

PERSONA CON DISCAPACIDAD-Sujeto de especial protección constitucional

PROCEDIMIENTOS DE ANTICONCEPCION QUIRURGICOS-Parámetros

El Congreso de la República aprobó la Ley 1412 de 2010, que autoriza de manera gratuita la práctica de la vasectomía y la ligadura de Trompas, a todos los sectores de la población que así lo soliciten por escrito a la respectiva entidad. El citado marco normativo, precisó como parámetros para la práctica de cualquiera de los procedimientos de anticoncepción quirúrgicos, los siguientes: a) Le corresponderá al Sistema de Seguridad Social en Salud, garantizar que la práctica de las cirugías sean cubiertas gratuitamente. Las IPS públicas o privadas que atiendan la población que no se encuentre afiliada a ninguno de los dos regímenes de salud vigentes (vinculados), realizarán los recobros a la subcuenta de prevención y promoción del FOSYGA. b) Con el fin de que se garantice el consentimiento informado y cualificado, los médicos encargados de realizar la cirugía respectiva, deben informar al paciente la naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos sobre la salud de la práctica realizada, así como las alternativas de utilización de otros métodos anticonceptivos no quirúrgicos. c) En caso de que las personas tengan limitaciones de lectoescritura, las EPS del régimen contributivo o subsidiado y las IPS públicas o privadas, según la práctica médica, deberán ofrecer al paciente medios alternativos para expresar su voluntad tanto para la solicitud escrita como para el consentimiento informado. d) Cuando se trate de personas con discapacidad mental, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial. E) En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad. f) Las personas que se sometan a las aludidas prácticas quirúrgicas, tienen derecho a recibir incapacidad laboral, en los términos y condiciones dispuestos por el médico tratante, garantizando la recuperación en la salud del paciente. g) Está en cabeza de las Secretarías de Salud departamentales, distritales y municipales, llevar el registro de todas las operaciones realizadas en desarrollo de las prácticas quirúrgicas autorizadas a partir de la entrada en vigencia de la ley. Así mismo, dichos registros serán remitidos al Ministerio de Salud y Protección Social con el fin de que lleve un registro nacional. h) La divulgación de la ley se efectuará por intermedio de las Secretarías de Salud departamentales, distritales y municipales y el Ministerio de Salud, a través de campañas educativas, a fin de que sean conocidos los beneficios, implicaciones y

efectos de la anticoncepción quirúrgica, así como los demás métodos de anticoncepción no quirúrgicos. De esta manera, el legislador, fiel a los mandatos constitucionales, a la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos, diseñó un marco normativo en el que además de hacer expreso reconocimiento de la maternidad y la paternidad responsables como un derecho y un deber ciudadano, fijó las reglas que deben seguirse a fin de que las personas puedan acceder gratuitamente a la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y a la ligadura de Trompas de Falopio, incluida la exigencia de autorización judicial previa cuando se trate de personas con discapacidad mental.

AGENCIA OFICIOSA EN PERSONA CON DISCAPACIDAD MENTAL-Procedencia rigurosa

En aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas del titular de los derechos no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.

DERECHO A LA AUTODETERMINACION-Deber doble del estado en cuanto garantizar su realización minimizando las restricciones y respetar las decisiones que las personas adoptan de manera libre y espontánea

PROCEDIMIENTO DE LIGADURA DE TROMPAS-Relacionado con la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y con el respeto de la intimidad personal y familiar

ACCION DE TUTELA-Improcedencia para lograr esterilización definitiva de mujeres incapaces

Se desprenden dos conclusiones: (i) que la acción de tutela no es el procedimiento específico para lograr esta autorización judicial de esterilización definitiva de mujer incapaz, pues existe otro trámite judicial específico que prevé períodos probatorios más amplios y la necesaria intervención del Ministerio Público en defensa de los intereses de la mujer; y (ii) que quien pretenda que mediante la acción de tutela se haga efectiva la práctica de un procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva debe ser el representante legal de la mujer incapaz a esterilizar, y además haber obtenido previamente la licencia judicial referida, amén de la orden del médico tratante adscrito a la E.P.S. Requisitos estos sin los cuales no queda

debidamente acreditada la legitimación en la causa por activa respecto de la acción de amparo incoada

Referencia: expediente T-2536645

Demandante: Aureliano, quien actúa como agente oficioso de su hija Úrsula

Demandado: Hospital Materno Infantil El Carmen de Bogotá, con vinculación oficiosa de CAPRECOM EPS-S

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D. C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo emanado del Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá, el 20 de noviembre de 2009, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Aureliano, en representación de su hija Úrsula, contra el Hospital Materno Infantil El Carmen, con citación oficiosa de CAPRECOM EPS-S.

I. ANTECEDENTES

1. Aclaración preliminar

Con el fin de garantizar el derecho a la intimidad del accionante y su hija, la Corte advierte que, como medida de protección, ha dispuesto suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma sus nombres, así como cualquier otro tipo de dato e información que permita identificarlos. En ese orden de ideas, los nombres ficticios que serán utilizados en

cursiva y sin ningún apellido, en lo sucesivo serán los siguientes:

Úrsula: nombre de la mujer en situación de discapacidad.

Aureliano: padre de Úrsula.

Remedios: segunda esposa del demandante.

2. La solicitud

La petición de amparo constitucional está soportada en los siguientes¹

3. Hechos²

Según indica el actor, su hija Úrsula³, de 21 años de edad, padece retardo mental, lo que implica “que no puede valerse por sí misma y requiere de apoyo familiar”⁴. Así mismo, refiere que se encuentra afiliada como beneficiaria del Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen subsidiado, en CAPRECOM EPS-S.

Señala que el 29 de octubre de 2009, en razón del legrado obstétrico practicado a su hija, presentó derecho de petición ante el Hospital Materno Infantil El Carmen, con el fin de que emitiera orden médica para que se sometiera a la práctica de la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio, teniendo en cuenta que por su condición de salud no está preparada para ser madre, “porque ella es muy lenta y corta de espíritu, y yo no quiero que la china sufra”⁵.

Afirma que el médico tratante dispuso la práctica del aludido procedimiento quirúrgico, siendo autorizado por CAPRECOM EPS-S mediante orden de servicio N° POS-SNUA 611373 del 3 de noviembre de la misma anualidad, “sin ningún tropiezo administrativo.”⁶

Sostiene el demandante que solicitó al Hospital Materno Infantil El Carmen la práctica de la cirugía de manera inmediata y prioritaria, por tratarse de una persona interdicta, a pesar de que el proceso judicial no se ha iniciado, petición que fue negada bajo el argumento de que inclusive “las maternas tenían que hacer fila y por lo tanto tenían que esperar.”⁷

Para terminar, el peticionario hace hincapié en que la esterilización definitiva de Úrsula se justifica en razón a su estado de salud, “además de que se escapa de la casa y no sabe medir

las consecuencias, ya que personas u hombres inescrupulosos pueden abusar, aprovechándose de su situación y le pueden transmitir cualquier enfermedad de transmisión sexual (sic).”8

4. Pretensiones

Con base en la reseña fáctica expuesta, el accionante pretende la tutela de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, salud, igualdad y dignidad humana. En consecuencia, le solicita al juez constitucional que ordene al Hospital Materno Infantil El Carmen, practicar a su hija Úrsula, la cirugía de ligadura de las Trompas de Falopio (técnica minilaparatomía), incluido el tratamiento médico integral, es decir, exámenes, medicamentos, radiografías y gastos de hospitalización.

De otra parte, que prevenga al Hospital Materno Infantil El Carmen, para que en lo sucesivo no incurra en demoras de carácter administrativo que pongan en riesgo los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los usuarios.

Por último, que autorice a CAPRECOM EPS-S para que repita contra el FOSYGA por los costos en los que haya podido incurrir con la práctica del procedimiento solicitado.

5. Pruebas relevantes que reposan en el expediente

- Petición formulada por el señor Aureliano al Hospital Materno Infantil El Carmen, el 29 de octubre de 2009, en la que solicita la práctica de la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio y valoración psiquiátrica a su hija Úrsula (folio 6).

- Carné N° 11001992653, que da cuenta de que Úrsula se encuentra afiliada como beneficiaria en el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en salud (folio 7).

- Autorización de servicio N° POS-S NUA-611373 del 3 de noviembre de 2009, para que sea practicada la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio (folio 8).

- Informe rendido por la psicóloga Andrea Bustos, el 28 de octubre de 2009, en el que diagnostica que Úrsula padece retardo mental -edad mental 10 años aproximadamente- (folio 9).

- Cédula de ciudadanía de Úrsula (folio 12).
- Historia clínica de Úrsula (folios 37 a 61).

6. Oposición de la demanda

En escrito del 12 de noviembre de 2009, la gerente y representante legal del Hospital Tunjuelito II Nivel, ESE, consideró que el Hospital Materno Infantil El Carmen no ha vulnerado los derechos fundamentales de Úrsula, en tanto según le informó el coordinador de ginecología de la institución, el procedimiento quirúrgico se realizará “una vez se cumpla el proceso administrativo de autorización por parte de Caprecom, momento en el cual se le realizará la valoración por anestesia y se le programará el Pomeroy.”⁹

Por último, hizo referencia a las formas de vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previstas en la Ley 100 de 1993, así como a lo atinente a las cuotas de recuperación que debe sufragar directamente el usuario a las instituciones prestadoras de salud.

7. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá, en sentencia del 20 de noviembre de 2009, negó la acción de tutela promovida por el señor Aureliano, quien actúa en nombre de su hija Úrsula, por las razones que a continuación se indican:

En primer término, advirtió que el demandante no reúne las condiciones procesales para actuar como agente oficioso de su hija, teniendo en cuenta que no obra prueba en el expediente de que la agenciada padezca algún tipo de enfermedad mental que afecte su capacidad de discernimiento o que le impida de manera libre y voluntaria ejercer sus derechos. Agregó, que la circunstancia de que Úrsula sea “sonsa o lenta”, tal como lo afirmó su padre, no es razón suficiente para concluir que se trata de una persona con retardo mental que tenga afectada su psiquis o padezca de alguna enfermedad que comprometa su capacidad, máxime cuando la afirmación no se realizó sobre la base de un dictamen psiquiátrico.

De otra parte, estimó que el derecho de petición no fue objeto de vulneración, pues según lo expresó el propio peticionario, el gerente del establecimiento de salud demandado respondió

en forma inmediata la solicitud presentada, emitiendo la orden para la realización de la cirugía.

En tercer lugar, el juzgador tampoco encontró afectación alguna en los derechos a la salud y a la vida e integridad física de Úrsula, en tanto no le ha sido negada la prestación del servicio de salud por parte de CAPRECOM EPS-S, al punto que fue autorizada la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio y practicado un legrado obstétrico. Agregó que la tardanza en la realización del procedimiento autorizado, no evidencia, en modo alguno, que se esté negando el acceso al servicio de salud, “pues aunque el SR. (...) reclama que se proceda con preeminencia y prontitud a la práctica de la cirugía para su hija, por ser un caso sui generis, no se entiende porque (sic) de su apremio para que sea así, dado que ya tiene la autorización para la programación de la misma, y obviamente es de entender que son los médicos quienes evalúan el caso específico y determinan la fecha como las condiciones en que la paciente de[be] acudir para dicha cirugía, no el paciente o el acudiente como en este caso lo pretende hacer el actor.”¹⁰

Agregó que Úrsula cuenta con 21 años de edad, lo que significa que tiene capacidad para decidir libre y voluntariamente situaciones inherentes a su personalidad, como es del caso de querer ser madre de familia o si es su deseo hacer uso de procedimientos para evitar embarazos no deseados. Así lo indicó expresamente el juez de tutela:

“Es ella y sólo ella la que puede tomar esa decisión, porque se trata de su cuerpo, de su ser, de su vida, con la debida orientación de personal especializado en esos temas, así lo puede hacer y no como se evidencia en este caso, por la imposición o querer de su padre, quien no sólo intenta convencer a su hija para que [se] someta a una intervención quirúrgica irreversible, con la cual le privaría de un derecho inherente a su condición de mujer, como es el de ser madre, pues será esterilizada en forma permanente.”

Así las cosas, concluyó que la práctica de la ligadura de las Trompas de Falopio es un procedimiento irreversible, lo cual imposibilitaría que en el futuro Úrsula “pueda realizarse como mujer al lado de un hombre que la valore y ame, con la cual pueda conformar un hogar, una familia y ser madre (...) pero esa opción de vida, de la maternidad, con la presente acción de tutela y la pretensión de su padre, se vería frustrada y le impediría a su vez tener acceso a ese derecho, que no es el de su padre, pues este fue claro en indicar que

no deseaba el que su hija fuera madre o quedara embarazada, lo que fundamenta en el hecho de que, en su apreciación personal, ella no estaba capacitada o apta para ser madre, porque la veía muy sonsa o lenta y corta de espíritu, además no tenía dinero para asumir su cuidado como la (sic) de un eventual hijo que ella pudiese procrear, o hacerse cargo".¹¹

Para terminar, indicó que resulta inexplicable que CAPRECOM EPS-S hubiera autorizado la realización de la mencionada cirugía, teniendo en cuenta que se trata de un procedimiento que solamente puede realizarse cuando la mujer tiene en promedio 35 años de edad y ha concebido un hijo vivo, pues más allá de que la valoración psicológica efectuada a Úrsula diagnostique la existencia de un retardo mental, no se indica que se trate de un trastorno irreversible, por lo que bien puede resultar plausible que sea incluida en programas de planificación familiar o tratamientos terapéuticos con médicos especialistas, a fin de que pueda llevar un nivel de vida acorde con su edad.

II. TRÁMITE SURTIDO ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Auto del 10 de junio de 2010

Con el fin de allegar elementos de juicio adicionales para adoptar la decisión de fondo, la Sala Cuarta de Revisión dispuso:

PRIMERO.- SOLICITAR al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses -Seccional Cundinamarca- que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente auto, efectúe una evaluación de la situación neurológica y psicológica de Úrsula, y de las repercusiones que ésta tiene sobre sus capacidades cognitivas y volitivas, con el fin de:

a) Determinar en qué medida Úrsula es consciente actualmente de las consecuencias de sus actos y decisiones, y si está en capacidad de adoptarlas de manera autónoma.

b) Establecer, si dada su situación neurológica, es posible que en el futuro, y mediante un adecuado tratamiento Úrsula pueda adquirir las aptitudes y facultades necesarias para adoptar decisiones vitales sobre su salud y ejercer la maternidad con un nivel de conciencia y autonomía adecuados.

c) Informar en qué consiste el procedimiento de ligadura de trompas y si se trata de un mecanismo de esterilización definitivo. Así mismo, indicar si se puede adelantar frente a

Úrsula algún tipo de tratamiento anticonceptivo para evitar los riesgos de un embarazo no deseado y qué consecuencias eventuales tendría para su salud, en particular, con su posibilidad de procrear en el futuro.

Para los efectos de dar respuesta a los anteriores requerimientos, allegar las pruebas documentales que considere pertinentes.

SEGUNDO.- SUSPENDER los términos del presente proceso hasta tanto la prueba solicitada sea remitida y analizada por esta Sala de Revisión.”

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Bogotá, mediante informe pericial de psiquiatría forense N° 209763-DRB-GPP del 28 de junio de 2010, precisó que el método empleado para efectuar el dictamen fue la entrevista, examen mental y lectura de anexos, respecto de los cuales Úrsula manifestó no comprender el contenido del consentimiento informado, razón por la cual no fue firmado. Así mismo, indicó que el contenido fue explicado al demandante, quien no comprendió los términos, pero solicitó la valoración. Enseguida el documento contiene el motivo de la peritación, un resumen de los hechos, así como la entrevista realizada al señor Aureliano, a la señora Remedios, segunda esposa del actor, y a Úrsula.

De esta manera, la peritación gravitó sobre los siguientes tópicos: (i) examen mental de Úrsula; (ii) interpretación de los resultados; y (iii) conclusiones o recomendaciones.

Respecto del primero, sostuvo que “[l]a examinada es una mujer adulta que ingresó al consultorio por sus propios medios, en compañía del padre y la compañera del padre, se muestra ansiosa e inhibida. Su edad aparente es menor a la edad cronológica informada y su presentación personal es adecuada. Se encuentra alerta, desorientad[a] en tiempo, parcialmente en espacio y orientada en persona. Memoria de fijación conservada, de evocación reciente conservada y de evocación remota sin alteraciones. Memoria implícita conservada, memoria explícita: episódica: normal, semántica: parcialmente conservada. Afecto de base ansioso, durante la evaluación logra buena modulación. Se observa marcada inhibición cuando el padre está presente. Pensamiento con tendencia al concretismo, sin alteraciones en el curso ni en el contenido. No hay ideación delirante, ni ideación depresiva. Lenguaje de tono bajo y curso normal, sin alteraciones en la comprensión, en la expresión: parafasias que dificultan la comprensión del lenguaje por parte de la entrevistadora.

Pararespuestas. Inteligencia impresiona como por debajo del promedio, no realiza asociaciones sencillas, no resuelve problemas de información general. Mala capacidad de abstracción, no realiza operaciones de cálculo matemático, no lee ni escribe, identifica los números y cuenta hasta 8, no realiza seriación ni operaciones de conjunto. No clasifica. Sensopercepción sin alteraciones al momento del examen. Prospección: desea trabajar. Conducta Motora normal.”¹²

En relación con el segundo, el informe pericial establece que Úrsula presenta retardo mental moderado, entendido “como un funcionamiento intelectual significativamente inferior al promedio que se origina durante el período del desarrollo y se acompaña de deterioro en la maduración, en el aprendizaje o en la adaptación social. El retardo mental es un proceso multifactorial de largo plazo donde la lesión de la inteligencia coexiste con alteraciones en otros aspectos del funcionamiento mental, conduciendo a una perturbación más amplia que implica al individuo en su totalidad y a su contexto sociofamiliar. Los sujetos que padecen Retardo Mental Moderado presentan dificultades en la solución de problemas, pobreza de razonamiento y falta de autocrítica. Pueden alcanzar niveles intermedios de básica primaria, aunque a un ritmo más lento que el normal y con personalización de los programas académicos. Estos pacientes tienen dificultades en las relaciones interpersonales determinadas por pobre manejo de las convenciones sociales, además pueden tener problemas para hacer frente a las demandas del matrimonio o la crianza de hijos y en situaciones nuevas o extrañas requieren ayuda, especialmente si están bajo un fuerte estado de tensión. Por estas razones, es probable que requieran supervisión, apoyo y orientación especial de sus familiares aún en la adultez y que la vida completamente independiente rara vez sea alcanzada por éstas personas; sin embargo, cuando cuentan con apoyo adecuado y en un ambiente reforzante, suelen desarrollar habilidades en situaciones que no requieren conocimientos académicos y en la vida adulta pueden atender su propio cuidado personal, aprender a trasladarse independientemente por lugares que les son familiares y en general pueden realizar trabajos no cualificados, todo lo anterior siempre con supervisión.”¹³

De igual manera, indicó que a Úrsula no se le efectuó diagnóstico temprano de retardo mental, razón por la cual no recibió tratamiento médico adecuado, así como tampoco educación convencional, especial o personalizada, terapia de lenguaje y ocupacional, “impidiendo el máximo aprovechamiento de sus capacidades intelectuales y de adaptación y la adquisición de habilidades de autocuidado e instrumentales, que hoy en día determinarían

una mejor calidad de vida para la evaluada.”¹⁴

Precisó que la ausencia de información de la familia respecto de la enfermedad, no ha permitido brindarle el nivel de supervisión y apoyo requerido, lo cual ha conllevado “situaciones de riesgo que se reflejan en la presentación de un embarazo no planeado y posterior aborto en medio de circunstancias poco claras.”¹⁵

Así mismo, hizo referencia a la ausencia de educación adecuada y orientación en temas de sexualidad, lo cual se explica porque “se trata de una familia en crisis o situación de estrés crónico, marcada por el fallecimiento de la madre, la edad avanzada del padre, las relaciones conflictivas, la conformación del segundo hogar del padre en medio de la desaprobación de los hijos, con presencia de variadas formas de sicopatología en sus miembros y donde se omitió brindar a la examinada acceso a escolaridad y a servicios de salud”.¹⁶

También, puso énfasis en que el demandante no acepta la existencia de la enfermedad de su hija y justifica la práctica de la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio como una acción preventiva, “pero basada en las necesidades del padre y los familiares, sin consideración de las necesidades especiales de la examinada.”¹⁷ Resalta que durante la entrevista, Úrsula no comprendió cuál es el objetivo real del procedimiento quirúrgico ni sus implicaciones, pero afirmó estar de acuerdo con su práctica para lo cual se apoyó en expresiones de su padre, así como de afirmaciones de auto descalificación.

De esta manera, sostuvo la médica forense que “[l]a presencia de elevada sugestionabilidad propia de ésta enfermedad, sumada a los hallazgos al examen mental ya descritos y a las circunstancias familiares documentadas, hacen que en la actualidad y respecto a los hechos del presente proceso judicial, la examinada no esté en capacidad de comprender plenamente las consecuencias de sus actos y decisiones, ni en capacidad de adoptarlas de manera autónoma.”¹⁸

Del mismo modo, señaló que el citado procedimiento quirúrgico se constituye en un método de planificación que protegería a la examinada de un embarazo no deseado, pero continuaría expuesta a múltiples riesgos tales como lesiones graves, abuso sexual, enfermedades de transmisión sexual, accidentes, manipulación de terceros inescrupulosos, entre otros.

En ese orden de ideas, concluyó que es necesario brindar protección integral y general a

Úrsula a través de instituciones del Estado para garantizar el derecho a la salud, a la educación y a la capacitación, además de proveer condiciones que permitan una vida digna. Para tal efecto, efectuó las siguientes recomendaciones:

* Brindar tratamiento multidisciplinario a Úrsula (terapias de lenguaje, ocupacional, consultas por psiquiatría, educación personalizada especial y vocacional), así como supervisión y apoyo de otros adultos responsables que garanticen el acceso al tratamiento y la satisfacción de sus necesidades básicas.

* A través de instituciones como PROFAMILIA, vincular a Úrsula a un programa de educación en el que la informen y orienten (hasta donde sea posible) sobre los derechos sexuales y reproductivos, específicamente: (i) acceso a servicios de salud sexual (actividades de prevención y tamizaje, v. gr. citología periódica, auto examen, detección y tratamiento de infecciones, etc); (ii) educación sexual (conocimiento y comprensión del funcionamiento del aparato reproductor femenino y masculino, métodos de planificación y su uso, preservativo, etc); (iii) derecho a vivir la sexualidad sin coacción, abuso, violencia, explotación, etc; (iv) derecho a disfrutar de la vida sexual sin temores, vergüenza, culpa, prejuicios, etc; (v) derecho a decidir de manera libre y responsable la posibilidad de ser padres o madres; (vi) derecho de las mujeres a no sufrir discriminaciones o tratos desiguales.

* Por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), vincular a Úrsula a un programa de psicoterapia con el fin de que sea capacitada en medidas de autoprotección, técnicas de resolución de problemas e identificación de situaciones de riesgo, tanto a nivel sexual como de salud física y psicológica en general.

* Es imperativo que el grupo familiar inicie tratamiento con especialista en terapia de familia, así como proceso de psicoeducación para mejorar el nivel de adaptación del padre, su compañera y hermanos a las discapacidades de la joven Úrsula, con el fin de que “acepten y

comprendan la enfermedad y las obligaciones de cuidado especial que ésta exige, entendiendo la existencia de múltiples riesgos para la evaluada en caso de omisión de esas obligaciones.”²⁰ Así mismo, que PROFAMILIA les brinde información sobre salud sexual y reproductiva, métodos alternativos de planificación y controles adecuados periódicos requeridos en caso de que acuda a alguno de ellos.

Así las cosas, indicó que el procedimiento de ligadura de Trompas de Falopio sólo puede ser considerado como una opción para Úrsula, “si son resueltos los conflictos de maltrato, falta de educación, salud y protección subyacentes, brindando posibilidades de desarrollar su potencial adaptativo y disminuyendo la vulnerabilidad asociada. De lo contrario, (...) éste procedimiento solo protege a la persona de un embarazo no planeado, quedando latentes riesgos como enfermedades de transmisión sexual, explotación sexual, manipulación por parte de terceros inescrupulosos, lesiones y accidentes, entre otros.”²¹

Para terminar, precisó la forense que una vez llevadas a cabo las citadas recomendaciones, “es necesario realizar nueva valoración a la examinada para establecer la capacidad de tomar ‘decisiones vitales sobre su salud y ejercer la maternidad’ y la capacidad de tomar decisiones sobre su vida sexual en el futuro.”²²

Por su parte, el Grupo de Psiquiatría Forense de la misma institución mediante escrito del 7 de enero de 2011, ilustró a la Sala de Revisión acerca de los métodos anticonceptivos (folclóricos, naturales y modernos o artificiales), para colegir que la ligadura de Trompas de Falopio constituye un método de anticoncepción definitivo, resaltando que la escogencia de cualquiera de los métodos no está supeditada a una técnica universal que se adapte a todos los usuarios, sino que se trata de una decisión individual en la que debe valorarse (i) la facilidad de uso; (ii) la eficacia anticonceptiva; y (iii) la comodidad del método anticonceptivo.

2. Auto del 10 de noviembre de 2010

Con el objeto de conformar en debida forma el contradictorio, la Sala puso en conocimiento de CAPRECOM EPS-S el contenido de la solicitud de tutela, para que se pronunciara respecto de los hechos y las pretensiones que en ella se plantean.

En escrito N° OAJ1120-0449, del 17 de noviembre de 2010, la directora territorial de Bogotá y

Cundinamarca de CAPRECOM EPS-S, señaló que (i) Úrsula fue suspendida de la base de datos de la EPS-S por la Secretaría Distrital de Salud desde el 1° de febrero de 2010 “por el Motivo CONTINUIDAD”²³, razón por la que le corresponde a la entidad territorial la prestación del servicio de salud en calidad de vinculada; y (ii) el demandante no dirigió la tutela contra esa entidad, precisando que mientras permaneció afiliada Úrsula al Sistema, recibió atención médica y fue ordenada la práctica del procedimiento quirúrgico de ligadura de Trompas de Falopio por encontrarse incluido en el plan de beneficios del régimen subsidiado.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

A partir de la situación fáctica expuesta, le corresponde a esta Corporación establecer si la acción de tutela promovida por el señor Aureliano, es el mecanismo de defensa judicial idóneo para ordenar la práctica de la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio (técnica minilaparatomía²⁴) de su hija Úrsula, quien padece retardo mental moderado y, en principio, no está en capacidad de comprender plenamente las consecuencias de sus actos y decisiones, así como tampoco de adoptarlas de manera autónoma.

En consecuencia, antes de efectuar cualquier consideración de fondo en el asunto objeto de revisión, se hace necesario estudiar lo relativo a la legitimación en la causa por activa, a partir de los lineamientos precisados por la jurisprudencia constitucional en casos en los que la pretensión tutelar estuvo encaminada a que el juez constitucional dispusiera la esterilización definitiva de mujeres con discapacidad mental.

3. Condiciones de procedibilidad de la acción de tutela para ordenar la práctica de procedimientos de anticoncepción definitivos en mujeres con discapacidad mental. Evolución jurisprudencial

La Corte Constitucional se ha ocupado en diversas oportunidades del tema de la esterilización definitiva de mujeres con retardo mental, asunto en el que claramente se plantea una tensión entre la autonomía individual respecto de decisiones sobre la propia salud y el interés social o estatal en preservar la vida y la salud de las personas²⁵.

Concretamente, ha proferido las sentencias T-850 de 200226, T-248 de 200327, T-492 de 200628, T-1019 de 200629 y T-560A de 200730, decisiones en las que la jurisprudencia constitucional se ha mostrado protectora in abstracto de la autonomía individual, a menos que se presenten circunstancias excepcionales como el inminente peligro de muerte, el estado de inconsciencia de la persona o alguna condición física que le impida dar su autorización y aceptación con total lucidez y pleno conocimiento de su realidad³¹. Esa maximización de la autonomía o autodeterminación de la persona, ha llevado a que la Corte en los distintos casos que le ha correspondido definir, no haya autorizado la esterilización definitiva de una mujer con algún grado de discapacidad.

Sin embargo, aunque la Corte ha efectuado importantes consideraciones de fondo relativas a la autonomía individual, al consentimiento informado, al consentimiento sustituto, al derecho a tener una familia y a decidir el número de hijos, ha precisado igualmente que la capacidad de decidir por una mujer con discapacidad mental, no surge per se por la sola existencia de la representación legal, para lo cual ha venido estableciendo de manera paulatina una serie de condiciones a fin de que la legitimación en la causa por activa se entienda superada, como presupuesto para que el juez de tutela adopte una decisión de mérito.

Así por ejemplo, en sentencia T-850 de 200232, esta corporación estudió un caso en el que el Seguro Social se negó a practicar la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio en una mujer de 19 años de edad, quien fue diagnosticada con retraso mental leve y epilepsia refractaria.

En aquella oportunidad, la Corte no hizo referencia expresa a la legitimación en la causa por activa de la demandante en representación de su hija, pero anticipó, a partir de la maximización de la autonomía, que “si bien algunas decisiones de la vida civil de las personas pueden ser adoptadas por sus representantes legales mediante un proceso de interdicción por demencia, esta figura propia del derecho civil no resulta trasladable por completo al campo del derecho constitucional, en particular en lo que tiene que ver con las decisiones sobre las intervenciones médicas a las cuales debe someterse a una persona.” De

esta manera, precisó que no resulta constitucionalmente admisible que, por la sola representación legal que ejerza una madre sobre su hija interdicta, pueda someterla a una esterilización forzada, “conducta que, por lo demás, constituye un delito tanto en la normatividad interna, como en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.”

En consecuencia, decidió no ordenar la práctica de un procedimiento de anticoncepción definitivo e irreversible, por considerar que no existía claridad respecto de la capacidad mental de la mujer para ejercer la maternidad, y, porque según el informe de medicina legal, el aumento de esas capacidades podía ser posible, siempre y cuando tuviera acceso a una educación adecuada y recibiera el apoyo necesario. Así las cosas, consideró razonable otorgar una protección mediante la figura del consentimiento orientado hacia el futuro, “[e]s decir, una decisión que considere especialmente el interés manifiesto (...) en ‘establecer una relación afectiva... formar un hogar y tener hijos’.”

De esta forma, con el fin de “preservar al máximo su vida y su salud, pero a la vez, (...) su capacidad para ejercer su derecho a la procreación y su interés individual en tener hijos y formar una familia en una etapa posterior de su vida”, la Corte ordenó al Seguro Social “convocar un equipo de médicos especialistas en neurología, psiquiatría y ginecología, a fin de evaluar las diversas opciones médicas a las que se puede acudir en procura de preservar al máximo las condiciones físicas necesarias para que (...) pueda adoptar decisiones autónomas en relación con el manejo de su sexualidad, descartando aquellas opciones que tengan carácter quirúrgico y definitivo y que resulten inadecuadas a su condición de salud y al tratamiento que actualmente recibe para controlar la epilepsia que padece.”

Esta postura se complementó con la sentencia T-248 de 200333, en la que este tribunal decidió el caso de una menor de edad con diagnóstico de epilepsia, retardo mental y trastorno de déficit de atención, a quien el médico psiquiatra ordenó la práctica de la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio, procedimiento que fue negado por el Seguro Social en tanto no había sido expedida la respectiva autorización por parte del ICBF.

Aun cuando la pretensión tutelar no fue acogida, la Corte explicó que la interpretación del artículo 554 del Código Civil³⁴, sobre protección de incapaces, debía ser actualizada a partir del principio hermenéutico de interpretación conforme, razón por la cual “debe entenderse

que la ratio legis de la norma sería la necesaria intervención judicial cuando fuere necesario limitar o afectar severamente un derecho constitucional (la referencia a la restricción de la libertad tendría mero carácter indicativo) de una persona con problemas mentales. Esta interpretación, además de satisfacer el mandato del artículo 28 de la Constitución, desarrolla el artículo 13 en lo relativo a la protección estatal de las personas en circunstancias de debilidad manifiesta.”

De esta manera, precisó que (i) la madre de una menor de edad tiene la obligación de obtener autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica que conlleve la esterilización definitiva de una mujer, proceso judicial en el que “debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones”; (ii) si se trata de una mujer mayor de edad, debe adelantarse previamente, en trámite judicial diferente al de la tutela, la interdicción de sus derechos, es decir, el discernimiento de la guarda; y (iii) respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres, “salvo que resulte imposible -por ejemplo, por ausencia o abandono-”.

Es este contexto, ordenó que el ICBF informara a la demandante “sobre los trámites, en los términos indicados en la presente sentencia, que debe realizar a fin de poder solicitar a un juez de la República que autorice la práctica de una tubectomía (...)”. Así mismo, fue categórica la Corte en ordenar al Seguro Social “que en lo sucesivo se abstenga de practicar tubectomías o intervenciones que afecten la autonomía personal de personas con limitaciones mentales, hasta que no se obtenga la autorización judicial respectiva o que se trate de una situación de urgencia o imperiosa necesidad.”

Posteriormente, en sentencia T-492 de 2006,³⁵ la Corte decidió un caso en el que la demandante actuaba como agente oficiosa de su hija de 26 años de edad, afectada con síndrome de Down y en octavo mes de embarazo, a quien el médico tratante le ordenó realizar cesárea y ligadura de Trompas de Falopio, último procedimiento respecto del cual el galeno exigía autorización judicial previa.

En ese entonces, declaró improcedente el amparo solicitado por falta de capacidad de la accionante para actuar como agente oficiosa. Aun cuando estaba probado que la agenciada padecía de síndrome de Down y que la actora manifestó expresamente su condición de

agente oficiosa, para este Tribunal la legitimación en la causa por activa exigía adicionalmente haber adelantado (i) el proceso de interdicción judicial y discernimiento de la guarda y (ii) el proceso de autorización judicial del procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva. Sobre el particular, sostuvo:

“[P]ara solicitar al juez constitucional que proteja los derechos de una mujer incapaz ordenando una práctica quirúrgica que conduzca a su esterilización definitiva, es necesario que: (i) quien interponga la acción de tutela sea el o la representante legal de la mujer, bien por ministerio de la ley, o bien por discernimiento judicial de una guarda dentro de un proceso de interdicción judicial; y (ii) que el procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva haya sido autorizado previamente por un juez, en un proceso distinto y anterior a la acción de tutela. Sin el cumplimiento de estos dos requisitos jurisprudencialmente establecidos, no puede entenderse acreditada la legitimación en la causa por parte activa en cabeza de quien interpone la acción de tutela en pro de los derechos fundamentales de una mujer incapaz, a quien se busca esterilizar en forma irreversible.”

De igual modo, en sentencia T-1019 de 200636, la Corte, acogiendo los criterios jurisprudenciales señalados en precedencia, no dispuso la práctica de la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio en una menor de edad que padecía retardo moderado y secuelas de parálisis cerebral, en tanto “existen una serie de actuaciones [judiciales] que en efecto deben ser agotadas de manera previa, para la efectiva prestación de los servicios médicos reclamados, el cual se reitera, no se han negado arbitrariamente, sino por el contrario, se han diferido en el tiempo hasta tanto las actuaciones mencionadas sean cumplidas por los padres de (...), requerimientos que tanto la ley como la jurisprudencia exigen, con el único fin de garantizar de manera efectiva, el respeto por la autonomía de la voluntad y las condiciones de vida digna y sana de quien no tiene capacidad para dar su propio consentimiento.”

En esa ocasión, la corporación precisó que el consentimiento sustituto de los padres de los menores de edad, así como de los representantes legales de los incapaces, debe estar precedido de una amplia y detallada información por parte de los médicos, “a efectos de que dicha autorización esté sustentada en un detallado y claro conocimiento del tipo de tratamiento o procedimiento médico que se va a realizar, las posibles complicaciones que ésta puede presentar, por la complejidad misma en razón a las condiciones especiales de

salud del paciente. Igualmente, se deberá informar no sólo los efectos directos que dicho procedimiento generará a corto y largo plazo en la salud y calidad de vida del paciente, sino que además deberá indicar igualmente cuáles consecuencias pueden afectar de manera definitiva la integridad del paciente.” Agregó que con esta información, “quienes sustituyan en su consentimiento al incapaz, deberá tener la certeza de que la decisión por ellos tomada deberá siempre responder a un fin último, cuál es el de garantizar la vida, y mejora sustancial de las condiciones de salud de quien está impedido para dar su consentimiento.”

La ausencia de legitimación en la causa por activa, también fue advertida en sentencia T-560A de 200737, al decidir un caso en el que la madre de una menor con cuadro de retardo mental moderado y profundo, así como de síndrome convulsivo y de hiperactividad, pretendía la ligadura de Trompas de Falopio para su hija, procedimiento que había sido autorizado por la EPS, pero el médico tratante se abstenía de practicarlo hasta tanto no se obtuviera la correspondiente licencia o autorización ante la justicia ordinaria.

Así las cosas, la reiterada, consistente y consolidada jurisprudencia constitucional, (i) le ha dado una dimensión de peso mayor, en principio, al derecho a la autonomía individual de mujeres con discapacidad mental, cuando el objeto de la acción de tutela es la práctica de cirugías que impliquen la esterilización; (ii) en este supuesto, ha considerado que la legitimación en la causa por activa, exige como requisitos adicionales a los previstos en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, que en trámite judicial diferente al de la solicitud de amparo constitucional, se haya obtenido licencia o autorización judicial, así como la representación legal en virtud del discernimiento de la guarda; y (iii) respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres, salvo que razonablemente sea imposible, ya sea por ausencia o abandono.

4. La derogatoria expresa del artículo 554 del Código Civil y sus implicaciones

Con posterioridad a las sentencias reseñadas en el acápite anterior, el Congreso de la República aprobó la Ley 1306 de 200938, iniciativa legislativa concebida “para responder a las necesidades personales y sociales de las personas con discapacidad mental, brindándoles el espacio para su actuación correlativo a su capacidad intelectual, sin poner en riesgo sus intereses y los de la sociedad.”³⁹

Dicha normativa expresamente derogó el artículo 554 del Código Civil, disposición en la que se apoyó la Corte en sentencia T-248 de 2003⁴⁰, como quedó indicado en precedencia, para precisar las reglas de procedencia de la acción de tutela cuando la pretensión está encaminada a que el juez constitucional ordene la esterilización de una mujer con discapacidad mental.

En aquella ocasión, la Corte explicó que las normas legales sobre protección de incapaces contenidas en el Código Civil debían ser interpretadas a la luz de la nueva axiología constitucional, precisión que la llevó a concluir que “[s]i dentro de ellas se exigía autorización judicial para proceder a la restricción de la libertad de las personas incapaces, la nueva exégesis de esas normas a la luz de la Carta de 1991 obligaba a entender que dicha autorización también era exigible para la restricción de otros derechos fundamentales.”⁴¹

Sin embargo, la Sala encuentra que más allá de que la aludida disposición haya sido derogada del ordenamiento jurídico colombiano, por expresa decisión del legislador a partir del margen de configuración con el que cuenta, lo relativo a la autorización judicial previa para que sea practicado cualquier procedimiento de anticoncepción en mujeres en situación de discapacidad mental, continúa vigente.

En primer término, porque el artículo 40 de la Ley 1306 de 2009, atribuye competencia a los jueces de familia en primera instancia para conocer de los procesos de “la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, de las inhabilitaciones de personas con discapacidad mental relativa y de las correspondientes rehabilitaciones, así como de autorizaciones de internación o libertad de la persona con discapacidad mental absoluta.”

Significa lo anterior, que el último aparte de la disposición transcrita en esencia es similar al contenido en el artículo 554 derogado, lo cual llevaría a concluir, tal como lo hizo en su momento este Tribunal por vía de interpretación, que “la referencia a la restricción de la libertad tendría mero carácter indicativo”, razón por la cual “debe entenderse que la ratio legis de la norma sería la necesaria intervención judicial cuando fuere necesario limitar o afectar severamente un derecho constitucional”⁴².

En segundo lugar, porque ulteriormente el Congreso de la República aprobó la Ley 1412 de 2010⁴³, que autoriza de manera gratuita la práctica de la vasectomía y la ligadura de Trompas, a todos los sectores de la población que así lo soliciten por escrito a la respectiva

entidad. El citado marco normativo, precisó como parámetros para la práctica de cualquiera de los procedimientos de anticoncepción quirúrgicos, los siguientes:

a. Le corresponderá al Sistema de Seguridad Social en Salud, garantizar que la práctica de las cirugías sean cubiertas gratuitamente. Las IPS públicas o privadas que atiendan la población que no se encuentre afiliada a ninguno de los dos regímenes de salud vigentes (vinculados), realizarán los recobros a la subcuenta de prevención y promoción del FOSYGA.

a. Con el fin de que se garantice el consentimiento informado y cualificado, los médicos encargados de realizar la cirugía respectiva, deben informar al paciente la naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos sobre la salud de la práctica realizada, así como las alternativas de utilización de otros métodos anticonceptivos no quirúrgicos.

a. En caso de que las personas tengan limitaciones de lectoescritura, las EPS del régimen contributivo o subsidiado y las IPS públicas o privadas, según la práctica médica, deberán ofrecer al paciente medios alternativos para expresar su voluntad tanto para la solicitud escrita como para el consentimiento informado.

a. Cuando se trate de personas con discapacidad mental, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial.

a. En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.

a. Las personas que se sometan a las aludidas prácticas quirúrgicas, tienen derecho a recibir incapacidad laboral, en los términos y condiciones dispuestos por el médico tratante,

garantizando la recuperación en la salud del paciente.

a. Está en cabeza de las Secretarías de Salud departamentales, distritales y municipales, llevar el registro de todas las operaciones realizadas en desarrollo de las prácticas quirúrgicas autorizadas a partir de la entrada en vigencia de la ley. Así mismo, dichos registros serán remitidos al Ministerio de Salud y Protección Social con el fin de que lleve un registro nacional⁴⁴.

a. La divulgación de la ley se efectuará por intermedio de las Secretarías de Salud departamentales, distritales y municipales y el Ministerio de Salud, a través de campañas educativas, a fin de que sean conocidos los beneficios, implicaciones y efectos de la anticoncepción quirúrgica, así como los demás métodos de anticoncepción no quirúrgicos.

De esta manera, el legislador, fiel a los mandatos constitucionales, a la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos, diseñó un marco normativo en el que además de hacer expreso reconocimiento de la maternidad y la paternidad responsables como un derecho y un deber ciudadano, fijó las reglas que deben seguirse a fin de que las personas puedan acceder gratuitamente a la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y a la ligadura de Trompas de Falopio, incluida la exigencia de autorización judicial previa cuando se trate de personas con discapacidad mental.

5. Estudio del caso concreto

5.1. Primera cuestión: la agencia oficiosa no está acreditada en esta oportunidad, para que el juez constitucional ordene la esterilización de Úrsula

5.1.1. Conforme lo establece el artículo 86 Superior, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

A su turno, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, prevé en términos de legitimidad e interés, que la solicitud de amparo constitucional podrá ser promovida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante, para lo cual se presumirán auténticos los poderes. De igual modo, establece que también se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la petición de tutela.

Sobre este particular, la Corte, entendiendo que la agencia oficiosa está apoyada en los principios de solidaridad constitucional, efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y acceso efectivo a la administración de justicia, ha considerado que las citadas condiciones no deben ser entendidas como fórmulas absolutas, sino que las ha flexibilizado al punto de disponer que “en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas el titular de los derechos no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.”⁴⁵

Así las cosas, al juez constitucional “le compete dentro del ámbito de sus funciones realizar una interpretación del escrito de tutela, en aras de brindar una protección efectiva de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados. Precisamente, uno de los avances más relevantes de la Constitución Política, consiste en hacer prevalecer la realidad sobre las formas, con el fin de evitar que los derechos fundamentales y las garantías sociales, se conviertan en enunciados abstractos, como expresamente lo ordena la Carta Política en su artículo 228.”⁴⁶

Sin embargo, valga precisar que la jurisprudencia constitucional, tal como quedó indicado en las consideraciones de esta decisión, ha dispuesto que en aquellos casos en los que la pretensión esté encaminada a la esterilización de mujeres en situación de discapacidad, la agencia oficiosa es más rigurosa, en tanto no basta con afirmar que se actúa en tal condición, sino que es necesario acreditar que en trámite judicial diferente al de la solicitud de amparo, se obtuvo licencia o autorización judicial, así como la representación legal en virtud del discernimiento de la guarda. Del mismo modo, para el caso de menores de edad, la autorización debe ser solicitada por ambos padres, a menos que ello no sea posible.

5.1.2. Descendiendo al asunto objeto de revisión, el señor Aureliano interpuso acción de tutela en nombre propio, “en defensa de mis derechos Constitucionales, DE PETICION y Fundamentales a la vida en condiciones dignas, la Integridad física y la salud.”⁴⁷ Sin embargo, el relato de los hechos y la pretensión tutelar, ponen de manifiesto que el objeto del reclamo constitucional está encaminado a que CAPRECOM EPS-S le practique a su hija Úrsula, de 23 años de edad, quien padece retardo mental moderado, la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio que fuera autorizada el 3 de noviembre de 2009⁴⁸.

Así las cosas, lo primero que debe dilucidar la Corte es la condición en la que actúa el demandante, es decir, si lo hace como representante legal o como agente oficioso, dilema que resulta ser de fácil respuesta a partir de una lectura desprevenida del escrito de tutela, como pasa a explicarse.

Según lo indicó el actor, el discernimiento de la guarda de su hija mediante trámite judicial no ha sido adelantado, escenario en el que deberá determinarse a partir de los cánones de la Ley 1306 de 2009, si el retardo mental que padece Úrsula comporta una discapacidad mental absoluta o relativa.

En el primer supuesto, la legislación civil colombiana, entiéndase la aludida Ley 1306, prevé la declaratoria de interdicción para los incapaces absolutos como una medida de restablecimiento de los derechos de la persona discapacitada (art. 25), a quien se le nombrará un curador, persona natural, que tendrá a su cargo el cuidado de la persona y la administración de sus bienes (art. 52). En la segunda hipótesis, dispone la inhabilitación cuando se trata de “personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez comercial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio” (art. 32), para lo cual “se le nombrará un consejero, persona natural, que lo guíe y asista y complemente su capacidad jurídica en los negocios objeto de la inhabilitación” (art. 55).

En términos de procedimiento, el trámite de interdicción y de inhabilitación, es del resorte de los jueces de familia en primera instancia (art. 40, nral. 8°), precisando la misma normativa que las inhabilitaciones en las demás personas con discapacidad mental y su rehabilitación, será tramitada por la vía del proceso verbal (art. 41, Nral. 3°). Así mismo, establece las etapas procesales para la interdicción de los incapaces absolutos (art. 42)⁴⁹, así como las

relativas al proceso de inhabilitación (art. 45)⁵⁰.

Del mismo modo, el curador (para el interdicto) representará al pupilo⁵¹ en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le concierna, salvo las excepciones de ley (art. 88, inciso 1°), mientras que el consejero (para el inhabilitado) sólo lo representa cuando haya recibido de este último mandato general o especial (art. 90, inciso 1°).

Con base en lo anterior, para la Corte la figura procesal en la que se debe resguardar la actuación del demandante, debe ser la de la agencia oficiosa, que en principio estaría superada en tanto el retardo mental que padece Úrsula, según da cuenta el informe de psiquiatría forense de medicina legal, no deja duda alguna de que su nivel de cognición no le permitiría por cuenta propia solicitar la protección constitucional de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, la circunstancia de que no se hubiera adelantado el trámite judicial de discernimiento de la guarda ni la autorización prevista en la Ley 1412 de 2010, como quedó claramente expuesto en las consideraciones de esta providencia, son razones más que suficientes para concluir que el peticionario no se encuentra legitimado por activa, motivo por el cual no le corresponde al juez constitucional, en esta oportunidad, disponer la esterilización de la agenciada, procedimiento que, valga indicar, resulta altamente invasivo y que en caso de que sea autorizado sin mayores consideraciones, pone al descubierto una flagrante vulneración de los derechos fundamentales a la autonomía individual y a la dignidad humana.

5.1.3. Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia dictada por el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá, el 20 de noviembre de 2009, que negó la protección constitucional solicitada por el señor Aureliano, quien actúa como agente oficioso de su hija Úrsula, en cuanto hace relación a la específica finalidad que éste pretende (ligadura de trompas), por las razones expuestas en esta providencia.

5.1.4. Por el contrario, la Sala atendiendo el carácter informal de este mecanismo constitucional, la prevalencia del derecho sustancial, celeridad y eficacia como principios que orientan su ejercicio (decreto 2591 de 1991, arts. 3° y 14), asumirá oficiosamente la protección de otras garantías constitucionales de Úrsula, posibilidad que se enmarca en la facultad del juez constitucional de dictar fallos ultra y extra petita⁵². Así mismo, porque se

trata de una persona que se encuentra en situación de discapacidad lo cual exige un deber de diligencia mayor por parte del Estado, en tanto sujeto de especial protección constitucional al que debe garantizarse la efectividad de sus derechos (art. 2° de la Constitución).

5.2. Segunda cuestión: la situación de desprotección en la que se encuentra Úrsula, desconoce claros mandatos constitucionales y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

5.2.1. Los hechos que dieron lugar a la presentación de la acción de tutela, las pruebas decretadas por la Corte, así como la vinculación oficiosa de CAPRECOM EPS-S, pusieron al descubierto el olvido en el que se encuentra Úrsula, situación que claramente justifica unas consideraciones adicionales a la declaratoria de improcedencia del amparo deprecado y, de ser necesario, la adopción de algunas medidas.

5.2.2. En primer término, la circunstancia de que la EPS-S demandada hubiera autorizado, sin ningún tipo de consideración la práctica de la ligadura de Trompas de Falopio, supone una flagrante violación de los artículos 1°53, 5°54, 1355 y 4756 de la Constitución, así como una manifestación de total indiferencia respecto de la condición de sujeto de especial protección constitucional que ostenta la agenciada⁵⁷.

Al respecto, es preciso resaltar que según el informe de psiquiatría forense de medicina legal, Úrsula no comprende cuál es el objetivo real de la intervención quirúrgica que implicaría su esterilización definitiva, aunque afirma estar de acuerdo con su práctica para lo cual se apoya en expresiones dichas por su padre. Por lo tanto, concluye la forense que “en la actualidad y respecto a los hechos del presente proceso judicial, la examinada no está en capacidad de comprender plenamente las consecuencias de sus actos y decisiones, ni en capacidad de adoptarlas de manera autónoma.”

No sobra recordar, que el eje normativo de la Carta Fundamental lo constituye el ser humano y su dignidad. Por lo tanto, cualquier persona, sin importar su condición, tiene derechos y la posibilidad de ejercerlos efectivamente de manera libre e independiente, sin más limitaciones que las constitucionalmente aceptables⁵⁸. Es por ello, que el Estado tiene un deber doble respecto del derecho a la autodeterminación: por un lado, garantizar su realización minimizando las restricciones y, de otra parte, respetar las decisiones que las

personas adoptan de manera libre y voluntaria, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Empero, las posibles restricciones que puedan presentar las personas en su capacidad de autodeterminarse (de orden personal o material)⁵⁹, imponen para el Estado un deber de protección y apoyo, pues ciertamente “una persona enferma, con capacidades físicas o mentales disminuidas por factores personales o externos, sin pleno uso de sus funciones y, por lo tanto, sin posibilidad de valerse por sí misma, es una persona con menos autonomía. Para recuperar sus capacidades generalmente requiere de atención y protección temporal o definitiva, bien sea por parte de la familia, de la comunidad o del Estado.”⁶⁰

Así mismo, se impone en ambos supuestos el deber de información detallada y cualificada por parte del médico tratante, lo cual también fue omitido por CAPRECOM EPS-S, ya sea a los pacientes directamente (en los casos en que no tienen limitación alguna) o a quienes otorgan el consentimiento sustituto (para el caso de personas con algún grado de discapacidad). Las variables a las que deben ceñirse los facultativos, fueron precisadas por la Corte en sentencia T-850 de 200261, así:

a) El carácter más o menos invasivo del tratamiento. Si todas las demás variables permanecen constantes, entre mayor sea el grado de invasión en el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente.

b) El grado de aceptación u homologación clínica del tratamiento o su carácter experimental. A su vez, el grado de aceptación clínica del procedimiento determina la cualificación del consentimiento. 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.

c) La dificultad en la realización del tratamiento y las probabilidades de éxito. De tal forma, cuando 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.

d) La urgencia del tratamiento. 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.

e) El grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento. Cuando un tratamiento o procedimiento signifique un riesgo para ciertos derechos o intereses del paciente, en principio, la información necesaria para que se pueda prestar válidamente el consentimiento es mayor.

f) La afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica. Así, en algunos casos resulta aceptable que se practiquen determinados procedimientos sin necesidad de informar detalladamente al paciente para obtener su consentimiento, cuando están de por medio los derechos de terceras personas, como sería el caso de la aplicación de una vacuna para evitar que se propague una epidemia.

g) La existencia de otros tratamientos que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de estos. 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.

h) La capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona. Cuando 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.”

5.2.3. Otro elemento que omitió ser valorado por CAPRECOM EPS-S, es que la ligadura de Trompas, tal como lo indicó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, es un procedimiento que no le permitiría a Úrsula en el futuro optar por su maternidad⁶², decisión que, al decir de la Corte, está profundamente relacionada con la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad (autodeterminación) y con el respeto de la intimidad personal y familiar⁶³. Así mismo, porque se trata de una alternativa quirúrgica que tan solo evitaría embarazos no deseados, quedando al descubierto cualquier tipo de protección

respecto de actos de abuso sexual, enfermedades de transmisión sexual o manipulación por terceros inescrupulosos, como lo advirtió la misma institución.

Adicionalmente, se trata de una actuación que ignora la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 23)⁶⁴, en virtud de la cual el Estado colombiano se ha comprometido a garantizar (i) 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 e informado; (ii) el derecho 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 (iii) el derecho a mantener su fertilidad, en igualdad de condiciones con los demás⁶⁵.

Esto evidencia al rompe, que la autorización de la cirugía expedida por CAPRECOM EPS-S, además de apresurada y carente de sustento científico y constitucional, sugiere la presencia de una actitud de insensibilidad profunda respecto del deber que recae sobre el Estado de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, obligación que es aún mayor, cuando se trata de personas como Úrsula, que por su condición mental se encuentra en estado de vulnerabilidad, debilidad manifiesta e indefensión. Además, pasó por alto que el demandante no acreditó la condición de representante legal de su hija, ni contaba con la autorización judicial que para el efecto exige la Ley 1412 de 2010, como quedó claramente explicado en el apartado 5.1. supra, requisitos sin los cuales no podía ser autorizada la esterilización de su hija.

5.2.4. En ese orden de ideas, la Corte dejará sin efecto la autorización de servicio N° POS-S NUA-611373, expedida por CAPRECOM EPS-S, el 3 de noviembre de 2009.

5.2.5. Otro aspecto que no puede dejar pasar desapercibido este Tribunal, es que Úrsula se encuentra desprovista del servicio de salud desde el 1° de febrero de 2010, “por el Motivo CONTINUIDAD”⁶⁶, desconociéndose de esta manera las facetas de accesibilidad⁶⁷ y continuidad⁶⁸ precisadas no sólo por la jurisprudencia constitucional sino por el derecho internacional de los derechos humanos⁶⁹. Así mismo, en estrecha armonía con la finalidad del Estado social de derecho prodigado en la Constitución Política, los artículos 11 y 12 de la Ley 1306 de 2009, son categóricos en indicar:

La organización encargada de prestar el servicio de salud y educación en Colombia adoptará las medidas necesarias para obtener que ninguna persona con discapacidad mental sea privada del acceso a estos servicios desde la temprana edad.

(...)

ARTÍCULO 12. PREVENCIÓN SANITARIA. Las personas con discapacidad mental tienen derecho a los servicios de salud, incluidos los relacionados con la salud sexual y reproductiva, de manera gratuita (...)

Los encargados de velar por el bienestar de las personas con discapacidad mental tomarán las medidas necesarias para impedir o limitar la incidencia de agentes nocivos externos en la salud psíquica o de comportamiento del sujeto y para evitar que se les discrimine en la atención de su salud o aseguramiento de sus riesgos personales por razón de su situación de discapacidad.”

Recientemente, la situación de desprotección a la que está expuesta la población con discapacidad mental y psicosocial, fue advertida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el documento intitulado “Tener en cuenta a las personas con discapacidades mentales”⁷⁰, en el que señaló que las personas con discapacidad mental y psicosocial se encuentran entre los grupos más marginados en los países en desarrollo. Según el informe, la mayoría de los programas de desarrollo y alivio de la pobreza no llegan a las personas con discapacidad mental o psicosocial, “[p]or ejemplo, un 75% a 85% de ellas no tienen ningún acceso a ninguna forma de tratamiento para sus trastornos mentales (...). Además, a los afectados no se les proporcionan oportunidades educativas y laborales que les permitan realizar todo su potencial.” Así mismo, estimó que una cuarta parte de la población mundial sufrirá algún trastorno mental a lo largo de la vida, lo cual representará una elevada mortalidad y discapacidad.

De esta manera, la OMS con el fin de que sean atendidas las necesidades de las personas con discapacidad mental y psicosocial, pide a los agentes del desarrollo que (i) reconozcan la vulnerabilidad de este grupo y se incluya en todas las iniciativas de desarrollo; (ii) amplíe los servicios de salud mental en la atención primaria; (iii) incluya a esas personas en programas generadores de ingresos y proporcionarles beneficios sociales y relacionados con su discapacidad; (iv) involucre a esa población en la elaboración de programas y proyectos de

desarrollo; (v) incorpore la protección de sus derechos humanos en las políticas y legislaciones nacionales; (vi) incluya a los niños y adolescentes con discapacidad mental y psicosocial en los programas educativos; y (vii) mejoren los servicios sociales para las personas con este tipo de discapacidad.

Este marco resulta especialmente útil en el asunto objeto de revisión. En primer término, porque Úrsula según diagnosticó medicina legal con ocasión de las pruebas decretadas por la Corte, padece retardo mental moderado, trastorno que implica un funcionamiento intelectual significativamente inferior al promedio, originado durante el período de desarrollo que conlleva un deterioro en la maduración, en el aprendizaje (puede alcanzar niveles intermedios de básica primaria, aunque a un ritmo más lento que el normal y con personalización de los programas académicos) o en la adaptación social.

De otra parte, porque su familia solo tuvo conocimiento de su diagnóstico el 29 de octubre de 2009⁷¹, lo cual significa que no ha tenido oportunidad de recibir tratamiento médico adecuado (terapias de lenguaje y ocupacional), ni acceso a educación, “impidiendo el máximo aprovechamiento de sus capacidades intelectuales y de adaptación y la adquisición de habilidades de autocuidado e instrumentales, que hoy en día determinarían una mejor calidad de vida para la evaluada.”⁷²

Esta situación de desconocimiento de la enfermedad mental que padece Úrsula, ha implicado adicionalmente falta de adaptación por parte de los miembros de su familia a las discapacidades propias del trastorno, así como “ha determinado que no se brinde a la joven el nivel de supervisión y apoyo requerido, con exposición a situaciones de riesgo que se reflejan en la presentación de un embarazo no planeado y posterior aborto en medio de circunstancias poco claras”, ni tampoco ha contado con educación adecuada y orientación en temas de sexualidad.

En tercer lugar, porque se trata de una familia en crisis o situación de estrés crónico, marcado por el fallecimiento de la madre de Úrsula, la avanzada edad de su padre, las relaciones conflictivas, la conformación de un segundo hogar por parte de su progenitor en medio de la desaprobación de los hijos, con presencia de variadas formas de sicopatología en sus miembros, en el que se omitió brindar a la agenciada acceso a escolaridad y a servicios de salud.

Estas circunstancias, pero específicamente el diagnóstico efectuado por la psicóloga Andrea Bustos que prestaba sus servicios profesionales al Hospital Materno Infantil El Carmen⁷³, en el que, por primera vez, se indicaba que Úrsula padecía retardo mental (edad mental 10 años aprox), no podía pasar inadvertido por CAPRECOM EPS-S al momento de adoptar la decisión de suspensión en la prestación del servicio de salud, pues ello a todas luces ha comprometido aún más su proceso de rehabilitación. Adicionalmente, porque la su condición de salud que no era para nada desconocida por los médicos de la EPS-S que debieron practicarle un legrado obstétrico, según da cuenta su historia clínica⁷⁴, imponía un deber de diligencia mayor con el fin de que recibiera protección integral no solo en lo que a su salud se refiere, sino también en relación con educación sexual y reproductiva.

5.2.6. Así las cosas, la Sala ordenará a CAPRECOM EPS-S, entidad que venía prestando el servicio de salud para el momento de la ocurrencia de los hechos, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, restablezca el servicio de salud suspendido súbitamente el 1° de febrero de 2010 a Úrsula y proceda a garantizar en términos de integralidad y calidad el derecho fundamental a la salud.

Del mismo modo, la Corte, con el ánimo de que la orden aquí dada trascienda del plano retórico, seguirá las recomendaciones efectuadas por la médica forense de medicina legal, razón por la cual ordenará a CAPRECOM EPS-S, a través de cualquiera IPS con la que tenga contrato vigente, lo siguiente:

i. Que Úrsula reciba protección integral y general⁷⁵, a fin de garantizar los derechos a la salud y a la educación sexual de tal manera que se provean una serie de condiciones que le permitan tener una vida digna, de tal forma que contribuya a lograr y mantener la máxima autonomía, independencia, capacidad física, mental, social y vocacional.

i. Que convoque a un equipo de médicos especialistas en neurología, psiquiatría y ginecología, a fin de que Úrsula sea valorada de manera integral y se determine con total precisión las condiciones actuales de salud.

i. Que mediante un tratamiento multidisciplinario en el que se encuentren incluidas terapias de lenguaje y ocupacional, así como consultas por psiquiatría, Úrsula reciba educación especial personalizada y vocacional, que incluya (hasta donde sea posible), información y orientación sobre los derechos sexuales y reproductivos. Este comité deberá valorar su capacidad de discernimiento, y velar hasta en el nivel más alto posible porque ella autónomamente decida cuál es el método de planificación familiar que más se ajusta a sus necesidades, incluida la esterilización.

i. Que a través de un programa de psicoterapia, Úrsula reciba capacitación en relación con medidas de autoprotección, técnicas de resolución de problemas e identificación de situaciones de riesgo, tanto a nivel sexual como de salud física y psicológica.

Con el objeto de que los galenos cuenten con suficientes elementos de juicio, la Secretaría General de la Corte remitirá a CAPRECOM EPS-S, copia del informe pericial de psiquiatría forense N° 209763-DRB-GPP efectuado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de que a partir de la *lex artis*, ordenen los tratamientos médicos que sean del caso y que redunden en la mejoría de la salud de Úrsula.

Por último, la orden aquí impartida continuará vigente por el tiempo que los médicos tratantes consideren necesario, con la precisión de que en el evento de ser suspendida, deberán indicarse suficientes razones científicas y constitucionales. De igual manera, CAPRECOM EPS-S deberá garantizar que no se presenten barreras en la prestación del servicio de salud, como desplazamientos excesivos⁷⁶, o trámites administrativos que son propios de la entidad.

5.3. Tercera cuestión: la necesaria intervención de la Defensoría del Pueblo a fin de que oriente e instruya a Úrsula y a su núcleo familiar

5.3.1. Como quedó claramente evidenciado, la situación de Úrsula y la de su familia exige un necesario acompañamiento que sin duda debe ser prestado por el Estado. Ello se deriva de la complejidad que ha podido representar para sus familiares, el entendimiento de que la práctica de la ligadura de trompas (técnica minilaparotomía), tiene profundas implicaciones en sus derechos fundamentales y que se trata de una decisión que no puede ser tomada

apresuradamente.

Factores como la situación de crisis y de estrés crónico que agobia a su familia, a lo que se agrega el fallecimiento de su madre, así como la avanzada edad de su padre, conflictos derivados de la conformación de un segundo hogar de su progenitor y variadas formas de psicopatías en sus miembros, hacen de suyo compleja la posibilidad de que exista un entorno familiar propicio, basado en la educación y la tolerancia, en el que pueda verse beneficiada al momento de tomar una decisión tan difícil, como lo es la esterilización, dado que se trata de una persona con discapacidad mental. Al respecto, la declaración rendida por su padre ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁷⁷, es dicente:

“Ella no sufre de absolutamente nada, lo que pasa es que los hijos no hacen caso a los padres, si ella necesita tratamiento quien va a responder por eso, yo no puedo, el estado (sic) es el que debe responder por la juventud, a ella en el Centro de Higiene de Yomasa le dijeron que no podía salir en ningún momento sola a la calle, porque volvía y metía vulgarmente las patas porque a (sic) ella con cualquiera se deja, -o no, diga que no es así, cuénteles a la doctora el muchacho que la dejó embarazada quien es, porque ella nunca dijo nada, cuénteles a la doctora como fue que usted salió embarazada (dirigiéndose a la examinada a manera de regaño). (...) Yo lo único que digo es que la familia es muy terca, es desagradecida, malo si uno los reprende malo si no, quiero irme de la casa y que me dejen en paz. (...) A (sic) ella le dice a donde va Úrsula y si uno los frena entonces le echa la policía para que los ampare a ellos, ese es el problema de la juventud de ahora (...) ella estuvo hospitalizada en el materno infantil allá de un aborto que ella estuvo (sic) (...) quien no va a estar bravo de la forma que ha sido la vía mía que después que faltó la señora mía, ellos no corresponden ni saben agradecer ni valorar lo que se fregó la mujer con el papá (...) ahora con mi segunda esposa los hijos son los que han querido derrocarla y sacarla de la casa a sabiendas que ha sido una buena mujer y ella les ha ayudado mucho a ellos (...) Ella [Úrsula] no sabe donde está parada”.

Por tal razón, la Corte encuentra que el canal institucional autorizado para brindar orientación e instrucción a Úrsula y a su familia, en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado, es la Defensoría del Pueblo (Art. 282-1 de la Constitución).

Al respecto, recuérdese que el fundamento que sirvió de base para concluir que el demandante no estaba legitimado en la causa por activa, para solicitar la práctica de un procedimiento quirúrgico que implica la esterilización de su hija, era que no se habían adelantado sendos trámites judiciales diferentes al de la acción de tutela, con el objeto de obtener la representación legal y la autorización judicial.

5.3.2. En este contexto, la Sala remitirá copia del expediente y de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo, para que en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, oriente e instruya a Úrsula y a su núcleo familiar, en lo que esté a su alcance. Así mismo, enviará copia de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que vigile su cumplimiento.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de los términos decretada en el presente proceso.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá, el 20 de noviembre de 2009, que negó la protección constitucional solicitada por el señor Aureliano, quien actúa como agente oficioso de su hija Úrsula, en cuanto hace relación a la específica finalidad que éste pretende (ligadura de trompas), por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO.- DEJAR SIN EFECTO la autorización de servicio N° POS-S NUA-611373, expedida por CAPRECOM EPS-S, el 3 de noviembre de 2009.

CUARTO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá, en el sentido de ORDENAR a CAPRECOM EPS-S, entidad que venía prestando el servicio de salud para el momento de la ocurrencia de los hechos, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, restablezca el servicio de salud suspendido súbitamente el 1° de febrero de 2010 a Úrsula y proceda a garantizar en términos de integralidad y calidad el derecho fundamental a la salud.

QUINTO.- ORDENAR a CAPRECOM EPS-S, a través de cualquiera IPS con la que tenga contrato vigente, que dentro de los 20 días siguientes a la notificación de esta decisión, disponga lo siguiente:

i. Que Úrsula reciba protección integral y general⁷⁸, a fin de garantizar los derechos a la salud y a la educación sexual de tal manera que se provean una serie de condiciones que le permitan tener una vida digna, de tal forma que contribuya a lograr y mantener la máxima autonomía, independencia, capacidad física, mental, social y vocacional.

i. Que convoque a un equipo de médicos especialistas en neurología, psiquiatría y ginecología, a fin de que Úrsula sea valorada de manera integral y se determine con total precisión las condiciones actuales de salud.

i. Que mediante un tratamiento multidisciplinario en el que se encuentren incluidas terapias de lenguaje y ocupacional, así como consultas por psiquiatría, Úrsula reciba educación especial personalizada y vocacional, que incluya información y orientación sobre los derechos sexuales y reproductivos. Este comité deberá valorar su capacidad de discernimiento, y velar porque ella, si ello fuere posible, autónomamente, decida cuál es el método de planificación familiar que más se ajusta a sus necesidades, incluida la esterilización.

i. Que a través de un programa de psicoterapia, Úrsula reciba capacitación en relación con medidas de autoprotección, técnicas de resolución de problemas e identificación de situaciones de riesgo, tanto a nivel sexual como de salud física y psicológica.

La orden aquí impartida continuará vigente por el tiempo que los médicos tratantes consideren necesario, con la precisión de que en el evento de ser suspendida, deberán indicarse suficientes razones científicas y constitucionales. De igual manera, CAPRECOM EPS-S deberá garantizar que no se presenten barreras en la prestación del servicio de salud, como desplazamientos excesivos, o trámites administrativos que son propios de la entidad.

SEXTO.- Por la Secretaría General de la Corte, REMÍTASE a CAPRECOM EPS-S, copia del informe pericial de psiquiatría forense N° 209763-DRB-GPP efectuado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el objeto de que los galenos cuenten con suficientes elementos de juicio, para que a partir de la lex artis, ordenen los tratamientos médicos que sean del caso y que redunden en la mejoría de la salud de Úrsula.

SÉPTIMO.- Por la Secretaría General de la Corte, REMÍTASE copia del expediente y de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo, para que en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, o

riente e instruya a Úrsula y a su núcleo familiar, en lo que esté a su alcance.

OCTAVO.- Por la Secretaría General de la Corte, REMÍTASE copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que vigile su cumplimiento.

NOVENO.- ORDENAR a la Secretaría General de la Corte y a los despachos judiciales de instancia, que dispongan lo que sea del caso, para que, se reserve la identidad del accionante y su hija, así como cualquier otro tipo de dato e información que permita identificarla, como medida de protección de su derecho fundamental a la intimidad.

DÉCIMO.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí indicados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA T-063/12

Referencia: expediente T-2.536.645

Acción de tutela interpuesta por Aureliano, como agente oficioso de su hija Úrsula, contra el Hospital Materno Infantil El Carmen de Bogotá, con vinculación oficiosa de CAPRECOM EPS-S

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el respeto que merecen las decisiones de esta Corporación, me permito manifestar mi aclaración de voto en relación con lo decidido por la Sala de Revisión en el asunto de la referencia.

En esta ocasión conoció la Corte de una acción de tutela presentada por el padre de una mayor de edad que se encuentra en una situación de discapacidad mental, con el objeto de que le fuera practicado un procedimiento de esterilización, consistente en la ligadura de las trompas de Falopio. Ello por considerar que, dado el estado de su hija, puede ser víctima de abusos y quedar en estado de embarazo.

La Sala de revisión consideró en este caso que no debía acceder a lo pedido, pero constató una situación de desprotección de la salud de Úrsula, por lo que ordenó a la EPS-S CAPRECOM restablecerle el servicio, así como realizar una valoración integral de su estado e incluso darle orientación acerca de sus derechos sexuales y reproductivos. Manifiesto que estoy de acuerdo con estas medidas tendientes a garantizar el bienestar de Úrsula.

Sin embargo, este caso constituía la oportunidad idónea para que la Corte estableciera cómo deben ponderarse los derechos sexuales y reproductivos de quien se encuentra en una situación de discapacidad mental, cómo abordar el tema del consentimiento ilustrado de dicho grupo poblacional en relación con la anticoncepción y, de manera general, de qué forma se pueden precisar los alcances constitucionales del artículo 6º de la ley 1412 de 2010. Sin embargo, la ponencia –entendiendo que el padre no es agente oficioso para tales efectos– no considera esos aspectos de relevancia constitucional.

Para lograr lo anterior, habría resultado pertinente modificar la forma en la que se aborda el instituto de la agencia oficiosa en el caso. Es de recordar que la jurisprudencia de la Corte ha señalado que esta se configura cuando el agente manifiesta o da a entender su condición y aporta prueba siquiera sumaria de la incapacidad del interesado. Para el caso de Ursula, aunque dicha prueba no hubiese sido aportada en el trámite de instancia, podía entenderse satisfecha con los medios probatorios allegados en sede de revisión. No es afortunado que se oponga como argumento para la existencia de la enunciada agencia la falta de la autorización prevista en el artículo 6º de la ley 1412 de 2010, ya que imposibilita toda agencia oficiosa en este punto, y más aún, teniendo en cuenta que esta norma es de vigencia posterior a la presentación de la acción de tutela.

Fecha ut supra

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1 A menos que se diga expresamente lo contrario, entiéndase que la mención de los folios hace referencia al cuaderno principal.

2 El relato de los hechos se efectúa a partir de lo indicado por el demandante tanto en la solicitud de tutela como en la declaración rendida ante el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Bogotá.

3 Para el momento de la presentación de la solicitud de amparo constitucional (5 de noviembre de 2009), contaba con 21 años de edad.

4 Folio 1.

5 Folio 16.

6 Folio 1.

7 Folio 1.

8 Folio 1.

9 Folio 24.

10 Folio 73.

11 Folio 75.

12 Folio 32.

13 Folio 33.

14 Folio 33.

15 Folio 33.

16 Folio 33.

17 Folio 34.

18 Folio 34.

19 Folio 34.

20 Folio 35.

21 Folio 35.

22 Folio 36.

23 Folio 53 del cuaderno de revisión.

24 Se hace un pequeño corte sobre el vello púbico, se ligan las trompas y se cortan. Cfr. folio 62 del cuaderno de revisión.

25 Una particularidad que la doctrina ha resaltado de las normas constitucionales, son las permanentes tensiones que se suscitan, las cuales son resueltas mediante la ponderación, técnica que “consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil.” Guastini, Ricardo, Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Trotta, Madrid, 2008, p. 88.

26 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

27 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

28 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

29 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

30 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

31 T-1019 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

32 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

33 T-248 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

34 “El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o cause peligro o notable incomodidad a otros. Ni podrá ser trasladado a una casa, encerrado, ni atado sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas.”

36 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

37 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

38 “Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados”.

39 Gaceta del Congreso N° 647 de 2008 (informe de ponencia para primer debate).

40 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

41 T-492 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

42 T-248 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

43 “Por medio de la cual se autoriza la realización en 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.”

44 El texto original de la ley se refiere al Ministerio de la Protección Social. Sin embargo, la Sala actualiza su denominación a partir de lo establecido en la Ley 1444 de 2011, “Por medio de la cual se escinden unos ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al

Presidente de la República para modificar la estructura de la administración pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.”

45 T-275 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

46 T-1012 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

47 Folio 1.

48 Folio 8.

49 “1. A la demanda se acompañará un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto, expedido bajo juramento que se entenderá prestado por la sola firma. 2. No será necesario probar el interés del demandante para promover el proceso e incluso podrá promoverlo el Juez de Oficio. 3. En el auto admisorio de la demanda se ordenará citar a quienes se crean con derecho al ejercicio de la guarda y se ordenará el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente. La objeción al dictamen se decidirá por auto apelable. 4. En el dictamen médico neurológico o psiquiátrico se deberá consignar: a) Las manifestaciones características del estado actual del paciente. b) La etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, con indicación de sus consecuencias en la capacidad del paciente para administrar sus bienes y disponer de ellos, y c) El tratamiento conveniente para procurar la mejoría del paciente. 5. Recibido el dictamen, el Juez, dentro de los cinco (5) días siguientes, correrá traslado del mismo por el término de tres (3) días. 6. Resueltas las objeciones, si las hubiere y vencido el término probatorio se dictará sentencia. En esta se hará la provisión del guardador testamentario, legítimo o dativo conforme a lo preceptuado en esta ley. En la misma sentencia ordenará la confección, en un plazo que no excederá de sesenta (60) días, del inventario y avalúo de los bienes de la persona con discapacidad mental absoluta, por un auxiliar de la justicia cuyos honorarios serán cancelados con cargo al patrimonio de la persona con discapacidad mental absoluta o por el ICBF cuando la persona con discapacidad no tenga recursos suficientes para ello. Recibido y aprobado el inventario, el Juez fijará la garantía y una vez otorgada esta, se dará posesión al guardador y se hará entrega de los bienes inventariados. 7. Se podrá decretar la interdicción provisoria de la persona con discapacidad mental absoluta de conformidad con lo dispuesto en la ley, teniendo en cuenta el certificado médico acompañado a la demanda. En el auto que decrete esta medida se designará el curador

provisorio. También se podrán decretar las medidas de protección personal de quien se encuentre con discapacidad mental que el Juez considere necesarias, incluyendo las medidas terapéuticas que se estimen convenientes. Los autos a que se refiere el presente numeral son apelables en el efecto devolutivo si en ellos se accede a tales medidas y en el diferido si las niegan. 8. Los decretos de interdicción provisoria y definitiva deberán inscribirse en la Oficina de Registro del Estado Civil y notificarse al público por Aviso que se insertará una vez por lo menos en un diario de amplia circulación nacional, señalado por el Juez. 9. La posesión, las excusas o la incapacidad del guardador y la entrega de bienes, se regirán por lo dispuesto en el artículo 655.”

50 “El proceso de inhabilitación se seguirá con audiencia de la persona con discapacidad mental relativa o inhábil negocial. En la demanda podrá pedirse la inhabilitación provisional que autorizan las presentes normas y se decidirá en el Auto admisorio de la demanda. Admitida la demanda, el Juez decretará las pruebas que estime convenientes y dispondrá que se practique el examen psicológico u ocupacional del presunto inhábil, por un equipo interdisciplinario. Las pruebas que se practiquen dentro del proceso se tendrán en cuenta para la decisión de ambos. Decretada la inhabilitación provisional, en el mismo Auto se nombrará el consejero interino. Dicho Auto será apelable; el que deniega la inhabilitación lo será en el efecto diferido. Decretada la inhabilitación, la provisión de consejero se hará en el mismo proceso por el procedimiento señalado para la guarda.”

51 El artículo 52, inciso 3°, hace la siguiente precisión conceptual: “[l]as personas que ejercen el cargo de curador, los consejeros (...), se denominan generalmente guardadores y la persona sobre la que recae se denomina, en general, pupilo.”

52 SU-484 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-553 de 2008, Nilson Pinilla Pinilla, T-794 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-886 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-310 de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-028 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz, T-532 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

53 Principio de la dignidad humana.

54 Principio de primacía de los derechos inalienables de la persona.

55 Principio de igualdad (El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su

condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se comentan).

56 El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

57 En relación con el acceso a los servicios de salud que requieren los sujetos de especial protección constitucional, consúltense entre muchas otras, las sentencias T-396 de 1996 y T-1671 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, T-625 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-1070 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-631 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

58 Para la Corte, “el principio de la autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, se deriva del mandato pro libertate, que exige el necesario otorgamiento de su consentimiento para adelantar cualquier procedimiento médico o quirúrgico de su cuerpo, aclarando que dicho consentimiento debe caracterizarse por ser libre, autónomo, razonado y constante, es decir, que responda a su propia voluntad de buscar una mejora en su condición de salud, que sólo dependa de su criterio acerca de lo que le es más conveniente, y que teniendo conocimiento de las implicaciones, beneficios y riesgos que dicho procedimiento médico implica, mantenga su decisión firme, desechándose cualquier decisión que responda a una situación de momento.” T-1019 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

59 T-1019 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

60 T-149 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

61 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

62 Según el informe de psiquiatría forense de medicina legal del 13 de enero de 2011, “la ligadura de trompas constituye un método de anticoncepción definitivo.” Cfr. folio 63 del cuaderno de revisión.

64 Aprobada mediante Ley 1346 de 2009 y declarada exequible en sentencia C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. La ratificación se alcanzó el 10 de mayo de 2011.

65 En sentencia T-340 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, la Corte dijo que esta Convención “se acerca más a un enfoque social de la discapacidad que a uno médico, lo que tiene como consecuencia la prevalencia del propósito de disminución o erradicación de barreras sociales o ambientales (o en términos más amplios del entorno), sobre la rehabilitación o tratamiento de la discapacidad”

66 Folio 55.

67 En sentencia T-1024 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte dijo: “La jurisprudencia de esta Corporación ha delineado el asunto de la accesibilidad en el sentido de especificar que el cumplimiento de este criterio se supedita a la aparición de algún factor que haga estimar la necesidad y/o el requerimiento del servicio médico para la prevención, conservación o superación de circunstancias que impliquen una amenaza o afectación del derecho a la salud.”

68 En sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, este Tribunal sostuvo: “Desde el inicio de su jurisprudencia la Corte Constitucional ha defendido el derecho que a toda persona se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado. Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Para la jurisprudencia ‘(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica-material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.’ Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.”

69 Así por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General N° 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, precisó que la salud es un derecho humano fundamental que en todas sus formas y a todos los niveles abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados como los son: (i) disponibilidad; (ii) accesibilidad; (iii) aceptabilidad y (iv) calidad. En igual sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, alude a la importancia de

la accesibilidad en el servicio de salud (preámbulo, Arts. 3º, 21 y 25).

70

En:

http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2010/mental_disabilities_20100916/es/index.html. comunicado de prensa del 16 de septiembre de 2010.

71 Con ocasión de la valoración psicológica efectuada por Andrea Bustos (UPA Yomasa). Folio 9.

72 Folio 33 del cuaderno de revisión.

73 Folio 9.

74 Folios 38 a 49.

75 El artículo 66 de la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, dispone: “ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD A DISCAPACITADOS. Las acciones de salud deben incluir la garantía a la salud del discapacitado, mediante una atención integral y una implementación de una política nacional de salud con un enfoque diferencial con base en un plan de salud del Ministerio de Protección Social.”

76 Al respecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Art. 25-b), expresa que los Estados “proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales.” Subrayas y negrillas por fuera del texto original.

77 Folio 30 del cuaderno de revisión.

78 El artículo 66 de la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, dispone: “ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD A DISCAPACITADOS. Las acciones de salud deben incluir la garantía a la salud del discapacitado, mediante una atención integral y una implementación de una política nacional de salud con un enfoque diferencial con base en un plan de salud del Ministerio de Protección Social.”