para la Corte Constitucional es válido el consentimiento sustituto para esterilizaciones de personas con discapacidad mental si y sólo si se está ante casos que más que excepcionales son excepcionalísimos.

1. La inconstitucional regla para personas con discapacidad mental. Hasta la sentencia C-182 de 2016 el sistema jurídico consideró que la regla según la cual una persona sólo puede ser esterilizada con su consentimiento no era aplicable a personas con discapacidad mental. En estos casos, los fundamentos de la regla no eran la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad. Al descartarse por completo la voluntad de la persona con alguna discapacidad mental, se la reemplazaba por la voluntad de la persona que velaba por sus intereses en calidad de representante legal. Esa era pues la regla que existía hasta esta sentencia, la cual, afortunadamente, ya no hace parte del ordenamiento.

2. La excepcionalísima autorización del consentimiento sustituto para esterilizaciones en los casos de discapacidad mental. La Sala Plena de la Corte Constitucional fue enfática y clara al respecto: ahora el consentimiento sustituto es excepcional. Aunque por razones técnicas y de forma, la Sala usa la expresión ‘excepcional’, una lectura detallada de la parte resolutive de la sentencia evidencia que la posibilidad de un consentimiento sustituto para una esterilización de una persona con discapacidad mental es excepcionalísima.

Como se resaltó, antes de la sentencia C-182 de 2016 el consentimiento sustituto era la regla para todos los casos de discapacidad mental, a propósito de la autorización de una esterilización. Ahora el condicionamiento de la sentencia es muy preciso y estricto al respecto. Según la decisión de la Corte, los casos deben cumplir varios y específicos requisitos y así asegurar que el consentimiento sustituto sea realmente necesario para ejercer la libertad reproductiva de una persona afectada por una discapacidad mental. (1) Deben ser personas que hayan sido “declaradas en interdicción” de manera oficial, previamente. (2) La declaración de interdicción debe haber sido por “demencia profunda y

severa”, no por otra razón o afecciones menores. (3) La decisión judicial que se vaya tomar al respecto es de “carácter excepcional”, y éste ha de ser uno de los criterios fundamentales a la hora de decidir. (4) En todo caso, se establece que este tipo de consentimiento “sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada”. Debe existir total ausencia de manifestación autónoma de la voluntad de la persona pues, en tanto ésta pueda expresarse claramente y permita determinar si la persona quiere o no ser sometida a un proceso de esterilización, el consentimiento sustituto no podrá tener lugar. Esta intención de respetar hasta el máximo posible la voluntad de las personas afectadas por discapacidad mental que manifestó la Corte, se hace explícita en el último requisito establecido en la parte resolutive. (5) La decisión de que la persona no puede expresar su voluntad, sólo podrá tener lugar “una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga.” La Corte, comprendiendo la especial protección constitucional que se debe dar a este tipo de personas (aquellas que tienen demencia profunda y severa), establece que se debe intentar proteger la propia expresión de la voluntad hasta donde sea posible. Se tienen que tomar todas las medidas adecuadas y necesarias. No basta con intentar un par de veces o con hacerlo con métodos que por la situación de la persona, nunca podrían funcionar. El intento debe ser sincero y suficiente, para poder concluir que el consentimiento sustituto es realmente necesario.

Advierte de manera explícita la Corte Constitucional en su sentencia C-182 de 2016, siguiendo la jurisprudencia constitucional previa, que “el ejercicio de la capacidad jurídica es diferente del ejercicio de los derechos reproductivos”, como por ejemplo “la decisión de tener hijos de forma responsable”. Por eso, para la Sala, “siempre se presupone la capacidad para ejercer la autonomía reproductiva de las personas que han sido declaradas en interdicción por encontrarse en situación de discapacidad mental” [ver apartado 90 de las consideraciones de la sentencia]. En tal medida, sostiene la Sala,

“El procedimiento judicial que autoriza o niega la esterilización quirúrgica de una persona en situación de discapacidad mental es un procedimiento autónomo de aquel de la interdicción y debe cumplir con el objetivo de desvirtuar la presunción de capacidad para ejercer la autonomía reproductiva. En este sentido, el juez en su análisis del caso concreto debe: (i) presumir la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva; (ii) verificar si existe una alternativa menos invasiva a la esterilización quirúrgica; (iii) cerciorarse que se le hayan prestado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes

razonables para que la persona pueda expresar su preferencia; (iv) comprobar la imposibilidad del consentimiento futuro; y (v) la necesidad médica de la intervención. Adicionalmente, para los casos de los menores de edad, esta solicitud debe hacerse por los dos padres, a menos que no sea posible por abandono o sustracción de la patria potestad y la responsabilidad parental.”

Nótese como la Sala Plena de la Corte no sólo fija a los jueces de la República el estricto criterio de la necesidad de la intervención, sino que califica que la misma deba ser una necesidad de carácter médico. Es decir, que la urgencia de practicar la intervención en cuestión, surja de criterios objetivos, razonables, comprobables, cuestionables y verificables. No sobre supuestos de carácter subjetivo, sobre opiniones o creencias. Tales motivos no serían suficientes para justificar la ‘necesidad’ de tomar tan dramática y excepcional decisión.

Fecha ut supra.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-182/16

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL EN PROCEDIMIENTOS DE ESTERILIZACION QUIRURGICA-Garantía de los derechos sexuales (Salvamento parcial de voto)/DERECHOS SEXUALES Y DERECHOS REPRODUCTIVOS-Diferencias (Salvamento parcial de voto)

REQUISITOS DE INTERDICCION Y AUTORIZACION JUDICIAL ESPECIFICA PARA ESTERILIZACION QUIRURGICA DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD MENTAL MEDIANTE CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Criterios y elementos de análisis que justificaron la decisión debieron ser únicamente expresados en la parte motiva de la sentencia, por lo cual

resultaba innecesario condicionar el texto de la parte resolutive (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-11007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 (parcial) de la Ley 1412 de 2010 “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y maternidad responsable”. Demandante: Iván Yesid Noval Vela.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

La decisión de mayoría que declaró exequible el aparte demandado del artículo 6 (parcial) de la Ley 1412 de 2010, a cuyo tenor: “Discapacitados Mentales. Cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial” resulta apropiada, básicamente porque su contenido constituye una medida establecida por el Legislador en ejercicio de su facultad de regular la materia referente a la paternidad y maternidad responsable, previendo, además, una protección especial para quienes hagan parte del grupo de personas que se encuentren en una condición de vulnerabilidad en razón del padecimiento de algún tipo de discapacidad, de manera que se les garantice su integración en la sociedad y el ejercicio pleno de sus derechos.

Para el caso, se garantizan los derechos sexuales en la medida en que el Estado cumpla con su obligación de proveer el acceso a métodos médicos de avanzada que impulsen la paternidad y la maternidad responsable, lo cual genera conciencia sobre la salud, la fecundidad, la actividad sexual y su relación con los recursos que se requieren para la toma de ese tipo de decisiones de forma segura y efectiva. Más aún, partiendo de la premisa de que es necesario considerar los derechos sexuales como un conjunto de derechos diferenciados de los reproductivos, por cuanto, en primer lugar, los derechos sexuales están relacionados con la autonomía de ejercer o no la sexualidad, su asunción sin discriminación, coerción o violencia, la integridad física, la salud sexual, la información y confidencialidad y la orientación sexual. Y que, por su parte, los derechos reproductivos se refieren a la igualdad en las responsabilidades de la crianza de los hijos, decidir su número, la salud

reproductiva y la información sobre formas y métodos de reproducción.

Luego, es necesario destacar que dependiendo del tipo y grado de discapacidad que sufra una persona, en esa misma medida, estará o no en condición de asumir determinadas obligaciones, inclusive, las referidas al ejercicio de la paternidad o maternidad responsable, situación que evidentemente puede variar, según el caso concreto. Por consiguiente, la norma ha debido ser declarada exequible, sin ningún condicionamiento, toda vez que las circunstancias particulares que puedan darse en cada caso han de ser apreciadas por el juez competente, de cuya idoneidad, sin razón, anticipadamente se desconfía, para impartir la autorización al representante legal, a quien, en últimas, le corresponde emitir el consentimiento del procedimiento quirúrgico a que alude la norma cuestionada.

A pesar de que, si bien comparto la propuesta de exequibilidad, las razones, criterios y elementos de análisis que justificaron la decisión debieron ser únicamente expresados en la parte motiva de la estructura de la sentencia, por lo cual, a mi juicio, resultaba innecesario condicionar el texto de la parte resolutive de la misma.

Dejo así explicada, de manera sucinta, las razones por las cuales discrepé parcialmente de la decisión de la mayoría.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

[1] Cuaderno principal, folio 6.

[2] Cuaderno principal, folio 7.

[3] Cuaderno principal, folio 7.

[4] Cuaderno principal, folio 7.

[5] Cuaderno principal, folio 8.

[6] Cuaderno principal, folio 10.

[7] Cuaderno principal, folio 11.

- [8] Cuaderno principal, folio 11.
- [9] Cuaderno principal, folio 80.
- [10] Cuaderno principal, folio 82.
- [11] Cuaderno principal, folio 83.
- [12] Cuaderno principal, folio 78.
- [13] Cuaderno principal, folio 75.
- [14] Cuaderno principal, folio 75.
- [15] Cuaderno principal, folio 73.
- [16] Cuaderno principal, folio 69.
- [17] Cuaderno principal, folio 72.
- [18] Cuaderno principal, folio 72.
- [19] Cuaderno principal, folio 55.
- [20] Cuaderno principal, folio 66.
- [21] Cuaderno principal, folio 51.
- [23] Cuaderno principal, folio 34.
- [24] Cuaderno principal, folio 99.
- [25] Cuaderno principal, folio 99.
- [26] Cuaderno principal, folio 99.
- [27] Cuaderno principal, folio 103.
- [28] Cuaderno principal, folio 109.

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

[30] Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[31] Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[32] Sentencia C-612 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[33] Sentencia C-1408 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Cfr. Sentencia C-1444 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta providencia se indicó que no es necesaria la referencia exacta de las normas constitucionales que se consideran vulneradas siempre que el demandante indique con suficiencia el contenido de la disposición del ordenamiento superior que se considera transgredida.

[34] Sentencia C-1490 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz; Sentencia C-505 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-988 de 2004 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-782 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra; Sentencia C-575 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-617 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-334 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[35] El tercer inciso del artículo 6º del Decreto 2067 de 1991 establece, en lo pertinente: “El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la

sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”.

[36] Sentencia C-1017 de 2012 M.P. Luis Guillermo Pérez Guerrero; Sentencia C-500 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia C-516 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[37] En esta providencia se reitera la regla jurisprudencial enunciada en la sentencia C-619 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Al respecto, véase también: Sentencias C-539 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; C-553 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-595 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-879 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-889 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-1017 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Sentencia C-767 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-881 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

[38] Sentencia C-125 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada; Sentencia C-219 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[39] Sentencia C-410 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos reiterando la Sentencia C-814 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Sentencia C-105 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-595 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-403 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[40] Así lo expresó esta Corporación en Sentencia C-1256 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. En este fallo, la Corte rechazó la posibilidad de integrar la unidad normativa cuando los cargos de inconstitucionalidad presentados en la demanda fueran ineptos incluso, a pesar de que con posterioridad a la demanda, los intervinientes hayan presentado argumentos ciertos, específicos, pertinentes y suficientes que, de haberse planteado en la demanda, configurarían cargos de constitucionalidad idóneos. En este caso, “la decisión inhibitoria, lejos de afectar, fortalece la democracia participativa” toda vez que “la decisión inhibitoria no hace tránsito a cosa juzgada y, por el contrario, permite que el actor, o cualquier otro ciudadano, pueda volver a presentar la demanda de inconstitucionalidad, teniendo la posibilidad de profundizar en el estudio del tema y hacer más fecundo el debate en una nueva oportunidad”.

[41] Sobre este particular, véase: Sentencia C-410 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos en la cual la Corte decidió integrar la unidad normativa dado que existe otra norma que “posee el mismo contenido deóntico que las dos disposiciones demandadas”. Igualmente, en la Sentencia C-595 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio la Corte estableció que no resulta imperiosa la integración de la unidad normativa pese a que algunas de las expresiones normativas demandadas se encuentren reproducidas en otros preceptos, siempre que estas partan de un contenido normativo diferente y se refieran a hipótesis distintas de la norma acusada. Así, la mera similitud no hace imperiosa la integración, dado que la norma cuestionada constituye un enunciado completo e independiente cuyo contenido normativo puede determinarse por sí solo.

[42] Respecto de la existencia de una relación intrínseca, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que esta causal se refiere a casos en los cuales las normas tienen un sentido regulador y autónomo pero resulta imposible, estudiar la constitucionalidad de una norma sin analizar las otras disposiciones, pues de lo contrario se produciría un fallo inocuo. Sentencia C-286 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-349 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-538 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[43] Es indispensable resaltar que, “para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales”. Sentencias C-539 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-041 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo. En esta providencia se reitera la regla jurisprudencial enunciada en la sentencia C-619 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: “(i) Cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada; (ii) en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas, con el propósito de evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo; (iii) cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad”. Al respecto, véase

también: Sentencia C-410 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos. Sentencia C-881 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[44] Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales” y “que los apartes normativos que... no son objeto de pronunciamiento de la Corte, mantengan la capacidad para producir efectos jurídicos y conserven un sentido útil para la interpretación y aplicación normativa”.

[45] Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez

[46] Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales” y “que los apartes normativos que... no son objeto de pronunciamiento de la Corte, mantengan la capacidad para producir efectos jurídicos y conserven un sentido útil para la interpretación y aplicación normativa”. Esta Corporación además ha resaltado que existe una relación inescindible de conexidad entre la norma demandada y otros apartes no demandados, cuando, “en caso de que la Corte decidiera declarar inexequibles los apartes acusados, perdería todo sentido la permanencia en el orden jurídico,” de las expresiones no demandadas. Véase también: Sentencia C-109 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; En la Sentencia C-547 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra la Corte explica que “las expresiones aisladas carentes de sentido propio que no producen efectos jurídicos solas o en conexidad con la disposición completa de la cual hacen parte, no son constitucionales ni inconstitucionales”. Véase también: Sentencia C-233 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-064 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-055 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

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

efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”.

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

[49] Sentencia C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-248 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-560^a de 2012 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-063 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia T-740 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[50] Ratificada por Colombia a través de la Ley 1349 de 2009 cuya constitucionalidad fue revisada mediante Sentencia C-293 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[51] Observación General N°1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Párr. 13 (CRPD/C/GC/1.). Artículo 12. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad define la capacidad jurídica como: “la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad”.

[52] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N°1 (2014). Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, párr. 17. (CRPD/C/GC/1.) “Apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la

accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las personas con discapacidad tienen el derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con las demás. Los Estados partes pueden ofrecer diversas formas de mecanismos de planificación anticipada para tener en cuenta las distintas preferencias, pero todas las opciones deben estar exentas de discriminación. Debe prestarse apoyo a la persona que así lo desee para llevar a cabo un proceso de planificación anticipada. El momento en que una directiva dada por anticipado entra en vigor (y deja de tener efecto) debe ser decidido por la persona e indicado en el texto de la directiva; no debe basarse en una evaluación de que la persona carece de capacidad mental”.

[53] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General Nº1 (2014), párr. 12.

[54] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General Nº1 (2014), párr.14.

[55] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General Nº1 (2014), párr. 8.

[56] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General Nº1 (2014), párr. 13

[57] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley, 11º período de

sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, párr. 9. CRPD/C/GC/1.

[58] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, párr. 15. CRPD/C/GC/1.).

[59] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), (CRPD/C/GC/1) párr. 9.

[60] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), CRPD/C/GC/1, párr. 13.

[61] Observación General Nº1. (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. cit., CRPD/C/GC/1, párr. 24.

[62] Observación General Nº1. (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. cit., CRPD/C/GC/1, párr. 27. Estos regímenes tienen como características definitorias las siguientes: “i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el “interés superior” objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias”.

[63] “Observación General Nº1. (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. Cit, (CRPD/C/GC/1.), párr. 16: El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”.

Para un desarrollo in extenso de las características que debe tener un modelo de apoyo a la adopción de decisiones ver: Observación General Nº1. (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Op. cit., (CRPD/C/GC/1), paras. 16-19 y 29

[64] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, (CRPD/C/GC/1), párr. 16.

[65] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, (CRPD/C/GC/1), párr. 18.

[66] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, (CRPD/C/GC/1), párr. 19.

[67] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), (CRPD/C/GC/1.), párr. 29.

[68] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), (CRPD/C/GC/1.), párr. 30.

[69] Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), (CRPD/C/GC/1), párr. 29.

[70] En relación con las salvaguardias, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General Nº1 ha indicado que su objetivo principal debe ser “garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas” (párrafo 20); El Comité se preocupa particularmente por la posibilidad que exista influencia indebida sobre las personas con discapacidad. “Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”. (Párr. 22). Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), (CRPD/C/GC/1), paras 20 y 22.

[72] Esta relación entre el artículo 12 y otras disposiciones de la Convención también fue identificada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General Nº1 de 2014.

[73] Ratificada por Colombia mediante Ley 762 de 2002, cuya constitucionalidad fue revisada por la Sentencia C-401 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[74] Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adoptada en la Primera Reunión Extraordinaria del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, OEA/Ser.L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 4 y 5 de Mayo de 2011.

[75] Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Adoptada en la Primera Reunión Extraordinaria del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, OEA/Ser.L/XXIV.3.1 CEDDIS/doc.12 (I-E/11) Rev.1 4 y 5 de Mayo de 2011.

[76] Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C No. 258, párrafo 109. “el contenido propio del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es que, precisamente, se reconozca a la persona en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y que pueda ésta gozar de los derechos civiles fundamentales, lo cual implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone

desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de los derechos y deberes civiles y fundamentales”. En igual sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha entendido que ser titular del derecho a la personalidad jurídica, “es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona”. Observación General Nº1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014). Párrafo 11. CRPD/C/GC/1.

[77] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrafo 189: “Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”.

[78] Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo. 113. La Corte IDH ha indicado que, “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”. En este marco, ha desarrollado el concepto de corpus iuris del DIDH, a partir del cual otros instrumentos internacionales del SIDH y externos al mismo sirven de parámetro de interpretación del alcance de las garantías del Convenio. Ver: Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. Párrafos 192-195.

[79] Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrafos 131-137. La Corte abordó en el caso la responsabilidad del Estado argentino por su negligencia al momento de establecer una indemnización a favor de Sebastián Furlán de la que dependía su tratamiento médico como persona con discapacidad.

[80] El artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en lo pertinente: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”

[81] Nash R, Sarmiento R, Reseña de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2006), Anuario de Derechos Humanos 2008, Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/13509/13775>.

[82] En el Caso Ximenes Lopes vs Brasil la Corte IDH determinó la responsabilidad de Brasil por la muerte y maltratos la que fue sometido Ximenes Lopes cuando se encontraba en una institución mental del Estado, así como su falta de investigación y sanción de los responsables.

[83] Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafo 130. En este fallo, la Corte sostuvo que “debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades”.

[84] Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafo 130. La referencia completa es: “La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes

legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado”.

[85] Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Colombia. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 29 de octubre de 2013. CEDAW/C/COL/CO/7-8, paras. 29 y 30.

[86] Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas. Artículos 1 y 16. Ratificada por Colombia el 8 de diciembre de 1987.

[87] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. artículos 7 y 17. Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

[88] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012. En esta decisión la Corte determinó que los artículos 11 y 17 de la CADH protegen el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo que también involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

[89] Sentencia T-272 de 2015 MP: Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia C-131 de 2014 MP: Mauricio González Cuervo; Sentencia T-815 de 2013 MP: Alberto Rojas Ríos; Sentencia T-627 de 2012 MP: Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-732 de 2009 MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

[90] Sentencia C-355 de 2006 MP: Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería.

[91] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[92] Ley 1346 de 2009. Artículo 23. Respeto del hogar y la familia. 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de

los futuros cónyuges;

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

(...)”.

[93] Sentencia C-293 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla: “La Corte destaca que uno de los principios inspiradores que subyacen dentro del articulado de la Convención y los compromisos en él contenidos es el reconocimiento y exaltación de la autonomía del individuo, y el propósito de controlar, tanto como sea posible, el efecto de restricción de dicha autonomía que normalmente resulta de las distintas discapacidades que las personas pueden padecer. Así por ejemplo, la Convención plantea, entre otras garantías, que los individuos con discapacidad tienen derecho a tener un trabajo que les permita procurarse su propio sustento (art. 27), que están en capacidad de elegir cómo y con quién vivir (art. 19), que pueden establecer relaciones familiares como las de las demás personas a partir del libre consentimiento de los interesados (art. 23), y que pueden ejercer el derecho al sufragio y los demás derechos de participación política y social, en lo posible, sin la intervención de otras personas (art. 29). La Corte considera que en cuanto estas circunstancias buscan potenciar el ejercicio de la autonomía personal, y con ello el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 16 superior, todas estas disposiciones son válido desarrollo de importantes objetivos constitucionales, y por lo mismo, plenamente exequibles”.

[94] Al respecto, la Convención no hace ninguna anotación en relación con la capacidad específica para tomar decisiones sobre sus derechos sexuales y reproductivos, así como frente a sus derechos de conformar una familia y decidir el número y espaciamiento de los hijos. Sin embargo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha rechazado las medidas que restringen no solo el matrimonio sino el derecho a fundar un

hogar y una familia, así como los derechos sexuales y reproductivos.

[95] Artículo 23.1. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[96] Artículo 23.2, 23.3 y 23.4. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[97] Artículo 23.1, literal c). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[98] Artículo 4. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[99] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General No. 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, E/c-12/GC/22, 4 de marzo de 2016.

[100] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General No. 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, E/c-12/GC/22, 4 de marzo de 2016, párr. 24.

[101] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General No. 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, E/c-12/GC/22, 4 de marzo de 2016, párr. 24.

[102] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General No. 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, E/c-12/GC/22, 4 de marzo de 2016, párr. 49.

[103] Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia C-933 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería. En estos fallos, la Corte Constitucional expresó: “el tema del consentimiento informado se encuentra íntimamente relacionado con el tema del derecho a la información, pues el derecho a ser informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna sobre todos los aspectos que encierra la ablación de órganos, en el caso que nos ocupa post-mortem, es un requisito necesario para garantizar que la persona en vida o los familiares de ésta luego de su muerte, cuando no existe manifestación de voluntad expresa al respecto por parte de aquélla, puedan otorgar un consentimiento

libre u oponerse a la extracción de los órganos del cadáver del ser querido”.

[104] Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Esta última decisión reconoce el carácter de principio constitucional autónomo del consentimiento informado, a diferencia de las anteriores sentencias sobre el tema que aclaran expresamente que se trata de un principio adscrito al de autonomía: “La información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio. No se trata de una norma que sólo puede ser cumplida o no, sino más bien de un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. La fuerza normativa de este principio se logra por intermedio de la ponderación y adecuación con otros principios y reglas que entran en pugna al momento de resolver el caso concreto. El elemento fáctico es fundamental para determinar el alcance de la norma depositaria del principio”. El carácter de principio fue reiterado también en Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[105] Sentencia C-313 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia T-497 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-574 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Acerca del modo en que estos postulados constitucionales fundamentan el reconocimiento del consentimiento informado, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “En efecto, si uno de los contenidos protegidos por el derecho a la dignidad humana es “la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y determinarse según sus características (vivir como quiera),” que corresponde a su vez con el ámbito protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, resulta lógico que, en lo que toca con los tratamientos médicos, el paciente tenga la facultad de asumirlos o declinarlos de acuerdo con ese modelo de vida que ha construido de acuerdo a sus propias convicciones. Específicamente ha determinado esta Corporación que “del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud”. De allí que la Corte haya insistido en que “nadie puede disponer sobre otro” ya que “si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud (...)”. En otras palabras, en el campo de la práctica médica, “toda persona es autónoma y libre para elegir y decidir

cuál opción seguir, entre las diversas alternativas que se le presentan con relación a aquellos asuntos que le interesan. De acuerdo con esto, la Constitución reconoce que dentro de los límites que ella misma traza, existen diferentes concepciones de bien y de mundo, igualmente válidas, desde las cuales toda persona puede construir legítimamente un proyecto de vida". En similar sentido, esta Corporación ha indicado que la autonomía del paciente en materia médica es desarrollo del principio de pluralismo reconocido en los artículos 1 y 7 de la Constitución ya que este "implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico". Así mismo, impedir a una paciente decidir si se somete o se rehúsa a un tratamiento médico atenta contra otro de los contenidos protegidos por el derecho a la dignidad humana cual es la "intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)," el cual se relaciona de forma innegable con el derecho a la integridad personal. En este sentido, ha manifestado la Corte que "si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso (...) el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito". Finalmente, según la Observación General número 14 acerca del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud incluye el derecho de las personas a controlar su salud y su cuerpo y a no ser sometidas a tratamientos y experimentos médicos no consensuales". Igualmente, con respecto al pluralismo, cabe resaltar lo dicho por la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-933 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería, fallo en el cual se discutía el consentimiento informado en relación con la donación de órganos: "en estrecha conexión con el tema del consentimiento, la donación de órganos cadavéricos genera diversos problemas ético-jurídicos relacionados con el pluralismo de las sociedades modernas y las diversas concepciones ideológicas, filosóficas o religiosas que originan una particular visión respecto de este tema de acuerdo con la cosmovisión que se tenga, a partir de la cual se puede aprobar o desaprobar la donación de órganos".

[106] La Corte Constitucional se ha referido a la exigencia del consentimiento informado en diversos ámbitos, entre ellos la prestación del servicio militar (T-113 de 2009 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez), la autorización para el uso de la propia imagen (T-634 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa), y la autorización de los padres para dar a un menor en

adopción (T-510 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). En estos casos, se protegió la garantía del consentimiento informado mediante el amparo de los derechos fundamentales a la autonomía, a la propia imagen y a tener una familia y no ser separado de ella, respectivamente.

[107] Sentencia C-574 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “En cuanto al “consentimiento informado” la Corte Constitucional ha establecido una extensa línea jurisprudencial sobre la definición y las características del consentimiento informado, cuando se refiere a tratamientos que tienen que ver con la salud del paciente”.

[108] Sentencia T-216 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[109] Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Al respecto, la providencia estableció: “Finalmente, incluso si la autonomía y la dignidad no tuvieran el rango constitucional tan elevado que ocupan, de todos modos el inevitable pluralismo ético de las sociedades modernas, que la Carta reconoce y estimula (CP art. 7), obliga, por elementales razones de prudencia, a obtener el consentimiento de la persona para todo tratamiento. En efecto, el pluralismo implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico. Así, un médico puede considerar que frente a un determinado cáncer una quimioterapia muy intensa es la opción más recomendable por cuanto aumenta la probabilidad de supervivencia, pero el paciente puede juzgar que es más apropiado otro tratamiento, que es menos agresivo para su cuerpo, aun cuando se reduzca su posibilidad de vivir más años. Resulta inútil intentar establecer quien tiene razón sobre cuál de los dos medios terapéuticos es más benéfico, pues médico y paciente parten de una valoración distinta de dos de las dimensiones implícitas en una intervención médica para proteger la salud, la cual incluye tanto el rechazo de la agresión física como el aumento de la supervivencia en el largo plazo. En tales condiciones, omitir el consentimiento informado sería permitir que la concepción de bienestar y salud del médico se imponga a aquella del paciente, en detrimento de los propios intereses de este último y de la protección constitucional al pluralismo”.

[110] Sentencia T-216 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que la protección constitucional del derecho a la salud implica, entre otras cosas, garantizar el derecho del/ de la paciente a obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece y abarca, en tal sentido, la necesidad de asegurar un consentimiento informado del/de la paciente así como su derecho a que – una vez determinadas las alternativas existentes para su curación, tratamiento paliativo o mitigación del dolor y explicados los riesgos que con tales alternativas se ligan -, pueda optar de modo libre y autónomo porque se le practique o no el tratamiento prescrito”.

[111] Sentencia T-866 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería.

[112] Sentencia T-216 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-294 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[113] El derecho fundamental a la integridad personal ha sido amparado por la Corte Constitucional en casos en los cuales no existió un adecuado consentimiento informado (Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño); Igualmente, en otras decisiones la Corte ha reconocido el consentimiento informado como expresión del derecho a la integridad personal, tanto expresamente (véase Sentencia T-497 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-574 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) como implícitamente (véase: Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero). Frente a este último supuesto la Corte sostuvo: “Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso. Por ello, el derecho constitucional contemporáneo ha hecho suya la vieja idea del derecho civil continental, así como del Common Law, según la cual el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito”. (Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.) Cabe anotar igualmente que la Corte ha reconocido el derecho a la integridad personal (física y moral) como uno de los lineamientos normativos que se desprenden de la dignidad humana (Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

[114] Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[115] Sentencia T-216 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-1229 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería; Sentencia T-762 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería; Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[116] Sentencia T-452 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-294 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[117] Sentencia C-574 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-586 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[118] Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-796 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-497 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-560 A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado [por ejemplo] gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento”.

[119] Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “Esto implica (...) que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica”.

[121] Sentencia C-574 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-762 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[122] Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Véase también: Sentencia C-491 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-653 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia C-239 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-493 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[123] Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Véase también: Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-412 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-234 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-216 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[124] Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Véase también: Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-412 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-234 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-216 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En contra: Sentencia T-925 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[125] Este principio postula que es deber de los profesionales de la salud “contribuir positivamente al bienestar del paciente (principio de benevolencia), o al menos abstenerse de causarle cualquier daño físico o síquico (principio de no maleficiencia o *primum (sic) non nocere*)” (Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero); Véase: Sentencia T-450A de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo; Sentencia T-216 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Artículo 1º de la Ley 23 de 1981.

[126] Sentencia T-653 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-216 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-597 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[127] Cabe resaltar que esta Corporación a menudo ha resuelto la tensión entre los principios de beneficencia y autonomía, en favor de este último derecho. Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[128] Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[129] Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-823 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[130] Esta Corporación ha identificado posibles eventos en los que, podría imponerse la realización del procedimiento aún contra la voluntad del paciente. Esto ocurriría, por ejemplo, en la imposición obligatoria de ciertas vacunas “que protegen contra enfermedades muy contagiosas” así como en la obligación de acatar ciertas medidas sanitarias, “como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia”. (Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.)

[131] Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-921 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-560A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-474 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz; Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-411 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sobre el particular se profundizará en la sección siguiente, al hacer referencia a la regulación constitucional del consentimiento sustituto.

[132] Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

[133] Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-452 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-560A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[134] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[135] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[136] Estas categorías fueron recogidas por primera vez en la sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, regla que a su vez ha sido reiterada por las sentencias T-1031 de 2004 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-063 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Las primeras tres variables también han sido reconocidas en varias providencias: Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-560A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-1052 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[137] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. A mayor carácter invasivo del tratamiento, el paciente debe disponer de un mayor nivel de información.

[138] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. A mayores dudas sobre la aceptación clínica del procedimiento, el paciente debe disponer de un mayor nivel de información. Igualmente, la cualificación de este consentimiento informado implica que “cuando existan dudas acerca de la aceptación clínica de un procedimiento o tratamiento, debe efectuarse una junta médica con la participación de un epidemiólogo clínico, quien debe informar al paciente acerca de las características del mismo”.

[139] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil: “[C]uando existan condiciones que dificulten la realización de un procedimiento, o que disminuyan significativamente las probabilidades de éxito, el médico debe informar al paciente de dicha circunstancia”.

[140] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil: “Cuando la demora en la realización de un procedimiento ponga en riesgo la salud o la vida, el médico debe sopesar este factor y, si es del caso, entrar a protegerlos, aun sin el consentimiento expreso del paciente”.

[141] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. A mayor grado de posible riesgo o afectación de sus derechos o intereses, el paciente debe disponer de un mayor nivel de información.

[142] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. A mayor grado de posible riesgo o afectación de derechos de terceros, menor es el nivel de información del que el paciente debe disponer; Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño Incluso, sería posible obviar la autorización del paciente en este tipo de casos si las particularidades del caso lo justifican.

[143] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil “Cuando existan otros tratamientos o procedimientos que produzcan resultados similares o comparables, el médico debe

informar de esta situación al paciente, si observa que hacerlo redundaría en interés del paciente”.

[144] La jurisprudencia constitucional ha entendido esta última variable en dos sentidos. Por una parte, en aquellos casos en los cuales el exceso de información es perjudicial para el paciente, en principio el médico puede restringir o limitar el nivel de información que le suministra. No obstante, la Corte Constitucional ha establecido que son eventos altamente excepcionales, que deben ser valorados en cada situación concreta por el médico. Así, en la Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero dijo que los “riesgos de daño al paciente o de afectación de su autonomía deben ser evidentes o muy probables, para que se justifique la retención de información por el médico”. Por otro lado, la Corporación también ha interpretado que esta variable cubre igualmente a los sujetos que no tienen la capacidad de comprender plenamente los efectos de la intervención médica y, por tanto, terceras personas pueden sustituir su consentimiento válidamente. (Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

[145] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[146] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. La Corte expresó al respecto en la citada decisión: “Y, como es natural, si el consentimiento debe ser cualificado en ciertos eventos, entonces, en tales casos, la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara, lo cual muestra que la autonomía de la persona para autorizar o no un tratamiento médico no es un concepto absoluto sino que depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria”.

[147] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[148] La Corte Constitucional ha precisado que el consentimiento informado debe tomarse por escrito en aquellos tratamientos altamente invasivos o riesgosos o que impliquen un escaso beneficio para el paciente. (Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.) Así, la exigencia de esta formalidad se presentará “en aquellos casos en que el riesgo del tratamiento dadas las condiciones clínico patológicas del paciente lo exija. Por esta razón, una simple intervención odontológica o la toma de unos puntos para cerrar una herida, no requieren la cualificación del consentimiento, a diferencia de una operación invasiva como la asignación de sexo o injustificada como lo son generalmente las cirugías

estéticas”. (Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

[149] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En casos de reasignación de sexo, la Corte ha exigido reiteradamente que la manifestación de voluntad “no solo [sea] expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido” (Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero). El consentimiento escrito puede además instrumentalizarse a través de formularios especiales. (Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.)

[150] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Respecto de la condición de persistente del consentimiento informado se presentan dos posiciones. Una de ellas, implica que el consentimiento informado debe otorgarse en ocasiones diversas y distantes del período de duelo mientras que la otra postura indica que este consentimiento “debe perdurar durante toda la prolongación del tratamiento clínico y postoperatorio”. (Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-1052 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. La exigencia de un consentimiento cualificado, derivado de una información formalmente suministrada y sopesada, y mantenido persistentemente durante cierto tiempo ha sido requerido reiteradamente por esta Corporación (Sentencia T-412 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, reiterada en: T-865 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis). El consentimiento persistente se señala usualmente como condición de validez del consentimiento sustituto, especialmente en los casos de reasignación de sexo. (véase: Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-912 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño) En estas situaciones, se exige “al personal médico haber interrogado a los padres en ocasiones diversas y distantes del periodo de duelo (etapa inmediatamente subsiguiente al conocimiento del problema de ambigüedad), para que de esta forma se extraiga la genuina y reiterada convicción del interés en practicar el procedimiento al menor” (Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[151] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II Doc.61, 22 de noviembre de 2011, Párr 44.

[152] Anand Grover, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más

alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental a la Asamblea General de Naciones Unidas, A/64/272, 10 de agosto de 2009, Párr 9: “9. El consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención médica, sino una decisión voluntaria y suficientemente informada que protege el derecho del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas y atribuye a los proveedores de servicios de salud deberes y obligaciones conexos. Sus justificaciones normativas éticas y jurídicas dimanar del hecho de que promueve la autonomía, la libre determinación, la integridad física y el bienestar del paciente”.

[153] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II Doc.61, 22 de noviembre de 2011, párr.45.

[154] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II Doc.61, 22 de noviembre de 2011, paras. 61-67.

[155] Anand Grover, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental a la Asamblea General de Naciones Unidas, A/64/272, 10 de agosto de 2009, paras 25-26.

[156] Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, Reunión de Junta Directiva, La esterilización anticonceptiva de la mujer, junio de 2011: “11. Al igual que para todos los procedimientos médicos que no sean emergencias, es necesario informar adecuadamente a las mujeres de los riesgos y beneficios de cualquier procedimiento que se proponga y de las alternativas. Hay que explicar que la esterilización debe considerarse un procedimiento permanente e irreversible que impide el futuro embarazo, y que existen otros tratamientos alternativos no permanentes. Es necesario también recalcar que la esterilización no ofrece protección de las infecciones de transmisión sexual. Hay que aconsejar a la mujer y ofrecerle pruebas de seguimiento y atención sanitaria después de cualquier intervención.

12 Es necesario proporcionar toda la información en un lenguaje, tanto oral como escrito, que las mujeres comprendan, y en formatos accesibles, como por ejemplo la lengua de

signos, el Braille, y un lenguaje sencillo y sin tecnicismos que sea apropiado para las necesidades de la mujer. El facultativo que realice la esterilización tiene la obligación de garantizar que la paciente ha recibido la orientación necesaria al respecto de los riesgos y beneficios del procedimiento y las alternativas”.

[157] Naciones Unidas, Informe sobre la Cuarta Conferencia sobre la Mujer, Beijing 4-15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20, párr. 89.

[158] María Mamerita Mestanza vs Perú: Informe Nº 71/03. Petición 12.191. 10 de octubre de 2003; I.V vs Bolivia: Informe Nº40/08. Petición 270-07. 23 de julio de 2008; F.S v Chile: Informe No. 52/14, Petición 112-09. 21 de julio de 2014.

[159] Hasta el momento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha conocido tres casos de esterilización forzada. El primero de ellos, fue el caso de María Mamerita Mestanza vs Perú, en el cual se llegó a una solución amistosa entre las partes el 26 de agosto de 2003. Dentro de dicho acuerdo, se estableció entre otras cosas que, el Estado peruano era internacionalmente responsable por la violación de la obligación de respetar los derechos a la vida (artículo 4), a la integridad personal (artículo 5) y a la igualdad (artículo 24) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del deber del Estado de prevenir la violencia en contra de la mujer (artículo 7) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Belem Do Para”), en agravio de María Mamerita Mestanza Chávez. Asimismo, se comprometió a adoptar medidas de reparación material y moral por el daño sufrido e impulsar una exhaustiva investigación, tendiente a la sanción de los responsables, así como a adoptar medidas de prevención para evitar que se repitan hechos similares en el futuro.

El segundo caso, que fue admitido por la CIDH pero aún no hay un informe de fondo público, es el de I.V. contra Bolivia. En dicho caso, la actora fue atendida en un hospital público y sometida a una ligadura de trompas sin su consentimiento, bajo el argumento de que había un alto riesgo para su vida y la de su hijo.

En relación con ello, la Comisión admitió la petición por la posible violación de los derechos a la integridad personal (artículo 5.1), a la protección de la honra y de la dignidad (artículo 11.2), a la libertad de pensamiento y expresión (artículo 13), a la protección a la familia

(artículo 17), a las garantías judiciales (artículo 8.1) y a la protección judicial (artículo 25), todos ellos en relación con la obligación de los Estados a respetar los Derechos (artículo 1.1) de la Convención. Además, consideró que se podría causar una vulneración al deber de los Estados de eliminar la violencia en contra de la mujer de acuerdo con el artículo 7º de la Convención de Belém do Pará.

[160] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, V.C vs Eslovaquia, Nº de referencia-18968/07, 8 de noviembre de 2011.

[161] El Tribunal consideró que se vulneró la prohibición de la tortura (artículo 3º) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que la esterilización no puede ser considerada en principio como un procedimiento para salvar vidas, de manera que al no existir una emergencia médica, relacionada con el riesgo inminente a la vida o a la salud de la demandante, y puesto que era una paciente sin algún tipo de discapacidad mental, era indispensable que otorgara su consentimiento para que le fuera practicada la esterilización, aun suponiendo que se trataba de una “necesidad” desde el punto de vista médico.

[162] En este sentido, el Tribunal determinó que i) las condiciones médicas en las que se encontraba la actora, dificultaban la comprensión del procedimiento que se debía practicar, de modo que su voluntad también se encontraba influenciada por las circunstancias de dolor y sufrimiento que se encontraba padeciendo; (ii) el proceso de esterilización, incluyendo la forma en que se le preguntó a la actora que si quería realizarlo, despertó en ella sentimientos de miedo, angustia, inferioridad y un eterno sufrimiento, al punto de que su divorcio se generó por la imposibilidad de tener hijos; (iii) frente a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8º), indicó que el Estado no tomó las medidas necesarias para garantizar el embarazo de la paciente, y más aún, cuando ésta es de origen gitano. Para el Tribunal, los efectos de la esterilización se maximizan cuando recae sobre ciertos grupos étnicos que se encuentran en una condición de vulnerabilidad, como lo son los gitanos; y (iv) se vulneró el derecho a contraer matrimonio y tener una familia (artículo 12) ya que el Estado no puede imponer un restricciones y limitaciones a las libertades del matrimonio y la familia, al punto de amenazar su ejercicio. Para el Tribunal, la esterilización es un límite y restricción al ejercicio de estos derechos.

[163] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, I.G. y Otros vs Eslovaquia, Nº de referencia

15966/04, Noviembre 13 de 2012.

[164] El Tribunal recoge varias de las consideraciones y reglas establecidas en la sentencia VC contra Eslovaquia, al estimar que las situaciones de hecho son muy parecidas al presente caso. Dentro del análisis de estos casos, también se estudió la vulneración de los artículos 3º, 8º y 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Al abordar el análisis del artículo 3º, el Tribunal sostiene que realizar una esterilización sin que la mujer hubiera dado su consentimiento, irrespeto los derechos a la dignidad y a la libertad. Asimismo, sostuvo que hay una vulneración a dicho artículo en dos de los casos, pues se considera que se configura un trato denigrante cuando se humilla a la persona, no se tiene respeto hacia ella, se disminuye su dignidad humana, o se despierta sentimientos de miedo, angustia o inferioridad. El trato no necesariamente se debe hacer en público, pues basta que se haga “ante los ojos de la persona”. Para que este tipo de tratos se configure, es necesario que éste alcance un nivel mínimo de gravedad. La evaluación es relativa, pues depende de todas las circunstancias del caso, tales como: duración del tratamiento, sus efectos físico o mentales, y en algunos casos el sexo, la edad o el estado de salud del paciente.

Por otro lado, refiere que también se vulneró el artículo 8º, ya que además de llevarse a cabo la esterilización sin el lleno de los requisitos legales, se practicó en personas que hacen parte de grupos étnicos gitanos, los cuales se encuentran desprotegidos por las medidas legislativas que ha adoptado Eslovaquia en materia de salud particularmente. De esta manera, señala que es indispensable que dicho país, implemente decisiones que conlleven a eliminar la discriminación en contra de dicha población.

[165] Comité de la CEDAW, A-S. v Hungría, Comunicación No. 4/2004, CEDAW/C/36/D/4/2004.

[166] Comité de la CEDAW, A-S. v Hungría, Comunicación No. 4/2004, CEDAW/C/36/D/4/2004: “[E]l Comité toma nota de la descripción del estado de salud de la autora a su llegada al hospital y observa que cualquier asesoramiento que haya recibido debe habersele proporcionado en condiciones estresantes y totalmente inapropiadas. Habida cuenta de estos factores, el Comité considera que el Estado Parte, por conducto del personal del hospital, no proporcionó la información ni el asesoramiento apropiados sobre

planificación de la familia, lo que constituye una violación de los derechos de la autora previstos en el apartado h) del artículo 10 de la Convención” (...) “El Comité considera que no es posible que en ese tiempo [17 minutos] el personal del hospital asesorara e informara a la autora sobre la esterilización, las alternativas, sus riesgos y sus ventajas de manera que ella pudiera tomar en forma ponderada y voluntaria la decisión de ser esterilizada. El Comité toma nota también del hecho no refutado de que la autora preguntara al médico cuándo podría volver a quedarse embarazada, lo cual indica claramente que desconocía las consecuencias de la esterilización”.

[167] Comité de la CEDAW, A-S. v Hungría, Comunicación No. 4/2004, CEDAW/C/36/D/4/2004. Parte del fundamento de la decisión se basó la Recomendación General No. 19 del Comité, que establece, entre otras cosas, que “la esterilización... obligatori[a] influy[e] adversamente en la salud física y mental de la mujer y viola su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos”. El Comité indicó: “La autora fue sometida a esterilización quirúrgica sin su consentimiento pleno e informado y debe considerarse que fue privada de manera permanente de su capacidad natural de procrear. Por consiguiente, el Comité considera que se han violado los derechos de la autora amparados por el apartado e) del párrafo 1 del artículo 16”.

[168] Juan E. Méndez, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de Naciones Unidas, Informe especial al Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, A/HRC/22/53, febrero 2013, para 48: “48. Algunas mujeres pueden sufrir múltiples formas de discriminación a causa de su sexo u otros motivos relacionados con su condición o identidad. Un problema cada vez más generalizado es la esterilización involuntaria de mujeres de minorías étnicas y raciales, mujeres de comunidades marginadas y mujeres con discapacidad a causa de la noción discriminatoria según la cual no son “aptas” para tener hijos. La esterilización forzada es un acto de violencia, una forma de control social y una violación del derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El titular del mandato ha afirmado que “los abortos y las esterilizaciones forzadas practicadas por funcionarios del Estado siguiendo leyes o políticas coercitivas de planificación de la familia pueden constituir tortura”.

[169] Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En el caso de los menores de

edad, la Corte abordó con profundidad la materia en la Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[170] Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Respecto del consentimiento sustituto, véase también la Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta providencia la Corte afirmó: “Como es obvio, la incompetencia temporal o permanente de un enfermo para decidir sobre una intervención médica no puede significar que en tales eventos los tratamientos no son posibles, por ausencia de autorización del afectado, por cuanto se estarían desprotegiendo totalmente la vida y la salud de esos individuos. Esta solución sería contraria a la Carta, pues es deber del Estado proteger la vida y la salud de las personas (CP arts. 2 y 46). Es pues lógico concluir que en tales casos adquiere una cierta prevalencia el principio de beneficencia, por lo cual el ordenamiento jurídico establece que otras personas -en general sus tutores o familiares- tienen el derecho y el deber de tomar las determinaciones necesarias para proteger la vida y la salud de quienes carecen de la autonomía necesaria para aceptar o rechazar un tratamiento. La Carta autoriza entonces que otras personas ejerzan un “consentimiento sustituto” en beneficio de aquellos pacientes que no pueden directamente decidir”.

[171] Anand Grover, Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental a la Asamblea General de Naciones Unidas, A/64/272, 10 de agosto de 2009, Párr. 10.

[172] La jurisprudencia constitucional ha definido varios estándares para establecer si la persona cuenta con la capacidad suficiente para otorgar su consentimiento de manera autónoma: (i) en la Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz la Corte Constitucional rechazó la afirmación según la cual cualquier patología mental anula el consentimiento para autorizar un tratamiento médico. En cambio, afirmó que la incapacidad para consentir del paciente implica “la imposibilidad de manifestar su voluntad de manera coherente y precisa”. En este sentido, requirió que se tratara de un “trastorno mental” protuberante, que condujera a una obnubilación mental de tal envergadura que alterara las facultades mentales o la capacidad de comprensión de quien se pretende someter al tratamiento médico. Por ende, cuando el paciente cuenta con la capacidad “para decidir la suerte de su propio cuerpo y para asumir las consecuencias que su decisión acarree en su

estado de salud,” será titular de la decisión informada de autorizar el tratamiento. En consecuencia, aun cuando exista una “patología mental” o un “trastorno del comportamiento”, el médico “no puede desconocer la libertad del paciente para asumir el tratamiento contraindicado (...) siempre que la patología no afecte su autonomía”; igualmente, en la (ii) sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte estableció que, para otorgar un consentimiento informado, el sujeto debe tener “la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses”. (reiterado en Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero). En este mismo fallo, la Corporación requiere que exista capacidad plena cuando lo que se decide es una intervención clínica de gran trascendencia (reasignación de sexo); (iii) Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. La Corte Constitucional parte de una noción de autonomía según la cual esta consiste en la “suficiente autodeterminación [del paciente] para comprender su situación y decidir conforme a ese entendimiento”, además de ser la capacidad “para comprender de manera objetiva y crítica su situación y su dolencia, y decidir de manera verdaderamente libre y auténtica, esto es, coherente con sus valores, si acepta o rechaza el tratamiento”. En esta providencia se parte de una interrelación entre el grado de autonomía que el paciente requiere para tomar una decisión sanitaria y la naturaleza de la intervención médica, aspecto este último que implica una exigencia de consentimiento más o menos cualificado; (iv) Sentencia T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero: En esta providencia se retoman varios elementos de la sentencia SU-337 de 1999. Así, se parte de la premisa según la cual “un consentimiento médico válido supone que quien decide debe tener la oportunidad de conocer todos los datos que sean relevantes para comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento”; (v) Sentencia T-1052 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil: La Corporación en este fallo sostuvo que la autonomía requerida para expresar la voluntad informada de recibir tratamiento médico implica la capacidad de “entender, comprender y juzgar el procedimiento clínico”; igualmente, la (vi) Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil definió como estándar para que el consentimiento proferido por la persona fuera válida, “la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento”. Este criterio presenta dos implicaciones. Por una parte, “[c]uando existan circunstancias subjetivas del paciente que afecten su capacidad de comprensión, el médico

debe velar por que éste tenga la mayor comprensión posible acerca de sus repercusiones, sin afectar otros intereses que puedan estar en juego. Esto último supone que, si bien en la mayoría de los casos resulta conveniente que el paciente conozca las consecuencias de cada opción, en otros, cierta información puede terminar alterando su juicio, impidiéndole tomar una decisión autónoma. Por lo tanto, es responsabilidad del médico juzgar cuál es el nivel adecuado de información que debe suministrar al paciente, a partir de una evaluación de su situación particular”. Por otro lado, se refiere a la “capacidad de comprender plenamente los efectos directos e indirectos que tienen las diversas opciones médicas” cuando se trata de menores de edad o personas con discapacidad; (vi) Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta providencia, la Corte indicó que, para autorizar la intervención sobre su propio cuerpo, el sujeto debe tener la “capacidad para reconocer la importancia y seriedad de su decisión, así como también [la] claridad sobre el racionamiento (sic) que debió hacer para dar su aceptación”. Por ello, encontró justificado el consentimiento sustituto sobre los menores de edad y las personas con discapacidad mental dado que no están en capacidad para decidir de manera autónoma sobre la protección de sus derechos a la vida y a la integridad.

[173] Reiterada por las sentencias T-1019 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

[174] Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este fallo, la Corte Constitucional expresó: “Existen por lo menos tres situaciones claras en las cuales no se cuenta con dicho consentimiento: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad”. Esta regla fue reiterada en: Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[175] Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta decisión la Corte Constitucional distingue entre una “intervención ordinaria, que no conlleva una mayor perturbación en el curso ordinario de las actividades del enfermo, y una intervención extraordinaria, que trae consigo una intromisión determinante en la vida del paciente”. A su vez, diferencia entre la posibilidad de otorgar el consentimiento frente a cada tipo de intervención. En este sentido, se consideran cuatro hipótesis, a saber: (i) intervención ordinaria con capacidad de consentir, (ii) intervención extraordinaria con capacidad de

consentir, (iii) intervención ordinaria sin capacidad de consentir y (iv), intervención extraordinaria sin capacidad de consentir. En los supuestos (iii) y (iv) debe predominar el consentimiento de los familiares. Al respecto, se sostuvo en el citado fallo: “En los dos casos restantes – caracterizados por la incapacidad para manifestar el consentimiento –, la doctrina internacional ha considerado que el médico debe acudir a los parientes del paciente antes de adelantar su tratamiento. Si bien esto es especialmente claro en el caso de intervenciones extraordinarias, tratándose de las ordinarias parece también recomendable el mismo recurso, teniendo en cuenta el hecho de que ningún consentimiento implícito puede ser deducido del silencio del paciente”; Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero. “en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses... si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses”.

[176] Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Las primeras menciones del consentimiento sustituto se realizan en la sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) “La Carta autoriza entonces que otras personas ejerzan un “consentimiento sustituto” en beneficio de aquellos pacientes que no pueden directamente decidir”. Pese a que no se especifica a qué tipo de sujetos se aplica este consentimiento (además de los niños), es posible afirmar que se aborda de manera conjunta bajo la categoría de consentimiento sustituto el de los menores de edad y los “demás incapaces”. Ver: Sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero. Nota al pie de página 70.) Allí se plantea la existencia en la doctrina de un “debate ético contemporáneo del consentimiento sustituto en menores y otros incapaces”.

[177] Así, en la sentencia T-411 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte aceptó la agencia oficiosa ejercida por el médico tratante de una menor de diez meses de edad, y protegió sus derechos a la vida y a la salud, en contra de la decisión de sus padres, quienes se negaban a hospitalizarla, alegando que su credo religioso se los impedía. En dicha oportunidad, la Corte, si bien aceptó la legitimidad de la patria potestad, estableció que dicha figura tiene como límite permitir el desarrollo futuro de la vida del menor, como

condición previa y necesaria para el ejercicio de sus demás derechos. En similar sentido, la sentencia SU-377 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) consideró que “tampoco podría un padre, invocando sus convicciones religiosas, rechazar para su hijo de pocos meses un tratamiento que resulta indispensable para proteger su vida, por cuanto se estaría sacrificando al menor en función de la libertad religiosa del padre, lo cual es contrario al deber del Estado de proteger de manera preferente la vida, la salud y la dignidad de los niños”.

[178] Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero: “en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional”.

[179] La Corte Constitucional ha establecido “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas”. Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia SU-642 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[180] Véase, entre otras: Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-248 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia T-492 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia T-740 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[181] En la sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero la Corte establece tres criterios para ponderar la posible afectación a la autonomía del menor: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente. Estos criterios fueron retomados por la sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En dicha providencia, la Corte Constitucional analizó in extenso los posibles problemas constitucionales que se originaban en el consentimiento

informado para realizar modificaciones a los estados intersexuales o de ambigüedad genital en menores de edad. Tomando en cuenta los referidos criterios, la Sala Plena concluyó que “en niños menores de cinco años, el permiso paterno era legítimo, pero siempre y cuando se tratara de un “consentimiento cualificado y persistente” (Sentencia T-551

de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero). En contraste, cuando se trataba de niños mayores de esa edad, no es constitucionalmente admisible el consentimiento paterno sustituto para la remodelación de los genitales ya que los menores ya habían superado el umbral crítico de identificación de género y adquirido plena conciencia de su cuerpo, además de los elevados riesgos y escasa utilidad de practicar esa cirugía sin que el propio paciente pudiera autorizarla. (Véase: para una síntesis de los argumentos presentados por la Sentencia SU-337 de 1999. (M.P. Alejandro Martínez Caballero) ver: Sentencia T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[182] Estos criterios fueron formulados en la sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y fueron reiterados por las sentencias SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; sentencia T-692 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sin embargo, en la sentencia T-1052 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil se identificaron cuatro criterios que incidían en la posibilidad de permitir la prevalencia de la decisión autónoma de los menores de edad, a saber: “(i) la urgencia del tratamiento; (ii) el grado de afectación de la autonomía actual y futura del menor, (iii) el alcance ordinario o invasivo de la práctica médica; y, por supuesto, (iv) la edad del niño”. Pese a ello, este fallo estimó que las variables que intervenían en la decisión eran tres: (i) la necesidad y/o urgencia del tratamiento; (ii) el impacto y/o riesgo del mismo; y (iii) la edad y/o madurez del menor.

Debe anotarse en este punto que ninguno de estos configura un criterio puramente objetivo pues no siempre es “evidente distinguir entre intervenciones ordinarias y tratamientos invasivos, pues esta calificación no depende únicamente de la naturaleza objetiva de la terapia sino también de los valores subjetivos del paciente”. Tampoco existe consenso acerca de la urgencia o necesidad de los tratamientos, aún en la ciencia médica. Igualmente, la edad del paciente “no es un elemento que debe ser absolutizado”, aunque sirve de indicador sobre la madurez intelectual del menor, ya que este criterio ha sido reemplazado por el de la capacidad evolutiva de los menores.

[183] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero: “Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, realizados en infantes de poca edad y de evidentes beneficios médicos para su salud. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. Se respeta entonces la autonomía con base en lo que algunos autores denominan un “consentimiento orientado hacia el futuro”, esto es, la decisión se funda en aquello que los hijos verán con beneplácito al ser plenamente autónomos, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito.

En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por meras razones estéticas. En este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. La decisión paterna deja entonces de tener sentido para proteger los intereses del menor y se convierte en la imposición coactiva a los individuos de un modelo estético contrario al que éste profesa, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico”. Por consiguiente, a mayor impacto benéfico en la salud del paciente menor edad y menor impacto para su autonomía, se justifica en mayor medida la intervención de terceras personas en las decisiones sobre las intervenciones sanitarias de los menores de edad. En contraste, a menor impacto benéfico, mayor edad y mayor impacto para su autonomía, la conclusión será justamente la contraria.

[184] Ley 1098 de 2006. Artículo 14. “La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los

niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

[185] La denominada regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares se estableció a partir de la sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. De conformidad con la misma, “el papel prima facie preponderante de los padres en la formación de sus hijos, así como la importancia de la intimidad familiar en el desarrollo del pluralismo, incluso en el campo médico, permiten agregar una especie de elemento de cierre, en los casos controvertidos, la cual equivale a una especie de in dubio pro familia, y puede ser formulada así: si el juez tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares, por lo cual los desplazamientos de los padres por autoridades estatales deben ser minimizados”. Sentencia SU-377 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Por consiguiente, “si el médico o el juez en un determinado caso, tienen dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser siempre resueltas a favor del respeto a la privacidad personal o familiar (in dubio pro familia)” (Sentencia T-1052 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.) (véase también: Sentencia T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-692 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[186] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-248 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-560^a de 2012 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-063 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia T-740 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[187] Sentencia C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

[188] Sentencia T-740 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[189] Sentencia T-740 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[190] Sentencia T-740 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[191] Sentencia C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

[192] Montoya Osorio, Martha Elena. Las personas en el derecho civil. Editorial: Leyer (2010). Bogotá.

[193] Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio. Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

[194] Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio. Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

[195] La incapacidad legal resulta del proceso de interdicción, que en el caso de los discapacitados mentales se da para las situaciones de discapacidad absoluta. El proceso de interdicción es un proceso de jurisdicción voluntaria, toda vez que éste no busca resolver un litigio, ni controvertir un derecho, sino que se declare la interdicción de una persona. Esta declaratoria, tiene por finalidad el restablecimiento de los derechos del sujeto en condición de discapacidad, y por ende, cualquier persona puede solicitarlo. Según el artículo 586, estos procesos deben acompañarse de un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo, sobre el estado del presunto interdicto, que establezca las características del paciente, el diagnóstico de la enfermedad y con las consecuencias de la capacidad del paciente para administrar sus bienes, y el tratamiento del mismo.

En los términos del artículo 28 de la Ley 1306 de 2009, “[e]n todo proceso de interdicción definitiva se contará con un dictamen completo y técnico sobre la persona con discapacidad mental absoluta realizado por un equipo interdisciplinario compuesto del modo que lo establece el inciso 2o del artículo 16 de esta ley. En dicho dictamen se precisarán la naturaleza de la enfermedad, su posible etiología y evolución, las recomendaciones de manejo y tratamiento y las condiciones de actuación o roles de desempeño del individuo”. Cuando se posesione el guardador, los bienes serán entregados al mismo conforme al inventario realizado, tal y como lo dispone el artículo 44 de la Ley 1306 de 2009. Aprobado el inventario, se suscribirá por el guardador y el juez; y una copia del mismo será depositada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para su conservación y la inscripción relativa a los bienes sujetos a registro.

En el curso del proceso se podrá decretar la interdicción provisional del discapacitado mental absoluto, teniendo como fundamento el certificado médico acompañado a la demanda. Los decretos de interdicción provisoria y definitiva deben ser inscritos en el

registro civil de nacimiento de la persona con discapacidad y deben ser notificados al público por aviso en un diario de amplia circulación nacional.

En la sentencia que declare la interdicción de una persona con discapacidad, el juez competente podrá decretar las medidas de protección personal necesarias y las terapéuticas que considere pertinentes.

[196] Gatti, Hugo, Personas. Tomo II, Montevideo, Acali Editorial.

[197] Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio. Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

[198] Ley 1306 de 2009. Artículo 26. “Patria potestad prorrogada: Los padres, el Defensor de Familia o el Ministerio Público deberán pedir la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, una vez éste haya llegado a la pubertad y, en todo caso, antes de la mayoría de edad. La interdicción no tiene otra consecuencia que mantener a este adolescente como incapaz absoluto y permitir que opere la prórroga legal de la patria potestad, al cumplimiento de la mayoría de edad.

El Juez impondrá a los padres de la persona con discapacidad mental absoluta las obligaciones y recomendaciones de cuidado personal que impondría a los curadores y, si lo considera conveniente o lo solicita el Defensor de Familia, exigirá la presentación de cuentas e informes anuales de que tratan los artículos 108 a 111 de esta Ley”.

[199] Ley 1306 de 2009. Artículo 6°. “La función de protección: la protección del sujeto con discapacidad mental corresponde y grava a toda la sociedad, pero se ejercerá de manera preferencial por:

a). Los padres y las personas designadas por éstos, por acto entre vivos o por causa de muerte.

b). El cónyuge o compañero o compañera permanente y los demás familiares en orden de proximidad, prefiriendo los ascendientes y colaterales mayores y los parientes consanguíneos a los civiles.

c). Las personas designadas por el juez.

d). El Estado por intermedio de [os funcionarios e instituciones legítimamente habilitadas.

Serán encargados de la custodia y protección de quienes están en discapacidad mental quienes garanticen la calidad e idoneidad de la gestión y, por ello, el orden aquí establecido podrá ser modificado por el juez de familia cuando convenga a los Intereses del afectado.

El encargado de la protección de la persona, sujeto con discapacidad mental deberá asegurar para éste un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda apropiados, ya la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”.

[200] Ley 1306 de 2009. Artículo 32. “La medida de inhabilitación: las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez comercial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio podrán ser inhabilitados para celebrar algunos negocios jurídicos, a petición de su cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y aún por el mismo afectado.

Los procesos de inhabilitación se adelantarán ante el Juez de Familia”.

Parágrafo: Para la inhabilitación será necesario el concepto de peritos designados por el Juez.

Para la determinación de los actos objeto de la inhabilitación se tomará en cuenta la valoración física y psicológica que realicen peritos.

Parágrafo: El Juez, atendiendo las fuerzas del patrimonio señalará una suma para sus gastos personales del inhabilitado y para su libre administración, sin exceder del cincuenta por ciento (50%) de los ingresos reales netos.

Artículo 35. Situación del inhabilitado: El inhabilitado conservará su libertad personal y se mirará como capaz para todos los actos jurídicos distintos de aquellos sobre los cuales recae la inhabilitación”.

[202] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido, la sentencia T-1052 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) afirmó: “Una de las principales tesis, en cuanto al consentimiento informado en la práctica de cirugías de asignación de sexo, apunta a establecer que dada la incapacidad reconocida por el legislador a los menores de edad, éstos no son hábiles para desarrollar su autonomía y, por ende, para aprobar o improbar este tipo de operaciones. Por lo cual, si para la validez de una manifestación de voluntad es indispensable la capacidad y el artículo 1504 del Código Civil establece que los menores de edad son incapaces (absolutos o relativos), entonces, no es necesario el consentimiento de dichos menores para proceder a la práctica de cirugías de asignación de sexo. De esta manera, si la ley prevé que en relación con los incapaces su voluntad se suple mediante el consentimiento de su representante legal, es a él a quien le corresponde expresarlo para la legitimar la realización de cualquier tratamiento hormonal o quirúrgico que requiera el estado patológico del menor. La presente teoría se encuentra reconocida en el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica), según el cual: “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.

Sin embargo, aun cuando esta tesis puede ser lógica y razonable para aquellas operaciones o tratamientos que por su propia naturaleza no tengan incidencia sobre la identidad personal o el libre desarrollo de la personalidad, no ocurre lo mismo con las prácticas médicas consideradas altamente invasivas, que por su estrecha vinculación con la definición de la propia personalidad del individuo, imponen necesariamente el consentimiento del paciente para su ejecución, v.gr., en las operaciones de asignación de sexo o remodelación de genitales. Ahora bien, por el hecho de ser una operación de naturaleza ordinaria y no invasiva, no significa que adquiere plena prevalencia el consentimiento paterno ya que, es necesario adecuar la decisión de los padres a la voluntad del menor, en la medida en que éste pueda discernir sobre el tratamiento médico requerido. Es, entonces, predicable una relación inversamente proporcional entre la prevalencia del consentimiento paterno y la necesidad de requerir la voluntad del menor, siempre que aquél pueda entender, comprender y juzgar el procedimiento clínico”. Así, el fallo termina por desvirtuar la posibilidad de una equivalencia entre la capacidad legal del derecho civil y la autonomía para otorgar un consentimiento informado, incluso en procedimientos no invasivos u ordinarios en los que se confiere validez a la manifestación del menor de edad.

(Véase: Sentencia T-1052 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

[203] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Esta regla fue reiterada por las sentencias: T-850 de 2002. (M.P. Rodrigo Escobar Gil); T-560A de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-622 de 2014. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), entre otras.

[204] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Esta regla fue reiterada por las sentencias: T-850 de 2002. (M.P. Rodrigo Escobar Gil); T-560A de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-622 de 2014. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), entre otras.

[205] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Al respecto, la providencia expresa que, “[p]or ejemplo, un menor puede gozar de la capacidad necesaria para rechazar su participación en un experimento riesgoso, y que tiene pocos beneficios médicos para él; en cambio, esa misma persona podría ser juzgada incompetente para rechazar un tratamiento, que presenta escasos peligros y es vital para su salud”.

[206] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-921 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño

[207] Sentencia T-1052 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-692 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[208] Sentencia T-560A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sobre la autorización judicial para ciertas intervenciones médicas en ejercicio del consentimiento sustituto, la Corte Constitucional concluyó que “dicha disposición resulta aplicable en todos aquellos casos en que se deban adoptar medidas que impliquen la restricción de derechos constitucionales fundamentales en personas que -sin importar su edad- tengan problemas mentales”. Por ende, “es menester obtener previa autorización judicial, dentro de un proceso distinto al de la tutela, a menos que se presente una situación de urgencia o imperiosa necesidad que permita adelantar dicho procedimiento con la autorización exclusiva de los padres” Así mismo, la Sentencia T-1019 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería justifica la necesidad de la autorización judicial así: “cuando la intervención médica compromete de manera definitiva la funcionalidad de alguna capacidad orgánica del paciente sustituido en su consentimiento,

y cuyo procedimiento médico genera consecuencias irreversibles y permanentes, es necesario que, previamente a la realización de dicha actuación médica, se agote un itinerario de actuaciones que aseguren que la decisión a tomar, haya visualizado todas las posibles consecuencias de tal decisión, y haya igualmente valorado y explorado todas las posibles opciones médicas disponibles para el caso concreto. En este punto es fundamental señalar que, en eventos como el que es objeto de revisión en esta decisión, debe garantizarse los derechos de la persona impedida para dar su consentimiento, asegurando que su dignidad y su autodeterminación sean plenamente garantizadas en todo momento”. Sobre el particular, véase también: Sentencia T-412 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia T-248 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[209] Sentencia T-248 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[210] Sentencia T-248 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[211] Sentencia T-248 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. La Corte interpretó el alcance de esta decisión mediante la sentencia T-412 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En la nota al pie 19, aclaró que la regla instituida por la sentencia T-248 de 2003 establecía que “si la intervención quirúrgica tenía el alcance de afectar severamente un derecho constitucional de un menor o de una persona con problemas mentales, en garantía de la autonomía individual se requería autorización judicial para proceder a ella”.

[212] El título de la Ley 1412 de 2010 es: “Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable”.

[213] Sentencia C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo: “4.5. La finalidad de la Ley 1412 de 2010 consiste en promover la progeneración responsable de la pareja, frente al fracaso relativo de las políticas de educación sexual en el país lo cual llevó al aumento del número de embarazos no planeados. En síntesis, la Ley 1412 de 2010, fue promulgada con el fin de facilitar el pleno ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, al regular el acceso de todos los hombres y mujeres mayores de edad a la anticoncepción quirúrgica como método de planificación y reducción de embarazos no deseados que inciden negativamente en la provisión de servicios sociales por parte del Estado y en el goce

efectivo de los derechos de los niños”.

[214] C-625 de 2010.

[215] Artículo 5º del proyecto de ley 100 de 2007.

[216] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero

[217] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[218] Sentencia T-284 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[219] Informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley 50 de 2007 (acumulado 100 de 2007) Senado.

[220] Informe de ponencia para segundo debate del proyecto de ley 50 de 2007 (acumulado 100 de 2007) Senado.

[221] Intervención del Representante a la Cámara Jorge Ignacio Morales Gil en el debate en la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Congreso de la República: “Ahora, me nace una inquietud, doctor Elías Raad, en los artículos 6º y 7º, en el 6º está muy claro, una discapacidad mental, siempre y cuando el discapacitado la solicitud del consentimiento sea por parte del Representante Legal y previa autorización legal, pero lo que dice el 7º, dice: Prohibición. En ningún caso se permite la práctica de anticoncepción quirúrgica a menores de edad. Yo creo que cuando existe una sentencia judicial, una paciente con un retraso mental marcado, cómo la van a dejar que a los 15, 16, 17 años se le practique una ligadura, yo no puedo hacerle una ligadura de trompas; o sea, que yo creo que cuando hay una discapacidad mental, con sentencia judicial, no me pueden poner la limitante que hay que esperar hasta los 18 años y cada rato hemos dicho por ahí, no, es que esta retrasada mental o esta persona con una discapacidad mental está embarazada y es un problema grandísimo. Doctor Elías Raad, cuando las personas no son conscientes de su responsabilidad, entonces yo sí pondría en discusión lo que tiene que ver con lo de la discapacidad mental, fallo judicial y menor de edad”.

[222] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General Nº1 (2014), párrafo 13

[223] Por ejemplo, la decisión Reino Unido, Cámara de los Lores, Re F (Mental patient sterilisation) [1990] 2 AC 1, hace la distinción entre el ejercicio de los derechos reproductivos y los derechos sexuales. En este caso la Cámara de los Lores determinó válido que se diera en consentimiento sustituto para la esterilización de una mujer de 36 años en situación de discapacidad mental bajo el criterio de necesidad. La mujer, había sido diagnosticada con una discapacidad mental severa causada por una infección cuando era un bebé. Ella era una paciente voluntaria en una institución psiquiátrica desde los 14 años, tenía la capacidad verbal de una niña de 2 años y mental de una niña de 4 años. En el hospital desarrolló una relación sexual con otro paciente y su madre y los médicos estaban preocupados de que no pudiera asumir un eventual embarazo o un hijo por lo que solicitaron su esterilización ya que ella no tenía la capacidad de dar su consentimiento por no comprender las implicaciones de la intervención y otros medios de anticoncepción no eran apropiados para ella.

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

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

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

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

[228] Cfr. Sentencia C-415 de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo. Consideración 3.5.5

[229] Sentencia T-470 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Considerando 4.3.

[230] Aclaración de Voto: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia C-131 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

[231] Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Finales a Finlandia, E/C.12/FIN/CO/6, párrafo 26.

[232] ACNUDH, ONU Mujeres, ONUSIDA, PNUD, FPNU, UNICEF, OMS, Eliminando la esterilización forzada, coercitiva o de otro modo involuntaria – Un pronunciamiento interagencias, 2014, página 15.

[233] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006 y ratificada por Colombia en 2009. Aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 y revisada por esta Corporación mediante sentencia C-293 de 2010. En dicha sentencia, la Corte Constitucional realizó el análisis material sobre el contenido y estipulaciones de esta Convención y reafirmó la necesidad de que se promuevan las condiciones que hagan posible la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad por medio de la implementación de acciones afirmativas entendidas como “medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social”.

[234] Comité de la CDPD, Observaciones Finales a la República Dominicana, CRPD/C/DOM/CO/1, párrafo 43.

[235] Organización Mundial de la Salud (OMS), Informe Mundial sobre Discapacidad (2011).

[236] Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology (2012), páginas 123-124.

[237] Sentencia C-182 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Consideración 48.

[238] Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, 15 de Enero de 2008, A/HCR/7/3, párrafo 38.

[239] Corte Constitucional, sentencia C-182 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; AV María Victoria Calle Correa; Luis Guillermo Guerrero Pérez; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SV Luis Ernesto Vargas Silva).