T-231-19

Sentencia T-231/19

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional

DERECHOS REPRODUCTIVOS Y A LA AUTODETERMINACION DE MENOR CON DISCAPACIDAD MENTAL-Se aplica la regla general que prohíbe la esterilización definitiva de menores de edad

PROHIBICION DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MENORES DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Reglas

Según el artículo 7° de la Ley 1412 de 2010 existe una prohibición general de esterilizar a menores de edad, que se extiende también a los menores de edad en situación de discapacidad. Esta prohibición puede exceptuarse bajo autorización judicial cuando un posible embarazo ponga en riesgo, científicamente probado, la vida de la mujer menor de edad. En ese caso, debe ser solicitado por los padres o representante legal; y se debe contar con la aceptación libre e informada de la menor de edad. Esta última condición es aplicable también a las niñas con discapacidad mental o intelectual, para lo cual se debe contar con los apoyos necesarios a fin de verificar la aceptación libre e informada; iii)Puntualmente para el caso de las menores en situación de discapacidad que, pese a los apoyos y ajustes necesarios no puedan brindar su consentimiento libre e informado, la realización de este tipo de procedimientos médicos está prohibida, y solo puede exceptuarse por decisión judicial, luego de un procedimiento en que, partiendo de la presunción de la capacidad de la menor para ejercer su autonomía reproductiva se verifique: 1) que la persona hubiera sido declarada interdicta a través de un proceso judicial diferente y previo;2) que existe un riesgo científicamente probado que justifique la necesidad médica de la intervención quirúrgica, 3) que no existe una alternativa menos invasiva que la esterilización definitiva; 4) que la menor esté en situación de discapacidad profunda y severa; 5) que se hayan brindado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la menor pueda expresar su decisión, infructuosamente; y 6) que no haya posibilidad de que la menor pueda brindar su consentimiento en el futuro

ESTERILIZACION QUIRURGICA EN MUJERES Y MENORES DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Garantía del derecho al consentimiento informado, autonomía de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos

Este derecho abarca: “(1) el mayor estándar posible de salud, en relación con la sexualidad, incluyendo el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; (2) el buscar, recibir e impartir información en relación a la sexualidad; (3) educación sexual; (4) respeto por la integridad corporal; (5) elección de pareja; (6) decidir ser o no ser sexualmente activo; (7) relaciones sexuales consensuadas; (8) matrimonio consensuado; (9) decidir tener o no tener, y cuándo tener hijos; y (10) ejercer una vida sexual satisfactoria, segura y placentera”

DERECHO A LA AUTONOMIA REPRODUCTIVA DE PERSONAS EN SITUACION DE

DISCAPACIDAD MENTAL-Jurisprudencia constitucional

Referencia: Expediente T-7.023.847

Acción de tutela instaurada[1] por Ema como agente oficiosa de su hija, menor de edad, Luna contra COOMEVA EPS.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., 28 de mayo de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia del doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018), emitida en única instancia por el Juzgado Séptimo de Ejecución Civil Municipal de Medellín -Antioquia-, por medio de la cual se tutelaron parcialmente los derechos fundamentales invocados por la señora Ema como agente oficiosa de su hija menor Luna contra Coomeva EPS.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 55 del Acuerdo 02 de 2015, la Sala de Selección de Tutelas No. 10 mediante auto de fecha 29 de octubre de 2018, notificado por estado No. 20 del 14 de noviembre de 2018, escogió para efectos de revisión, la acción de tutela de la referencia[2].

Aclaración preliminar:

Como medida para proteger la intimidad de la menor involucrada en el asunto de la referencia, por cuanto tiene relación con los derechos sexuales y reproductivos de una menor de edad, y en consecuencia para resguardar la intimidad personal y familiar de la accionante, la magistrada sustanciadora, mediante auto del diecisiete (17) de enero de dos mil diecinueve (2019)[3], decidió proteger el nombre de la niña y su progenitora que actúan en este proceso y, en consecuencia, restringir el acceso a las copias del expediente. Por esa razón en la presente decisión la Sala se refiere a la agente oficiosa con el nombre de Ema, y a la menor cuyos derechos fueron protegidos por la acción de tutela revisada con el nombre de Luna. En cualquier caso, y para efectos de proteger los derechos de la denunciante y la de su núcleo familiar, es necesario no hacer referencia al nombre de la menor ni la de su progenitora, en ningún tipo de comunicación sobre el expediente de la referencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala

procede a resolver el asunto en revisión, con fundamento en los siguientes:

II. ANTECEDENTES

1. Solicitud

El 28 de junio de 2018, la ciudadana Ema, actuando como agente oficiosa de su hija menor de edad Luna, presentó acción de tutela contra la EPS Coomeva, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la igualdad, la dignidad humana, la salud y la seguridad social, presuntamente vulnerados por la EPS a la que se encuentra afiliada al no asignarle citas ni programarle los exámenes requeridos de manera oportuna. La accionante basa su solicitud en los siguientes hechos:

2. Hechos

2.1. La accionante afirma que su hija de 14 años de edad es una paciente afiliada a Coomeva EPS en el régimen contributivo, con diagnóstico de síndrome de Down no especificado, amigdalitis crónica[4], trastornos funcionales de los polimorfos nucleares neutrófilos[5], y requiere consejo y asesoramiento general sobre la anticoncepción.

2.2. En razón a las patologías mencionadas, indica que Luna requiere que su EPS le autorice y le asigne oportunamente citas para: "Valoración por genética, ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia, consulta de primera vez por especialista en psiquiatría pediátrica, consulta de primera vez por psicología, aplicación de prueba neuropsicológica 4 sesiones, consulta de control por otorrinolaringología y audiometría de tonos puros aéreos y óseos con enmascaramiento" servicios y procedimientos que fueron solicitados[6].

2.3. Sostiene que, pese a que se comunica y acude constantemente a la sede de su EPS, allí solo le informan que no hay agenda disponible en su propia red, ni contratada con un tercero. Dado lo anterior, considera que la falta de asignación y realización de los servicios y procedimientos enunciados vulneran los derechos fundamentales de su hija, toda vez que, por las condiciones médicas, la salud de la menor se ha visto desmejorada.

2.4. Por último, exige que se remita copia del fallo a la Superintendencia Nacional de Salud, para que la entidad accionada sea investigada y sancionada eventualmente por las conductas descritas[7].

3. Admisión y traslado de la demanda

3.1. Admitida la acción de tutela mediante auto del 28 de junio de 2018, proferido por el Juzgado Séptimo de Ejecución Civil Municipal de Medellín[8], se concedió el término de 48 horas para que Coomeva EPS S.A[9] rindiera el informe de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991; adicionalmente, se vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud -ADRES-[10], para que en el mismo plazo se pronunciara sobre los hechos que motivaron el presente trámite.

4. Contestación de la demanda

4.1. Coomeva EPS

La entidad accionada guardó silencio frente a los hechos alegados por la parte accionante[11].

4.2.1. Por fuera del término otorgado por el juez de instancia, a través de apoderado judicial, la entidad vinculada manifestó que en virtud del artículo 8º de la Ley 1751 de 2015 y de los artículos 178 y 179 de la Ley 100 de 1993, es función de la EPS y no de dicha entidad, la obligación de prestar los servicios médicos requeridos por la demandante, situación que genera una falta de legitimación en la causa por pasiva por lo que solicita su desvinculación[12].

4.2.2. Agregó que, en atención a ese mandato constitucional derivado del artículo 48 de la Carta Política, la prestación de dichos servicios médicos debe brindarse con oportunidad, para lo cual, a las EPS se les permite conformar libremente su red de prestadores, sin que en ningún caso puedan dejar de garantizar o retrasar la atención de sus afiliados[13].

5. Pruebas que obran en el expediente

5.1. Copia de documentos de identificación de la accionante y de la agente oficiosa (folios 8 y 9).

5.2. Copia del radicado de solicitud de los servicios de audiometría tonal, radiografía de cavum faríngeo y consulta de control o seguimiento por otras especialidades médicas (otorrinolaringología) de fecha 15 de marzo de 2018 (folios 10 y 11).

5.3. Copia del comprobante de radicación de solicitud de servicios de consulta de primera vez por especialista en psiquiatría y consulta de primera vez por psicología del 20 de junio de 2018 (folio 15).

5.4. Copia del resumen de la historia clínica del 16 de abril de 2018 de Luna, en la que refleja una valoración por la especialidad de pediatría el 20 de marzo de 2018, en donde se lee: diagnóstico clínico de síndrome de Down con reporte de prueba neuropsicológica del 28 de junio de 2014 que arrojó “una discapacidad cognitiva moderada, independiente para su autocuidado; y reporte escolar que sugiere atención por Psicología y Psiquiatría por conducta hipersexual que pone en riesgo la convivencia escolar y familiar” (folios 16 a 18).

5.5. Copia del resumen de historia clínica del 10 de abril de 2018 de Luna, del que se desprende: “paciente de 13 años con síndrome de Down quien acude con la madre para asesoramiento para la planificación con libido elevada. Se explican condiciones, riesgos y beneficios de los diferentes métodos anticonceptivos por lo cual se programa tubectomía por laparoscopia” (folios 19 a 24).

5.6. Copia de la orden médica para valoración por genética expedida por la doctora Katherine Villegas de fecha 12 de febrero de 2018 (folio 36).

6. Decisión del juez de tutela de única instancia

6.1. El día 12 de julio de 2018, el Juzgado Séptimo de Ejecución Civil Municipal de Medellín profirió sentencia en la que se concedió un amparo parcial, tutelando los derechos invocados por Ema en nombre de su hija menor Luna, y en consecuencia se dio la orden a la EPS, de realizar efectivamente, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, los procedimientos ordenados por su médico tratante, y adicionalmente garantizar el tratamiento integral; por otro lado, negó la tutela respecto de la exoneración de copagos y cuotas moderadoras. Frente a la decisión de instancia, las partes no acudieron al recurso de impugnación[14].

6.2. La negativa de acceder a la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras se justificó con lo normado por la Resolución 3974 de 2009 y el artículo 7º del Acuerdo 260 de 2004, ya que las patologías que padece la afectada no se encuadran dentro de las que la ley tiene catalogadas como exentas de aquellas erogaciones[15].

6.3. Por otra parte, el juzgado de instancia no hizo mención o referencia alguna a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en situación de discapacidad, ni de la protección de la posibilidad a que la menor Luna hubiera participado en el consentimiento para la práctica de un procedimiento de carácter definitivo.

7. Actuaciones surtidas en sede de revisión

7.1. Autos proferidos por la Corte

7.1.1. En atención a la solicitud del 26 de noviembre de 2018, que hiciera la Directora del Programa de Acción para la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Universidad de los Andes a la Corte Constitucional, la magistrada sustanciadora, mediante auto del 17 de enero de 2019, invitó a ésta organización a presentar dentro de los 10 días siguientes a la notificación de dicha providencia, un escrito con los argumentos sobre los aspectos jurídicos y científicos, respecto del caso de la referencia[16].

7.1.2. Asimismo, mediante auto del 6 de febrero de 2019, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional emitió un auto en el que se solicitó a la entidad accionada un informe junto con los soportes respectivos sobre la efectiva realización de los procedimientos y servicios requeridos por Luna enunciados en el numeral 2.2. de los antecedentes de la presente sentencia. Igualmente, se ordenó la suspensión del término para fallar hasta la recepción de las pruebas pedidas[17].

7.2. Respuestas a los autos proferidos por la Corte

Por intermedio de la analista jurídica de la regional suroccidente de Coomeva EPS, en documento allegado el 12 de febrero de 2019 por correo electrónico a la Secretaria General de esta Corporación, se informó sobre el cumplimiento de los siguientes procedimientos:

7.2.1.1. Audiometría de tonos puros aéreos, realizada el 17 de octubre de 2018 en el Centro de Otorrinolaringología de Antioquia, con autorización de fecha 07 de julio de 2018 generada por la EPS Coomeva[18].

7.2.1.2. Consulta por la especialidad de Otorrinolaringología, la cual fue efectuada el 26 de septiembre de 2018 con la doctora Aida Lida Castro Arias[19].

7.2.1.3. Cuatro sesiones de pruebas neuropsicológicas llevadas a cabo en el mes de septiembre de 2018 en la Clínica Psicológica Infantil de Medellín, las cuales fueron previamente autorizadas el 17 de abril de 2018, mediante orden No. 1636969[20].

7.2.1.4. Consulta de Psicología, en la que Luna fue valorada el 12 de julio de 2018 por el Psicólogo Mateo Castrillón Aristizábal en la IPS Comité de Estudios Médicos S.A.S[21].

7.2.1.5. Consulta de Psiquiatría Infantil, a la que Luna asistió a la consulta de la doctora Verónica Vargas González en noviembre y diciembre de 2018 en el Comité de Estudios Médicos S.A.S[22].

7.2.1.6. Del servicio de Valoración por Genética, la EPS accionada manifestó que se encuentra en fase de cotización, "ello porque no hay suficientes IPS que cuenten con la mencionada especialidad"[23].

7.2.1.7. De la ablación u oclusión de trompa de Falopio por laparoscopia bilateral, informó que: el 25 de enero de 2019 se solicitó apoyo al comité quirúrgico, por medio del cual se indicó que el servicio se halla en cotización[24].

7.2.2. Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) -Universidad de los Andes-

Por intermedio de su directora[25], en escrito radicado el 7 de febrero de 2019 en la Secretaría de la Corte Constitucional, inicia describiendo que PAIIS informó que es una clínica jurídica creada en el año 2007 en la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, con la finalidad de defender y promover los derechos de las personas con discapacidad, orientación sexual e identidad de género diversa[26].

Respecto de los problemas jurídicos del caso, explica que la esterilización forzada en personas con discapacidad es una práctica que vulnera sus derechos sexuales y reproductivos como muchos otros; y que en Colombia, la esterilización en menores de edad está prohibida por el artículo 7º de la Ley 1412 de 2010[27]. Bajo la anterior premisa, la problemática es analizada (i) en el ámbito interno, y (ii) en el sistema internacional de derechos humanos. Con ese propósito y con el ánimo de ilustrar la prohibición expresa de la esterilización en menores de edad en condición de discapacidad mental, se abordaron los siguientes puntos: (1) Definición de los derechos sexuales y reproductivos y cómo la esterilización forzada de las personas con discapacidad se configura como una vulneración a éstos, así como de otros derechos. (2) Regulación existente en Colombia, y los tratados vinculantes que la obligan en la órbita internacional. Y (3) Jurisprudencia de la Corte Constitucional relativa a la esterilización forzada en personas con discapacidad[28].

7.2.2.1. Respecto del primer punto, indica que los derechos sexuales y reproductivos surgieron en la década de los años sesenta, como resultado de diversas luchas de las mujeres que buscaban el poder de autodeterminación, pero que solo fueron reconocidos a partir de 1994 con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y

Desarrollo (CIPD)[29], y señala que posteriormente comenzaron a ser incorporados a los diferentes tratados internacionales del sistema universal sobre los Derechos Humanos, ratificados por Colombia[30], los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad[31].

Ahora bien, se afirma que los derechos aludidos tienen como propósito garantizar que las personas decidan sobre su vida sexual y reproductiva, de manera libre, con igualdad y dignidad; ya que éstos a su vez envuelven otros derechos como el de consentir el matrimonio y el derecho a decidir sobre el número de hijos[32]. De esta manera, se indica que las niñas con discapacidad intelectual se enfrentan a barreras para ejercer adecuadamente sus derechos, atribuibles a factores familiares, culturales y jurídicos[33].

El análisis de esta primera parte concluye en que Luna debe ejercer sus derechos sexuales y reproductivos y, que por su condición, es necesario utilizar todos los medios al alcance para hacerle entender lo que supone la salud en este ámbito, en aras de respetar su voluntad y sus deseos frente al futuro de su vida; en tanto que se reafirma que todo procedimiento quirúrgico de anticoncepción definitiva está prohibido para los menores de edad con discapacidad intelectual[34].

7.2.2.2. En relación con el segundo punto, PAIIS resalta la prohibición expresa que contiene el artículo 7º de la Ley 1412 de 2010[35], y sostiene que dicha disposición es contraria al bloque de constitucionalidad, si se interpreta en el sentido de que permita el consentimiento sustituto en las personas con discapacidad. En igual sentido, critica el artículo 10º de la Resolución 1904 de 2017[36] expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social (dada en cumplimiento a una orden impartida en la sentencia T-573 de 2016 de la Corte Constitucional). Al respecto señala que, en aquel caso, el médico cometió un yerro al ordenar la práctica del procedimiento de tubectomía y debió haber optado por otro método menos invasivo que no fuera ilegal, además de exigir que mediara el consentimiento de la menor[37].

7.2.2.3. En cuanto al tercer punto, indica que a partir de las sentencias T-573 de 2016[38] y T-665 de 2017[39], esta Corte estableció que ninguna persona, aún más si es menor de edad, debe ser sometida a un procedimiento de esterilización forzada, y que respecto de las personas con discapacidad ello supone una vulneración a los derechos que se encuentran incorporados en el bloque de constitucionalidad mediante el artículo 93 de la Constitución Política[40].

7.3. Medida provisional adoptada por la Corte Constitucional en el presente asunto

7.3.1. Con ocasión del escrito de respuesta de la entidad accionada del 12 de febrero de 2019, y en vista de lo anotado respecto del procedimiento ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia, sobre el cual se indicó que: “se encuentra en cotización, el 25 de enero de 2019 se solicitó apoyo al comité quirúrgico por medio del cual se informa que el servicio se encuentra en cotización (sic)”, mediante auto del 19 de febrero de 2019, la Sala Séptima de Revisión decretó una medida provisional de protección inmediata para amparar los derechos sexuales y reproductivos de Luna, por lo que se ordenó a la EPS Coomeva abstenerse de autorizar o realizar la cirugía en mención, hasta tanto el asunto

sea decidido por esta Corporación[41].

7.3.2. En vista de lo anterior, la EPS Coomeva mediante escrito recibido el 26 de febrero de 2019 informó al Despacho que, en cumplimiento de la medida provisional, solicitó al Comité Quirúrgico "abstenerse de realizar el procedimiento de Ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia"[42].

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

2.1. CUESTIONES PREVIAS

Reserva del nombre e identificación de la accionante y restricción de acceso al expediente

2.2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional[44], y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como: (i) mecanismo de protección definitivo: cuando el presunto afectado no dispone de otro medio de defensa judicial; y, cuando existiendo, ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá (ii) como mecanismo transitorio mientras se dicta una decisión definitiva por el juez ordinario, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental; situación extraordinaria que debe contar con las siguientes características: "(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente, (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables"[45].

Corresponde a esta Corte verificar si en el presente asunto resulta procedente la acción de tutela a la luz de los requisitos antes señalados.

2.2.1 Invocación de afectación de un derecho fundamental

La accionante invocó la protección de los derechos fundamentales a la vida, la igualdad, la dignidad humana, la salud y la seguridad social.

En cuanto al derecho a la salud, este ha atravesado "un proceso de evolución a nivel jurisprudencial y legislativo, cuyo estado actual implica su categorización como derecho

fundamental autónomo”[46], situación que se puede apreciar con la expedición de la Ley 1751 de 2015, y los argumentos de constitucionalidad plasmados por esta Corte en la sentencia C-313 de 2014. Al respecto, la jurisprudencia ha destacado que la calificación de fundamental del derecho a la salud encuentra sus bases en instrumentos internacionales y su estrecha vinculación con el principio de dignidad humana[47].

La accionante argumentó que la razón por la cual la EPS vulneró su derecho a la salud consiste en que a pesar de que se comunica y acude constantemente a la sede de su EPS, repetidamente le informan que no hay agenda disponible en su propia red, ni contratada con un tercero para la realización de los procedimientos y exámenes que requiere. En ese sentido, sostiene que la negligencia de la EPS en la asignación de una cita para la valoración y realización de los procedimientos ordenados por el médico tratante de Luna, se constituye como una amenaza grave a sus derechos, que puede generar un perjuicio irremediable, consistente en el deterioro progresivo de su salud, su calidad de vida y su integridad física.

En cuanto al derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Carta Política como un derecho fundamental, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna. Así, no solamente vulneran el derecho a la vida las actuaciones u omisiones que conducen o implican un riesgo de muerte, sino aquellas que atentan contra su dignidad e incomodan su existencia hasta hacerla insoportable[48].

Teniendo en cuenta que en la acción de tutela se invocaron derechos de carácter fundamental, se estima que la demanda plantea una controversia de orden constitucional, y por lo mismo cumple el presente requisito.

2.2.2. Legitimación por activa

En igual sentido, el artículo 10º del mencionado decreto señala que en todo momento y lugar, el mecanismo de amparo podrá ser ejercido, incluso en causa ajena, cuando el titular no se encuentra en condiciones de acudir por sí mismo[49]. Respecto de la agencia oficiosa, se indica que procede cuando (i) el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional”[50]; en consecuencia, se considera cumplido el presente requisito.

2.2.3. Legitimación por pasiva

En el escrito de tutela, la accionante se dirige contra la EPS Coomeva, entidad encargada de la prestación del servicio público de salud. De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de amparo resulta procedente para atacar las acciones u omisiones que impacten derechos fundamentales, por lo que se entiende cumplido este requisito.

2.2.4. Inmediatez

La accionante interpuso la acción de tutela el 27 de junio de 2018. Para ese momento Luna tenía pendientes las siguientes valoraciones e intervenciones sin que se hubiera asignado una cita para su realización:

· APLICACIÓN DE PRUEBA NEURO PSICOLOGICA 4 SESIONES, autorizada desde el día 17 de abril de 2018.

· VALORACION POR GENÉTICA, desde el día 12 de febrero de 2018.

· ABLACIÓN U OCUSIÓN DE TROMPA DE FALOPIO BILATERAL POR LAPAROSCOPIA, radicada desde el día 12 de abril de 2018.

· CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN PSIQUIATRIA PEDIATRICA, con radicado del día 22 de junio de 2018.

· CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR PSICOLOGÍA, radicada el día 22 de junio de 2018.

· AUDIOMETRÍA DE TONOS PUROS AEREOS Y OSEOS CON ENMASCARAMIENTO (AUDIOMETRÍA TONAL), radicada el día 22 de junio de 2018.

En consideración a la urgencia alegada por la madre de la accionante, y aunque no manifiesta cuándo fue la última fecha en que recibió una respuesta negativa por parte de la EPS, por las fechas de radicación de las tres últimas órdenes médicas, es claro que el momento en que fue interpuesta la acción tutela cumple con el requisito de inmediatez.

2.2.5. Subsidiariedad

En virtud de la naturaleza subsidiaria de la tutela, la jurisprudencia ha señalado que tal calidad "obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección"[51]. Por lo tanto, de existir recursos ordinarios disponibles, deberá verificarse si los mismos resultan eficaces para la protección del derecho, pues en caso de que así no sea, la acción de tutela será procedente.

Esta Corte ha establecido en su reiterada jurisprudencia que el mecanismo principal para exigir prestaciones a cargo de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud es aquel regulado por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011[52]. No obstante, este mecanismo no desplaza a la acción de tutela como un mecanismo subsidiario, para ciertos casos en los que la protección de los derechos fundamentales requiera la intervención urgente del juez constitucional, como cuando se evidencie la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Frente al asunto examinado, las circunstancias del caso, en particular la condición de salud física y psicológica de la menor ponen de manifiesto la necesidad de acudir a un medio expedito y eficaz, a fin de obtener la programación de las citas, las evaluaciones y los procedimientos médicos a que haya lugar.

2.3. Planteamiento del problema jurídico, método y estructura de la decisión

2.3.1. El caso sub examine surge de la renuencia de la EPS Coomeva en asignar las citas para la realización de los exámenes y procedimientos solicitados por la paciente. En ese marco, se profirió la decisión de Tutela de primera (y única) instancia, que ordenó que en el lapso de 48 horas se asignaran las citas correspondientes y se realizaran los procedimientos ordenados por el médico tratante[53].

Dentro del trámite del expediente en esta Corte, se dictó un Auto a fin de recolectar información sobre el cumplimiento de las órdenes dictadas por el juez de tutela[54], así pues, la respuesta recibida informó que algunas prestaciones en salud ya se habían llevado a cabo, pero otras, como (i) la valoración por genética, y (ii) la ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia, no se habían practicado por encontrarse en cotización[55]; lo anterior, dio pie a esta Sala para ordenar como medida provisional que se suspendiera la realización de uno de los procedimientos ordenados, por considerar que era indispensable postergar la realización de la operación de ligadura de trompas hasta que se hubiesen considerado y evaluado los efectos de dicha cirugía frente a los derechos fundamentales de la menor de edad.

2.3.2. Con fundamento en la solicitud planteada, la decisión proferida por el Juez de instancia, y la medida provisional ordenada por esta Sala, así como a las pruebas disponibles en el expediente, surgen dos problemas jurídicos que subyacen a los hechos del presente caso, así: el primer problema jurídico está encaminado a examinar ¿si la EPS vulneró el derecho a la salud de la accionante al retardar las citas para la realización de los exámenes ordenados a la menor de edad Luna? En segundo lugar, le corresponde a esta Sala indagar y responder: ¿si el juez de tutela actuó de acuerdo a los mandatos constitucionales al ordenar que se realizara a Luna, de 14 años de edad con síndrome de Down, una esterilización quirúrgica definitiva mediante un procedimiento denominado ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia?

Para dar respuesta a estos problemas la Sala abordará los siguientes asuntos: (i) la protección del derecho a la salud de menores en situación de discapacidad; (ii) las personas con discapacidad intelectual y el reconocimiento de su autonomia en la jurisprudencia constitucional; (iii) el deber de protección de los niños y las niñas a cargo de los padres y tutores; y finalmente pasará la Sala a analizar los problemas jurídicos del caso examinado.

3. La protección del derecho a la salud de menores en situación de discapacidad

3.1. Naturaleza jurídica y protección constitucional del derecho a la salud

La salud fue inicialmente consagrada en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política como un servicio público a cargo del Estado y concebida como derecho económico, social y cultural por su naturaleza prestacional. Sin embargo, progresivamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional fue avanzando en la vía del reconocimiento de su carácter fundamental hasta culminar dicha tarea en la Sentencia T-760 de 2008, en la que se definió el derecho fundamental a la salud como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad

mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser"[56]. Al mismo tiempo, la Corte Constitucional ha indicado que tal derecho se debe garantizar en condiciones de dignidad dado que su materialización resulta indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales[57].

A partir de la Sentencia T-760 de 2008[58] la Corte Constitucional reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud y las obligaciones que le incumben al Estado para la garantía y satisfacción del mismo. En dicha decisión, además de resumir y sistematizar los precedentes, la Corte Constitucional también hizo referencia a los tratados y convenios internacionales que han consagrado este derecho. Así, dentro de los numerosos instrumentos internacionales que reconocen la salud como derecho del ser humano, destaca de forma especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) así como el profundo desarrollo que hace de este artículo la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

Una de las herramientas que apalancó a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el reconocimiento de la salud como derecho fundamental y en la determinación de su alcance, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado mediante la Ley 74 de 1968, cuyo artículo 12 establece el derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", y consagra como una obligación internacional de los Estados partes, el respetar, proteger y garantizar el disfrute de las facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar su nivel más alto[59].

Por su parte, en la tarea de interpretación del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante la Observación General No. 14[60], explicó que el deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, implica incluir "el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental"[61].

De igual manera, la Observación presenta una serie de obligaciones legales en cabeza de los Estados Partes de carácter general y otras de carácter específicas. Frente a estas últimas, el documento dispone lo siguiente:

"En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos

médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas".

Estos instrumentos sirvieron a la Corte Constitucional para depurar el contenido del derecho a la salud e identificar los principios que deben guiar la prestación de los servicios que implementan las garantías del derecho fundamental a la salud, los cuales fueron resumidos en la Sentencia T-742 de 2017[62] de la siguiente forma:

"(i) Disponibilidad: implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población;

(ii) Aceptabilidad: hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida;

(iii) Accesibilidad: corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para obtener materialmente la prestación o suministro de los servicios de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar a los usuarios el ingreso al sistema de salud con barreras económicas mínimas y el acceso a la información.

(iv) Calidad: se refiere a la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

19. Ahora bien, tanto la Ley estatutaria como la jurisprudencia de la Corte han establecido una serie de principios que están dirigidos a la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad[63].

Por su parte, el Legislador promulgó la Ley Estatutaria 1751 de 2015, y con ella reguló esta garantía fundamental en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. Así, de un lado, se consagró como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial obligatorio que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, cuya ejecución se realiza bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado[64].

En síntesis, el derecho fundamental a la salud integra tanto la obligación del Estado de asegurar la prestación eficiente y universal de un servicio público sanitario que permita a todas las personas preservar, recuperar o mejorar su bienestar físico y mental, como la posibilidad de hacer exigible por vía de tutela tales prestaciones para garantizar el

desarrollo pleno y digno del proyecto de vida de cada persona[65].

A propósito de lo último, esta Corporación ha precisado que el derecho a la salud implica, no solo su reconocimiento sino la prestación continua, permanente, y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud deben "procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como (…) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados"[66].

En el ámbito internacional, entre los diversos instrumentos en materia de protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, se destacan los siguientes:

El artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra: "el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:(…) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud".

El artículo 4º de la Declaración de los Derechos del Niño, según el cual "…el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados".

El numeral 2º del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece unos parámetros encaminados a proteger los derechos fundamentales de los niños, puntualmente dice: "a) Es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños". A renglón seguido, el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para "la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad"[67].

Tales instrumentos garantizan ese disfrute del más alto nivel de salud, incluyendo los servicios de salud sexual y reproductiva. Así pues, tomando como referencia lo anotado en la sentencia T-665 de 2017[68] este derecho abarca: "(1) el mayor estándar posible de salud, en relación con la sexualidad, incluyendo el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; (2) el buscar, recibir e impartir información en relación a la sexualidad; (3) educación sexual; (4) respeto por la integridad corporal; (5) elección de pareja; (6) decidir ser o no ser sexualmente activo; (7) relaciones sexuales consensuadas; (8) matrimonio consensuado; (9) decidir tener o no tener, y cuándo tener hijos; y (10) ejercer una vida sexual satisfactoria, segura y placentera".

En resumen, la Constitución Política de 1991 ubica al derecho a la salud en un lugar estratégico y cuando se trata de menores de edad cobra mayor relevancia, porque las

garantías constitucionales deben acompañarse de los desarrollos de órganos internacionales que hacen parte del ordenamiento interno gracias al bloque de constitucionalidad, sin olvidar que desde la Carta Política se protege de manera especial a las personas en condición de discapacidad. Las leyes y la jurisprudencia han jugado un rol trascendental al proteger este derecho, al darle un alcance más amplio acorde al espíritu del legislador, pues se afirma que esta prerrogativa, a través de las EPS, debe cumplir con unos criterios de oportunidad, calidad, continuidad e integralidad, que se traducen en una adecuada prestación del servicio a los afiliados.

3.2. El Derecho a la salud y su protección reforzada para niños, niñas y adolescentes

Según lo dicho en el anterior numeral, la jurisprudencia constitucional y la normativa vigente han reconocido explícitamente la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable que corresponde a la salud. En lo que respecta a los niños, niñas y adolescentes, el carácter fundamental de este derecho cobra mayor importancia, en particular cuando se trata de protegerlo a través de la acción de tutela. Al respecto la Carta Política en su artículo 44 establece como derechos fundamentales de los niños "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social", precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de "asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"[69].

Como es sabido, el bloque de constitucionalidad también contiene diversas normas que consagran el derecho a la salud de los niños de forma prevalente. Así como lo reiteró, la sentencia T-196 de 2018[70], la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño establece expresamente el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su salud. De esta manera, prevé que "los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (…) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud"[71]. Del mismo modo, el artículo 3.1 de dicha Convención se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en "todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Así como se afirmó en el acápite anterior, el numeral 2º del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece unos parámetros encaminados a proteger los derechos fundamentales de los niños.

En la normatividad infraconstitucional interna, la Ley 1751 de 2015 en el literal f) del artículo 6 establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para las niñas, niños y adolescentes. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, niñez de los (7) a los catorce (14) años, y adolescencia de los quince (15) a los dieciocho (18) años. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes,

mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica.

Esta disposición normativa reitera el enfoque diferencial y la atención prioritaria que deben tener los niños, niñas y adolescentes en los siguientes términos:

"Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes […] y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención".

Ahora bien, tratándose de la prestación del servicio de salud requerido por los niños o las personas en situación de discapacidad, ha señalado la Corte que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe realizarse de manera dúctil, en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este tipo de sujetos[72].

Está Corporación ha sostenido que cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: "En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad. La jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud"[73].

En atención a lo expuesto, la acción de tutela resulta procedente cuando se trate de solicitudes de amparo relacionadas o que involucran los derechos de los niños, niñas o adolescentes, más aún si estos padecen alguna enfermedad o afección grave que les genere alguna condición especial. Lo anterior, por cuanto se evidencia la palmaria debilidad en que se encuentran dichos sujetos y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita del acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares.

3.3. El derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad

Las personas en situación de discapacidad son, antes que todo, seres humanos

iguales en dignidad y derechos que cualquier otra persona y, en consecuencia, sujetos del derecho a la salud y beneficiarios de las garantías y principios que lo rodean. Sin embargo, justamente las diversidades orgánicas y funcionales que pueden dar lugar a las discapacidades, requieren de una respuesta adecuada para garantizar el goce efectivo de sus derechos, y por supuesto, la vulnerabilidad acentuada que puede implicar la situación de discapacidad, debe ser tenida en cuenta para adecuar las medidas que garanticen sus derechos.

Al respecto, la Constitución Política en su artículo 13 le impone al Estado el deber de proteger de manera especial a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que se realicen contra ellas. Igualmente, el artículo 47 superior le obliga adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, proporcionándoles la atención especializada que requieren.

En ese sentido, la Corte en sentencia T-657 de 2008 ha señalado que "el Estado Colombiano está obligado a implementar medidas tendientes a garantizar los derechos de las personas con discapacidad, teniendo como principales campos de acción la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social, la recreación, la cultura entre otros"[74].

En relación con la salud esta Corporación ha manifestado que la atención integral de las personas con discapacidad tiene que estar encaminada a garantizar su desenvolvimiento dentro de la sociedad en condiciones dignas.

Igualmente, ha señalado, con base en el artículo 4º de las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades de personas con discapacidad, que el Estado tiene el deber de garantizar "el acceso de las personas con discapacidad a servicios de apoyo, que bien pueden traducirse en la preparación de personal capacitado para su atención, implementos ortopédicos e instrumentos de ayuda técnica que les permitan un mayor nivel de independencia respecto de otras personas y faciliten su desenvolvimiento en la sociedad, en condiciones autónomas que en tal sentido, aseguren una existencia digna sin que para el efecto constituyan impedimento alguno los padecimientos físicos, sensoriales o síquicos que los aquejen"[75].

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009, desarrolla el derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad. Su artículo 25 establece lo siguiente:

"Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud"[76].

La Convención establece una serie de medidas a adoptar con el propósito de materializar el derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad. Sobre lo anterior, se debe destacar que a los Estados les corresponde, entre otros deberes, (i) proporcionar los servicios de salud que necesite la población en condición de discapacidad, específicamente los requeridos como consecuencia de la discapacidad; (ii) proporcionar los servicios lo más cerca posible a sus comunidades, incluso en las zonas rurales; (iii) prohibir la discriminación contra dicha población en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional; al igual que (iv) velar porque tales seguros se presten de manera justa y razonable e; (v) impedir que se nieguen los servicios de salud, o de atención de la salud, o alimentos sólidos o líquidos por motivos de la discapacidad de los usuarios[77].

15. A su turno, la Ley 1306 de 2009 contempla la protección del derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad. Allí se establece lo siguiente:

"Ningún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia, a efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, de acuerdo con los lineamientos y programas científicos diseñados o aprobados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación de que trata la Ley 361 de 1997. // La organización encargada de prestar el servicio de salud y de 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"[78].

16. El artículo 9° de la Ley 1618 de 2013 describe que el derecho a la salud de las personas con discapacidad comprende el acceso "(…) a los procesos de habilitación y rehabilitación integral respetando sus necesidades y posibilidades específicas con el objetivo de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia, en su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida (…)". Para ello, a las EPS les corresponde:

"a) Garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios; b) Deberán establecer programas de capacitación a sus profesionales y empleados para favorecer los procesos de inclusión de las personas con discapacidad; c) Garantizar los servicios de salud en los lugares más cercanos posibles a la residencia de la persona con discapacidad, incluso en las zonas rurales, o en su defecto, facilitar el desplazamiento de las personas con discapacidad y de su acompañante; d) Establecer programas de atención domiciliaria para la atención integral en salud de las personas con discapacidad; e) Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad (…)".

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que el derecho fundamental a la salud implica que el individuo cuente con un diagnóstico efectivo[79]. Lo anterior conlleva: (i) una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, (ii) la determinación de la enfermedad que padece y (iii) el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud[80]. De acuerdo con este Tribunal, el derecho al diagnóstico efectivo comprende lo siguiente:

"(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles"[81].

El precitado derecho se puede vulnerar en la medida en que "la EPS o sus médicos adscritos

se rehúsen o demoren la determinación del diagnóstico y la prescripción de un tratamiento para superar una enfermedad”[82]. Al respecto, esta Corporación ha resaltado el deber del personal médico de las EPS que consiste en “emitir respecto del paciente un diagnóstico y la respectiva prescripción que le permita iniciar un tratamiento médico dirigido a la recuperación de su salud o al alivio de su dolencia”[83].

Por otro lado, esta Corte se ha referido al principio de integralidad en la prestación de los servicios de salud como la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema general de seguridad social en salud, de acuerdo con las disposiciones prescritas por el médico tratante. En ese sentido, a la EPS le corresponde garantizar todos los servicios de salud que requiera el paciente, sin que estos puedan fraccionarse. Pese a lo anterior, la Corte ha señalado que el principio de integralidad no debe interpretarse como la posibilidad que tiene el usuario de solicitar los servicios de salud que a bien le parezcan, ya que es el médico adscrito a la EPS a quien le corresponde determinarlos a partir de sus necesidades clínicas[84].

Igualmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que al juez constitucional le asiste el deber de ordenar el suministro de los tratamientos médicos necesarios para conservar o restablecer la salud de los pacientes. Lo anterior con el fin de evitar la presentación de acciones de tutela por cada servicio que sea prescrito por el médico al paciente y respecto de una misma patología, y permitir la prestación continúa de los servicios de salud[85].

En síntesis, el derecho fundamental a la salud está definido como la facultad del ser humano de mantener el mayor nivel posible de bienestar orgánico, funcional, físico y mental. Tal derecho debe garantizarse en condiciones de dignidad por ser indispensable para el ejercicio de otros derechos también fundamentales. En cuanto a las personas en situación de discapacidad y según lo que establece la CDPD a los Estados Partes les asiste el deber de: (i) proporcionar los servicios de salud que necesite la población en condición de discapacidad; (ii) proporcionar tales servicios lo más cerca posible a sus comunidades; (iii) prohibir la discriminación contra dicha población en la prestación de seguros de salud y de vida permitidos en la legislación, (iv) velar porque aquellos seguros se presten de manera justa y razonable e; (v) impedir que se nieguen los servicios de salud, o de atención de la salud, por motivos relacionados con la discapacidad de los usuarios. Esta Corte ha dispuesto que las personas tienen derecho a contar con un diagnóstico efectivo y a una atención en salud integral atendiendo las disposiciones generadas por el médico tratante sobre una misma patología.

4. Las personas con discapacidad intelectual y el reconocimiento de su autonomía en la jurisprudencia constitucional

4.1. El abordaje constitucional de la discapacidad en Colombia

Para la Constitución Política de Colombia, todos los seres humanos son iguales en derechos; son seres completos, integrales y dignos. La diversidad hace parte de la especie humana y la enriquece. Desde esa perspectiva, la concepción constitucional actual aborda la discapacidad como el efecto de las barreras sociales que impiden el pleno goce de los derechos en condiciones de igualdad y limitan la integración social como respuesta al

funcionamiento orgánico o funcional diferente del de la mayoría de las personas[86].

Desde su jurisprudencia temprana[87], esta Corte ha reconocido que la Constitución Política consagra a cargo del Estado un deber positivo de trato especial, a favor de las personas con diversidades funcionales, de tal manera que la función y servicios que brinda el Estado no estén diseñados de forma que constituyan barreras para ciertas personas en virtud de sus diferencias, sino que dichas diferencias sean tenidas en cuenta para responder efectivamente a sus requerimientos y garantizar de esa forma sus derechos.

Para la Constitución Política las personas en situación de discapacidad tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad. La omisión de este deber puede convertirse en una lesión a los derechos fundamentales de las personas y, en consecuencia, sería inconstitucional.

A ese respecto, esta Sala reitera lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-478 de 2003, en el sentido que:

"De conformidad con la Constitución el compromiso que tiene el Estado para con las personas discapacitadas es doble: por una parte, abstenerse de adoptar o ejecutar cualquier medida administrativa o legislativa que lesione el principio de igualdad de trato; por otra, con el fin de garantizar una igualdad de oportunidades, remover todos los obstáculos que en los ámbitos normativo, económico y social configuren efectivas desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de estas personas, y en tal sentido, impulsar acciones positivas"[88].

Por su puesto que la perspectiva constitucional actual de la discapacidad no se nutre únicamente de la perspectiva original del constituyente primario, sino de la evolución jurisprudencial en la materia, y en particular, de la integración del bloque de constitucionalidad con instrumentos especializados sobre el tema abordado.

4.2. Los derechos de las personas con discapacidad en las normas del bloque de constitucionalidad

Tal como se mencionó en la Sentencia C-042 de 2017,[89] la relación entre la carta internacional y regional de derechos humanos y la carta de derechos fundamentales de la Constitución Política Nacional no es una relación de jerarquías normativas, sino de complementariedad dinámica. Se trata de dos sistemas de protección (internacional e interno) que a través del diálogo normativo y jurisprudencial buscan potenciarse mutuamente, con el único objetivo común de que, frente a cada caso y contexto específico, se pueda garantizar el más alto nivel de protección a la dignidad humana, en cumplimiento del principio pro personae[90].

En cuanto a los derechos de las personas en situación de discapacidad, la norma internacional que más relevancia ha cobrado es la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad" (en adelante la Convención o la CDPD), adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, aprobada en Colombia por la Ley 1306 de 2009[91], declarada exequible por la sentencia C-293 de

2010[92] y ratificada por el Estado colombiano el 10 de mayo de 2011. Esta Convención se enmarca en el abordaje social de la discapacidad y procura superar con ello el modelo médico – rehabilitador que erróneamente veía a la discapacidad como una enfermedad que requería rehabilitación y no como el producto de las barrearas sociales impuestas ante una característica más de la diversidad humana.

El artículo 7º de la Convención obliga a los Estados partes a tomar las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad con sus demás congeneres. Además, reitera la protección de su interés superior y la obligación de los Estados partes de garantizar que: "los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez. En igualdad de condiciones con los demás niños y niñas y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho"[93].

Más adelante y en su artículo 23, titulado como de "respeto del hogar y de la familia", la CDPD compromete a sus Estados parte a tomar correctivos efectivos y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales. La adopción de esas medidas debería conducir a eliminar cualquier restricción, distinción o exclusión que impida que las personas con discapacidad puedan casarse o formar una unión civil o que limite la posibilidad de que ejerzan, en iguales condiciones que los demás, sus derechos sexuales y reproductivos. En particular, el mencionado artículo sostiene:

"Artículo 23

Respeto del hogar y de la familia

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

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

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

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

Parte importante del compromiso que incumbe a los Estados en ese sentido consiste en eliminar los regímenes de sustitución de decisiones para dar pleno valor a la decisión propia a través de ajustes razonables y apoyos necesarios que permitan una expresión libre y consciente de su voluntad, especialmente en materias que hacen parte de su vida privada y su autonomía personal.

En su Observación General Nº 1, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad advirtió al respecto que la negación de la capacidad jurídica de las personas en condición de discapacidad suele conducir a privarlas del ejercicio de sus derechos de reproducción, a casarse y a fundar una familia y de su derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y para el tratamiento médico. Tal situación impacta de manera específica a las personas con discapacidades cognitivas o psicosociales y, en particular, a las mujeres[94], quienes, en lo que atañe a sus derechos sexuales y reproductivos, suelen ubicarse en una posición más vulnerable.

Por último, el Comité identificó a las mujeres y las niñas en situación de discapacidad como sujetos "especialmente vulnerables a la esterilización forzada y ciertos tratamientos médicos, como la administración de fármacos y electrochoques" y, en alusión a los artículos 23 y 25 de la CDPCD, insistió en la prohibición de los tratamientos forzados y coercitivos de las personas que sufren algún tipo de discapacidad intelectual "independientemente de que se aduzca que ello redundaría en su interés". Este compromiso está ligado al reconocimiento que hace su preámbulo de los riesgos de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación a los que las niñas y mujeres con discapacidad suelen verse expuestas.

Finalmente, existe un consenso internacional acerca de que el tratamiento obligatorio o forzado de las personas con discapacidad puede llegar a constituir maltrato o tortura[95]. Se trata de una práctica que vulnera la integridad física y mental de las mujeres en situación de discapacidad, su derecho a la salud sexual y reproductiva y su libertad de disponer de su cuerpo. Todos, también, han coincidido en atribuir ese tipo de prácticas a la persistencia de los estereotipos sociales que retratan a las mujeres en situación de discapacidad como seres hipersexuales o las infantilizan.

Lo cierto es que, en tanto tienen el efecto de impedir que las personas en situación de discapacidad gocen y ejerzan, en igualdad de condiciones que los demás, tales derechos y libertades fundamentales, las esterilizaciones forzosas configuran, también, una práctica discriminatoria.

En conclusión, la perspectiva actual a partir de la cual el constitucionalismo colombiano aborda los derechos de las personas con discapacidad parte, al menos, de cuatro postulados inamovibles. El primero es que los seres humanos son iguales en dignidad y derechos y que las condiciones y funcionamiento de sus órganos y facultades no tienen ninguna incidencia en ello ni pueden servir de excusa para dejar de garantizar íntegramente sus derechos. En segundo lugar, la discapacidad es ante todo el fruto de las barreras que la sociedad y el Estado imponen a ciertas personas con diversidad orgánica o funcional y que impiden el disfrute y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad. En tercer lugar,

es deber del Estado y de la sociedad, no solo abstenerse de imponer barreras sino adelantar todos los ajustes razonables para que las personas con diversidad orgánica o funcional puedan alcanzar, en la mayor medida posible, el goce y ejercicio pleno de sus derechos. En cuarto lugar, se debe respetar la autonomía de la voluntad de las personas en situación de discapacidad intelectual o mental, presumir su capacidad para tomar decisiones sobre los asuntos que les competan y excluir al máximo la sustitución de la voluntad para dar paso a los apoyos y ajustes razonables que permitan el ejercicio autónomo de su voluntad.

Estas conclusiones, se traducen en materia de derechos sexuales y reproductivos en que no se admiten tratos discriminatorios contra las personas en situación de discapacidad y particularmente en que está prohibida toda posibilidad de esterilización basada en discriminación contra las personas en situación de discapacidad mental o intelectual. Por otra parte, dada la acentuada vulnerabilidad de que pueden ser objeto las niñas y mujeres con discapacidad, particularmente frente a riesgos como el abuso, la explotación y el acoso sexual, el papel de los padres, de la sociedad y del Estado es el de actuar de tal forma que se garantice su protección, pero de ninguna forma ello puede llevar al abandono y mucho menos a la esterilización forzada.

4.3. Control abstracto de constitucionalidad de las normas que avalan la esterilización de personas con discapacidad mental a través del consentimiento sustituto

4.3.1. En 2014, la Corte estudió una demanda de constitucionalidad formulada contra el artículo 7º de la Ley 1412 de 2010, que prohíbe que los menores de edad sean sometidos a procedimientos de anticoncepción quirúrgica.

Frente al cargo por violación del derecho a la igualdad contra los menores de edad, la Sentencia C-131 de 2014[96] indicó que la prohibición no desconocía el derecho a la autodeterminación de los menores de edad, pues estos podían acceder a otros mecanismos no irreversibles ni definitivos de anticoncepción mientras cumplían los 18 años. El fallo, no obstante, resolvió que la prohibición podría inaplicarse ante un riesgo inminente de muerte a raíz de un eventual embarazo, siempre que tal condición se certificara medicamente, se contara con autorización judicial y la menor otorgara su consentimiento.

Un segundo cargo fue presentado por los demandantes, respecto a la eventual infracción de los derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad en situación de discapacidad por cuenta de la prohibición general de que los menores de edad se sometan a procedimientos de esterilización[97]. Al respecto, la Sentencia C-131 de 2014 lo declaró exequible reiterando lo dicho en relación con el primer cargo, y además, porque consideró que tampoco en ese caso la edad es un criterio sospechoso de discriminación, y porque la posibilidad de que los menores en situación de discapacidad accedan a otros mecanismos de anticoncepción descarta la infracción de sus derechos sexuales y reproductivos. Sostuvo además que su libre desarrollo de la personalidad tampoco se vulnera, porque una decisión tan definitiva y trascendental como lo es la esterilización, exige una capacidad reflexiva y volitiva que no es plena antes de cumplir los 18 años.

En todo caso, la providencia resolvió que la regla general de prohibición prevista en el artículo 7º de la Ley 1412 de 2010 admite excepciones. El fallo identificó dos. Según dijo, es posible que una menor en situación de discapacidad sea sometida a una esterilización

quirúrgica si existe un riesgo inminente para su vida como consecuencia de un embarazo que no pueda evitarse eficazmente por otros medios. El procedimiento podría realizarse cuando la menor brinda su consentimiento informado al respecto; un juez constata su capacidad reflexiva para consentir la cirugía y un concepto médico interdisciplinario determina que la operación es imprescindible.

La segunda excepción es la que se presentaría cuando se verifica la imposibilidad de que el menor pueda brindar, en el futuro, su consentimiento para la práctica de este tipo de procedimientos. Dice al respecto el fallo que "si no hay capacidad de consentir, ni existe la posibilidad de que se desarrolle en el futuro, tampoco se atenta contra el derecho a una autonomía que no puede ejercer el menor. Solo así se logra proteger la vida y la integridad del niño, y se logra evitar su instrumentalización cuando no existen otros mecanismos eficaces para evitar la procreación".[98] Así las cosas, concluyó que el consentimiento de los menores con discapacidad respecto de la posibilidad de que se les practique una cirugía de esterilización puede ser sustituido, si padecen una "discapacidad profunda severa, certificada médicamente" que les impida brindar su consentimiento sobre el particular en el futuro.

4.3.2. En la Sentencia C-182 de 2016[99] la Corte estudió una demanda promovida contra el artículo 6º de la Ley 1412 de 2010, que permite que la solicitud y el consentimiento para la práctica de los procedimientos de esterilización de los "discapacitados mentales" sean suscritos por su representante legal, siempre que se cuente con la autorización de un juez.

Tras confrontar la norma con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano frente a la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, la Corte decidió que la exequibilidad de la norma se daba en el contexto de la jurisprudencia constitucional que condicionaba la viabilidad del consentimiento sustituto a que la persona hubiera sido declarada interdicta, lo que cabría únicamente en casos de "personas en situación de discapacidad mental absoluta con fundamento en una discapacidad mental severa y profunda" y a que se hubiera obtenido una autorización judicial para llevar a cabo el respectivo procedimiento. Por su parte, explicó que la autorización judicial estaría supeditada a la imposibilidad de que la persona concernida pudiera emitir su consentimiento en el futuro y la necesidad médica de la esterilización.

En su sentencia, la Corte decidió condicionar la constitucionalidad del artículo 6º de la Ley 1412 de 2010 para que se entendiera que: "la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el procedimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y solo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga"[100].

4.4. La jurisprudencia constitucional en sede de Tutela sobre la esterilización de personas en situación de discapacidad mental

A continuación, la Sala hará una breve reseña de las decisiones proferidas en sede de control concreto de constitucionalidad sobre casos que presentan elementos fácticos similares a los de aquel que actualmente se estudia, y que fueron resueltas con

posterioridad a la ratificación de la CDPD y de las leyes 1306 de 2009 y 1214 de 2010[101].

4.4.1. En la Sentencia T-063 de 2012[102], la Sala Cuarta de Revisión estudió el caso de una joven de 21 años en condición de discapacidad mental moderada, a quien su padre pretendía esterilizar quirúrgicamente sobre el supuesto de que no era "apta para ser madre de familia". La solicitud no fue valorada de fondo porque la joven no había sido declarada interdicta. Eso suponía que su padre no estaba legitimado para presentarse como su representante legal. Sin embargo, el caso presentaba una circunstancia que lo distinguía de las situaciones que la Corte había valorado hasta entonces. En esa ocasión, el procedimiento había sido autorizado por la EPS. La tutela se promovió ante los obstáculos administrativos que había impuesto el hospital para realizarlo.

La Sala, no obstante, determinó que la autorización no había tenido sustento científico ni constitucional, y que se oponía a los compromisos convencionales que el Estado colombiano había adquirido recientemente respecto de la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad. El fallo dejó sin efecto la autorización para realizar el procedimiento y dictó órdenes encaminadas a garantizar que accediera a información y orientación sobre sus derechos sexuales y reproductivos y sobre los métodos de planificación que más se ajustaran a sus necesidades. En la sentencia, la Sala Cuarta hizo énfasis en que las personas con discapacidad tienen derecho a acceder a información sobre sus derechos sexuales y reproductivos, lo que implica que las EPS deben evaluar la formas para que, según las condiciones de cada persona, la información al respecto se brinde por especialistas y a través de los métodos adecuados que garanticen su accesibilidad.

4.4.2. En la Sentencia T-740 de 2014[103], con posterioridad al pronunciamiento de la Corte sobre la constitucionalidad de la prohibición de esterilización de los menores de edad contemplada en la Ley 1412 de 2010, la Sala Novena de Revisión debió dilucidar si una EPS había vulnerado los derechos fundamentales a la autonomía y la integridad personal, a la salud sexual y reproductiva y al consentimiento libre e informado de una menor de edad con síndrome de Down, al negar la práctica de un procedimiento de esterilización quirúrgica de "ligadura de trompas", de conformidad con lo que su padre había solicitado a ese respecto.

En principio, el fallo se refirió al mandato internacional que, tras la ratificación de la CDPD, vinculaba al Estado colombiano a adoptar todas las medidas necesarias para reconocer que las personas en situación de discapacidad pueden tomar sus propias decisiones y a otorgarles los apoyos y ajustes razonables que les permitan emitirlas. También advirtió que la esterilización vulnera los derechos de las mujeres y de las niñas en situación de discapacidad cuando no consulta su consentimiento. Finalmente, la Sala determinó la improcedencia del amparo, por ser el juez de familia el competente para garantizar los derechos de las mujeres y de las niñas en situación de discapacidad. Pero manifestó que el procedimiento no podía autorizarse por vía de tutela porque el caso no se enmarcaba en las hipótesis exceptivas a la prohibición general de practicar esterilizaciones a menores de edad en situación de discapacidad contempladas en la Sentencia C-131 de 2014.[104] Precisó, al respecto, que la paciente era menor de 14 años, lo cual suponía que su caso

estuviera enmarcado en el ámbito de la prohibición de derecho para practicar el procedimiento.

4.4.3. En la Sentencia T-303 de 2016[105] la Sala Séptima de Revisión resolvió la solicitud de una madre para que se autorizara la esterilización de su hija, pues la EPS le exigía allegar una órden judicial para el efecto. Como fundamento de su solicitud, narró que la joven era de "muy difícil manejo" y que debía encerrarla porque era "asediada por los hombres". La Sala Séptima estableció que la conducta de la EPS se había ajustado al ordenamiento constitucional, porque para el momento de la interposición de la tutela la hija de la actora era menor de edad, de manera que solo podía procederse a la esterilización con autorización judicial. Por otro lado, puesto que en el momento de la revisión de la Tutela la paciente ya era mayor de edad, sostuvo que la joven debía someterse a una valoración médica especializada que permitiera establecer si su "condición le permitiría, en el futuro, tener o no la suficiente autonomía en su voluntad para asumir una decisión de tal trascendencia", de tal forma que si las condiciones se ajustaban a lo decidido en la Sentencia C-182 de 2016,[106] la EPS debería informarle a su representante legal sobre el procedimiento quirúrgico o médico a seguir, para que, eventualmente, este otorgara su consentimiento sustituto.

4.4.4. Poco más adelante, la Sala Novena de Revisión profirió la Sentencia T-573 de 2016[107] en la que revisó la acción de tutela sobre una niña quien, luego de la implantación del dispositivo "anticonceptivo subdérmico Jadelle", sufrió una serie de afectaciones a su salud general por lo que su madre pidió: "amparar los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física y a la seguridad social de su hija", para que se le ordenara a la Unidad Hospitalaria practicarle la intervención quirúrgica consistente en retirar el dispositivo anticonceptivo subdérmico Jadelle y realizarle, en su reemplazo, la tubectomía.

Luego de un profundo análisis sobre la jurisprudencia constitucional en la materia, y sobre el alcance de las obligaciones internacionales del Estado Colombiano, fruto de la ratificación de la Convención sobre Personas con Discapacidad, la Sala Novena de Revisión decidió reiterar la postura por la cual no es permitido en Colombia un procedimiento de anticoncepción definitiva de una persona menor de edad sin dependencia de si existe o no discapacidad mental, y además dictó una serie de ordenes dirigidas a implementar los ajustes necesarios para el idóneo desempeño de rol de los familiares, los proveedores de servicios de salud y el personal médico en la provisión de apoyos para la toma de decisiones sobre anticoncepción. Dentro de las medidas, que incluyeron la asesoría y acompañamiento a la menor para que pueda tomar las decisiones que afecten su salud sexual y reproductiva, también se decidió traducir el contenido de la sentencia a un formato de lectura fácil que permita su comprensión a todas las personas psicosocialmente diversas.

4.4.5. Finalmente, en la Sentencia T-665 de 2017[108], la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una niña de 16 años con síndrome de Down quien había sido declarada interdicta y se autorizó a su madre para que gestionara en nombre de su hija todo lo relacionado para llevar a cabo el método anticonceptivo definitivo, pero Profamilia, al percatarse de que se trataba de una menor de edad se negó a adelantar tal procedimiento.

La Corte decidió que la negativa de Profamilia era razonable por cuanto, al verificar que la adolescente sí podía otorgar su consentimiento libre e informado mediante el uso de apoyos y ayudas respecto del procedimiento del método anticonceptivo definitivo, entendió que no se encontraba en las causales que permitían exceptuar la prohibición general de esterilización a menores de edad, incluso cuando su deseo era practicarse la cirugía.

En aquella decisión, la Sala Quinta compiló las reglas que la jurisprudencia constitucional había decantado hasta entonces sobre el asunto, y que sirven de fundamento para la solución del caso concreto de Luna, por lo que en esta sentencia se reiteran de la siguiente forma:

i) Según el artículo 7° de la Ley 1412 de 2010 existe una prohibición general de esterilizar a menores de edad, que se extiende también a los menores de edad en situación de discapacidad[109].

ii) Esta prohibición puede exceptuarse bajo autorización judicial cuando un posible embarazo ponga en riesgo, científicamente probado, la vida de la mujer menor de edad. En ese caso, debe ser solicitado por los padres o representante legal; y se debe contar con la aceptación libre e informada de la menor de edad. Esta última condición es aplicable también a las niñas con discapacidad mental o intelectual, para lo cual se debe contar con los apoyos necesarios a fin de verificar la aceptación libre e informada.

iii) Puntualmente para el caso de las menores en situación de discapacidad que, pese a los apoyos y ajustes necesarios no puedan brindar su consentimiento libre e informado, la realización de este tipo de procedimientos médicos está prohibida, y solo puede exceptuarse por decisión judicial, luego de un procedimiento en que, partiendo de la presunción de la capacidad de la menor para ejercer su autonomía reproductiva se verifique:

1) que la persona hubiera sido declarada interdicta a través de un proceso judicial diferente y previo;

2) que existe un riesgo científicamente probado que justifique la necesidad médica de la intervención quirúrgica,

4) que la menor esté en situación de discapacidad profunda y severa;

5) que se hayan brindado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la menor pueda expresar su decisión, infructuosamente; y

6) que no haya posibilidad de que la menor pueda brindar su consentimiento en el futuro.

5. El deber de protección de los niños y las niñas a cargo de los padres y tutores

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el rol principal que asumen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes implica, en contrapartida, que "(…) las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades"[110].

Al unísono, los artículos 5 y 42 de la Constitución establecen que la familia, en sus diversas formas, es el núcleo fundamental de la sociedad y por ello corresponde tanto al Estado como a la sociedad ampararla y garantizar su protección integral. Frente al particular, recalcó esta Corte en Sentencia C-507 de 2004 que:

"el Estado debe apoyar a la familia y a la sociedad en el desempeño de sus tareas. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los menores, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, el Estado debe asegurar plenamente el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud"[111].

Así pues, en la reciente Sentencia T-384 de 2018[112] se recalcó la importancia que tiene el cuidado de los menores como una implicación de la progenitura responsable, de tal forma que es justamente el cuidado debido a los menores de edad aquello en que se funda el ejercicio de la patria potestad. En efecto, es a partir de ese deber de cuidado que "se garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se hace efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella".

Bajo ese parámetro, la jurisprudencia de esta Corte estableció que de la primera parte del artículo 44 superior se desprende el principio de protección del menor frente a riesgos prohibidos, según el cual los niños "serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos". La Corte asume que este principio obliga a los padres, a la sociedad y al Estado a "resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico"[113].

Ahora bien, las situaciones descritas no subsumen todas las formas de violencia o amenaza posibles contra el bienestar de un menor, sino que las mismas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto[114].

Es evidente que el nivel de responsabilidad y la exigencia de cuidado dependen del grado de vulnerabilidad en que se encuentre el menor de edad. Así, es claro que los derechos de los niños y niñas en la primera infancia requieren de quienes ejercen el rol de padres un mayor nivel de protección y que, conforme el desarrollo corporal y mental de la persona, las tareas de cuidado y protección a cargo de los padres y de los adultos que tienen a su cargo al menor también cambian, sin que ello implique que desaparezcan.

La naturaleza y el nivel de los riesgos a los que se ve expuesto un menor de edad cambian con la edad, el desarrollo y el contexto en que se desenvuelve, y ante dichos riesgos, las tareas de cuidado y el deber de protección deben adaptarse. Así mismo, sucede con los menores de edad que tengan algún tipo de diversidad orgánica o funcional física, mental o intelectual; en estos casos el deber de cuidado y protección debe ajustarse razonablemente a una protección eficaz y adecuada, partiendo de que en todo caso es el interés superior de los niños y las niñas el que debe primar, y ante dicha primacía debe responder el actuar de los adultos a cargo, pero también de la sociedad y del Estado.

En efecto, en una situación concreta se debe sopesar entre los derechos del niño y el de los padres. Cuando no se pueda mantener el equilibrio, la solución será la que atienda el interés superior del menor; es decir, solo primarán los derechos e intereses de los niños frente al de sus padres si tal salida efectivamente materializa su interés superior. En vista de que es imposible tener una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar los intereses de los padres y los del menor, tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso.

A modo de conclusión, se tiene que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, tal como se ha explicado a lo largo de esta sentencia; y cuando estos hechos se manifiesten, es deber del Estado intervenir en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo[115].

Todo lo anterior se compagina con el compromiso que la CDPCD impuso a sus Estados parte, respecto de la implementación de medidas que garanticen que las mujeres y niñas en situación de discapacidad disfruten plenamente de sus derechos y libertades, en especial frente al reconocimiento a los riesgos de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación a los que suelen verse expuestas[116].

Por consiguiente, la protección que deben los padres y el Estado a los niños, niñas y adolescentes, y en especial frente a los menores con diversidades funcionales cognitivas, no puede ser desconocida. La situación acentuada de vulnerabilidad de una niña por su condición de discapacidad mental implica un mayor deber de cuidado de parte de quienes, en su rol de padres, tutores educadores o personal de salud, lo ejerzan. De tal manera que la responsabilidad por la protección de su cuerpo y de su sexualidad no puede liberarse acudiendo a intervenciones quirúrgicas definitivas, que lejos de proteger la salud de las menores, atentan contra su autonomía y su integridad.

Los riesgos que atañen a las menores adolescentes con síndrome de down no son únicamente los embarazos, sino fundamentalmente los actos de abuso sexual contra menores, y frente a estos riesgos solo el cuidado permanente puede generar resultados. De ninguna manera, la integridad corporal y la autonomía de una menor de edad puede ser cercenada a través de esterilizaciones forzadas para facilitarle a los adultos el obrar de forma negligente frente a sus deberes de cuidado; de forma que los progenitores, o curadores, o guardadores no pueden acudir a la acción de tutela requiriendo la esterilización forzada de una menor desconociendo sus derechos fundamentales.

6. Análisis de la decisión de tutela que concedió la protección de los derechos de Luna y del grado de cumplimiento de dichas ordenes

6.1. La situación actual de los procedimientos y exámenes médicos ordenados a Luna

La señora Ema en calidad de agente oficiosa de su hija Luna (menor de 14 años y en situación de discapacidad intelectual) presentó acción de tutela en contra de la EPS Coomeva, con fundamento en la falta de autorizaciones y de asignación oportuna para citas y exámenes. La accionante, incluye en su escrito los siguientes exámenes y procedimientos

que fueron ordenados por el médico tratante para su hija:

1. Valoración por genética.

2. Ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia (esterilización definitiva).

3. Consulta de primera vez por especialista en psiquiatría pediátrica.

4. Consulta de primera vez por psicología.

5. Aplicación de prueba neuropsicológica 4 sesiones.

6. Consulta de control por otorrinolaringología.

7. Audiometría de tonos puros aéreos y óseos con enmascaramiento (audiometría tonal).

De este modo, indicó que se trasgredían los derechos de Luna a la vida, la igualdad, la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social[117].

6.1.1. Por otra parte, durante el trámite de la Tutela en primera instancia, la entidad accionada guardó silencio y la vinculada ADRES, extemporáneamente indicó que le corresponde a la EPS por mandato legal la obligación de garantizar la prestación de los servicios médicos requeridos por la menor; recordando el criterio de oportunidad por el cual no se pueden imponer barreras de acceso a la atención de sus afiliados con la excusa de no tener contratado los servicios. En este orden de ideas, solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva[118].

La decisión de tutela que concedió parcialmente la protección de los derechos invocados por la accionante ordenó la realización inmediata de los procedimientos, por lo que, durante el trámite de revisión surtido ante esta Corporación, la Sala decidió solicitar a la EPS que informara sobre el estado de cumplimiento de las órdenes de la decisión a fin de verificar si se habían realizado los exámenes y procedimientos ordenados. Por otro lado, el juez de instancia negó la tutela respecto de la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

En escrito del 12 de febrero de 2019, la EPS Coomeva remitió a esta Corte su respuesta en el que informó lo siguiente su afiliada:

"-Valoración por genética: Antes de realizar una programación para valoración por genética se deben realizar una serie de procedimientos internos que permitan concluir con la materialización de la misma. En este caso, la valoración genética se encuentra en cotización, ello sucede porque no suficientes IPS cuentan con la mencionada especialidad.

(…)

-Ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia: respecto a dicho procedimiento se encuentra en cotización, el 25 de enero de 2019 se solicitó apoyo al

quirúrgico por medio del cual se informa que el servicio se encuentra en cotización.

(…)

-Consulta por especialista en psiquiatría pediátrica: Última cita a la que asistió fue el 10 de diciembre de 2018, se adjunta soporte;

(…)

-Consulta psicología: Menor fue valorada el 12 de julio de 2018 por psicología con Dr. Mateo Castrillón Aristizábal En Entidad Comité de Estudios Médicos S. A. S.

(…)

-Aplicación de prueba neuropsicológica 4 sesiones: Fue generada la orden el 17 de abril de 2018.

(…)

-Consulta por otorrinolaringología: Asistió el 26 de septiembre de 2018 a la respectiva cita.

-Audiometría de tonos puros aéreos y óseos con enmascaramiento: Se generó ordenamiento para la realización de procedimiento el 7 de julio de 2018. Fue realizada en el centro de otorrinolaringología de Antioquia el 17 de octubre de 2018"[119].

6.1.2. Acorde con el informe de cumplimiento allegado en sede de revisión, la EPS Coomeva acreditó el cumplimiento de cinco de las siete prestaciones judicialmente ordenadas, pues tanto la valoración por genética, como el procedimiento quirúrgico anticonceptivo se encontraban en cotización. Respecto de la valoración genética la entidad afirmó que el incumplimiento de la orden judicial se debe a la dificultad que surge de que no todas las IPS cuentan con ese servicio[120], no obstante existir una solicitud de servicios (N° 9305449) que data del 12 de febrero de 2018[121] y que ha transcurrido más de un año a la fecha.

Respecto del procedimiento ordenado de "ablación u oclusión de trompa de falopio bilateral por laparoscopia," la entidad accionada manifestó que al 25 de enero de 2019 se encontraba en cotización, sin embargo, dada la gravedad de este procedimiento a la luz de los derechos sexuales y reproductivos de la menor, la Sala optó por decretar una medida provisional ordenando a la EPS Coomeva abstenerse de continuar con dicho trámite, porque su realización, en este contexto, podría vulnerar los mismos derechos fundamentales de la accionante que se pretenden proteger[122].

6.1.3. Con fundamento en la respuesta de la EPS y según las reglas jurisprudenciales y legales analizadas en la parte considerativa de esta decisión, la Sala ve necesario referirse por separado respecto de las órdenes dictadas en la Sentencia revisada así: i) los procedimientos -distintos a la esterilización definitiva- que aún siguen pendientes de realización y ii) el procedimiento de esterilización definitiva solicitado por la madre de Luna y ordenado judicialmente.

6.2. Los procedimientos y exámenes realizados como resultado de la orden judicial emitida.

En esta ocasión la Sala recuerda que, al proteger en cada caso concreto el derecho a la salud de una persona, el juez debe evaluar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos, lo que en materia de salud implica tener de presente las diferentes facetas de las barreras que constituyeron restricciones o amenazas al derecho del accionante. Así, en sentencia T-397 de 2017[123] se recordó que las restricciones al acceso a tratamientos, medicamentos y procedimientos incluidos en el PBS, es a todas luces una vulneración al derecho a la salud; y en particular, en cuanto a la oportunidad del servicio, la Corte indicó que "cuando hay demoras en la prestación de servicios de salud se afirma que inicia la vulneración del derecho a la salud, ya no por causas intrínsecas y naturales de la enfermedad, sino desde el punto de vista de la diligencia con la que actúa la entidad que presta el servicio"[124].

De esta manera, la Corte ha decantado una serie de subreglas jurisprudenciales que se pueden resumir en que: (i) la prestación de los servicios de salud no debe ser interrumpida o dilatada por causa de la negligencia o demoras en los trámites administrativos que están a cargo de la EPS. En tales casos, la conducta de las Entidades Promotoras de Salud implica una vulneración de los derechos fundamentales de los afiliados; (ii) la falta de oportunidad en la prestación de servicios de salud, respecto a las condiciones particulares de un caso concreto, constituye una vulneración del derecho a la salud, más aun, cuando la ausencia del servicio genera dolores intensos o profundiza el deterioro del estado de la persona; y (iii) el plazo razonable de la prestación de un servicio obedece estrictamente a las necesidades naturales de la patología y la condición del paciente.

En el caso objeto de análisis, se tiene que el 28 de junio de 2018 la menor Luna con 14 años de edad para ese entonces, debió acudir a la tutela, a través de su madre Ema, para exigir a su EPS la prestación de los servicios de salud a su cargo de manera diligente, ya que entre los meses de febrero y marzo de 2018 fueron solicitados y autorizados.

Luna tiene diagnóstico de síndrome de Down no especificado, amigdalitis crónica[125], trastornos funcionales de los polimorfos nucleares neutrófilos[126], y solicita, a través de su madre, orientación sobre métodos anticonceptivos. Es claro que las condiciones médicas de la menor requieren de la atención adecuada para propender por su proceso académico, su desarrollo social, emocional, sicológico y afectivo. Específicamente, fueron ordenados y autorizados los siguientes exámenes y procedimiento:

"-Valoración por genética.

-Ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia.

-Consulta por especialista en psiquiatría pediátrica.

-Aplicación de prueba neuropsicológica 4 sesiones.

-Consulta por otorrinolaringología.

-Audiometría de tonos puros aéreos y óseos con enmascaramiento."

Frente a la reticencia de la EPS de otorgar las fechas de las consultas, la madre de la accionante acudió a la acción de Tutela y tan solo, después de proferida las órdenes contra la entidad accionada, mediante sentencia de 12 de julio de 2018 por el Juez Séptimo de Ejecución Civil Municipal de Medellín, se puede afirmar que solo una de las seis prestaciones, la consulta de primera vez por el área de Psicología, cumplió con el término otorgado por el operador judicial[127].

Las pruebas de neuropsicología (4 sesiones) y la consulta de otorrinolaringología se llevaron a cabo solo hasta el mes de septiembre, superando en un mes el plazo de 48 horas concedido en el fallo en mención.

Finalmente, el examen de audiometría tonal y la consulta por la especialidad de Psiquiatría, se realizaron el 17 de octubre de 2018 y en el mes de noviembre, respectivamente, tres y cuatro meses después de emitida la sentencia objeto de revisión.

En tal sentido, si bien la entidad accionada realizó los exámenes requeridos por la menor, ello no sucedió en el marco de la debida diligencia que compete a las entidades prestadoras de salud, en especial frente a los derechos de los menores de edad, sino que fue solo después de acudir a la acción de tutela y de que el juez lo ordenara, y aun así, con retrasos injustificados frente a lo ordenado judicialmente, que por fin Luna pudo obtener las citas para la realización de sus exámenes.

En conclusión, la actitud asumida por la EPS accionada muestra que ha actuado con negligencia frente al cumplimiento de sus obligaciones de garantizar la salud e integridad física de la menor. La falta de atención médica oportuna a la que ha estado sometida la adolescente le ha impedido continuar con un tratamiento integral por su condición, generando también un estado de incertidumbre para su familia, que no es admisible, y que se traduce en el sufrimiento y la imposibilidad de obtener resultados oportunos que mejoren su esfera física, debido a la negligente inoperancia de la entidad demandada.

Por esa razón, la Sala confirmará parcialmente la decisión de primera instancia de Tutela por la cual se concedió la protección de los derechos a Luna y, adicionalmente, la Sala remitirá copia del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de las EPS, para que en cumplimiento de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias adelante las investigaciones y se pronuncie acerca de los hechos que dieron origen a la presente tutela[128].

6.3. Los procedimientos -distintos a la esterilización definitiva- que aún siguen pendientes de realización.

De los siete exámenes y procedimientos que fueron ordenados por decisión judicial, solo 5 se han cumplido. Pues bien, un capítulo especial merece el incumplimiento continuo y reiterado de Coomeva EPS en la realización del examen de valoración por Genética, puesto que mediante razones administrativas injustificadas[129], que en realidad son actos dilatorios, la entidad ha omitido realizar el examen que la paciente requiere.

A partir de la respuesta recibida por Coomeva EPS, que atribuye la demora al proceso de cotización del examen, el cual se habría retardado hasta la fecha dada la dificultad de que

“no suficientes IPS cuentan con la mencionada especialidad”, es evidente que la EPS está vulnerando el derecho a la salud de Luna.

En efecto, excusar la demora de más de 6 meses en el cumplimiento de la orden judicial con la simple afirmación de que no hay suficientes IPS que presten ese servicio, resulta no solo inadecuado e irresponsable sino abiertamente contrario al cumplimiento de sus obligaciones. La orden dictada por el juez de tutela no fue que se cotizara el examen, sino que efectivamente se realizara, por lo tanto, no se requiere que suficientes IPS presten el servicio para garantizarle a la EPS un precio competitivo, sino que basta con que una sola IPS lo preste para que se autorice su realización, porque la salud de una niña de 14 años que tiene una serie de afectaciones en su salud física e intelectual no puede quedar pendiente de la favorabilidad de los precios de mercado sobre los exámenes y procedimientos que requiera, y mucho menos cuando un juez de la República ha ordenado en sentencia su realización.

De ninguna forma resulta aceptable el argumento de la falta de oferentes para la cotización de un servicio como causa del retraso en la realización de un examen médico ordenado por sentencia de Tutela.

En consecuencia, la Sala reiterará la orden de realizar al examen en un término definido y adicionalmente remitirá copia del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, como se señaló en el punto anterior. Por último, en razón a la gravedad de las conductas evidenciadas, se solicitará el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, para que dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales acompañen el cumplimiento de esta sentencia.

6.4. El procedimiento de esterilización definitiva solicitado por la madre de Luna y ordenado judicialmente.

6.4.1. En la parte considerativa de esta decisión, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas reiteró la importancia trascendental que tiene la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas en el país y, en particular, recalcó el deber que tienen el Estado y los padres de proteger a niños y niñas contra toda forma de abuso, en particular contra todo tipo de abuso sexual.

Al respecto, señaló que frente a la vulnerabilidad acentuada que pueden tener los menores de edad con discapacidad, la respuesta de padres, tutores y del Estado en general no puede traducirse en evitar los embarazos a través de esterilizaciones definitivas que atenten contra la autonomía y la dignidad de las niñas, sino que requiere de una labor proactiva, de cuidado, apoyo y acompañamiento, a través de todos los ajustes necesarios, para hacer realidad el goce efectivo de sus derechos, sin barreras ni exclusiones que se traduzcan en discriminación.

La Sala reiteró la jurisprudencia, tal como fue compilada por la sentencia T-665 de 2017[130], en relación con la vigencia de la prohibición de esterilizar a menores de edad por el artículo 7° de la Ley 1412 de 2010. En particular, frente a niñas con discapacidad mental, reiteró que solo puede exceptuarse la regla de prohibición, en los casos en que un posible embarazo implique un riesgo para la vida de la menor, en cuyo caso es necesario

contar con el consentimiento libre e informado de la menor con los ajustes y apoyos que ello implique. Solo si no fuera posible contar con el consentimiento libre e informado pese a haber brindado los apoyos necesarios, y si no existiere la posibilidad de un consentimiento futuro, sería posible evaluar la solicitud del representante legal para que se realice el procedimiento bajo autorización judicial que se expida a partir de la presunción de la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva, y siempre que se verifique:

1) que la persona hubiera sido declarada interdicta a través de un proceso judicial diferente y previo;

2) que exista un riesgo, científicamente probado, que justifique la necesidad médica de la intervención quirúrgica,

3) que no exista una alternativa menos invasiva para enfrentar el riesgo que la esterilización definitiva;

4) que la menor tenga una discapacidad profunda y severa;

5) que se hayan brindado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su decisión, infructuosamente;

6) que no haya posibilidad de que pueda manifestar su consentimiento en el futuro.

En todo caso, la Sala recuerda que la labor del juez debe estar encaminada por el interés superior de los menores de edad, y para esta Corte es evidente que la protección de la autonomía y la dignidad de los menores, con o sin discapacidad, implica resguardar su cuerpo y sus derechos para que sean ellos quienes puedan, cuando la mayoría de edad se los permita, ejercer libremente sus decisiones libres e informadas. De esta forma, la decisión judicial que autorice la realización de un procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva en un menor de edad, debe ser rigurosamente excepcional y solo puede proceder bajo la cuidadosa verificación de las condiciones y requisitos en cada caso concreto.

6.4.2. En el presente caso Ema solicitó por medio de acción de tutela que a su hija Luna se le realizara una serie de exámenes y procedimientos ordenados por su médico tratante, entre los cuales se encontraba el de esterilización definitiva. El juez de tutela, en una fórmula general y tomando en cuenta que no hubo respuesta de la EPS accionada, concedió la protección solicitada “como medida encaminada a que su estado de salud no se siga deteriorando y no llegue a causar daños irreparables” y ordenó la realización de todos los exámenes y procedimientos solicitados, incluyendo el procedimiento de “ablación u oclusión de trompa de falopio bilateral por laparoscopia”.

Luego de que la Corte Constitucional preguntara a la EPS por el estado de cumplimiento de las órdenes emitidas por el juez de tutela, la entidad accionada manifestó, sobre el procedimiento anticonceptivo definitivo, que al 25 de enero de 2019 se encontraba en cotización, por lo que bajo la consideración de la trascendencia de dicho asunto la Sala optó por decretar una medida provisional[131] ordenando abstenerse de continuar con dicho trámite hasta tanto se resolviera de fondo la revisión de la Tutela.

Al examinar el expediente y las consideraciones del Juez de Tutela para verificar la primera de las condiciones que permiten excluir la prohibición general de esterilización definitiva para menores de edad, esta Sala encontró que no obra prueba ni reflexión alguna de que la orden emitida para el procedimiento se sustente en la necesidad de evitar o minimizar un riesgo a la vida de Luna científicamente probado, y en consecuencia, ningún argumento consta respecto de la imposibilidad de acudir a una alternativa menos invasiva para minimizar tal riesgo.

Por el contrario, en la historia clínica que hace parte del expediente[132], consta claramente que la orden de realización del procedimiento no fue fruto de una necesidad médica ante un riesgo a la vida de la menor, sino una decisión voluntaria tomada a partir del asesoramiento para planificación al que acudió la menor de 14 años de edad con su madre. En efecto, en dicho documento consta:

"Conducta

PACIENTE DE 13 AÑOS CON SD DE DOWN QUIEN ACUDE CON LA MADRE PARA ASESORAMIENTO DE PLANIFICACIÓN. CON LIBIDO ELEVADA.

SE EXPLICAN CONDICIONES RIESGOS Y BENEFICIOS DE LOS DIFERENTE MÉTODO (sic) ANTICONCEPTIVOS POR LO CUAL SE DECIDE POR LA TUBECTOMÍA, SE PROGRAMA TUBECTOMÍA POR LAPAROSCOPIA."

En efecto, al analizar detalladamente el expediente, la Sala constató que las pruebas recaudadas en sede de tutela no logran desvirtuar la presunción de capacidad de Luna y por el contrario, evidencian que la discapacidad cognitiva de Luna es moderada[133] y no afectan su capacidad presente ni futura para que, con los apoyos necesarios, pueda tomar decisiones autónomas e informadas respecto de su propia sexualidad.

Al respecto, de la consulta realizada el 10 de diciembre de 2018 por la Psiquiatra Verónica Vargas a la paciente Luna, se desprende que la niña de 13 años cursa 5º año en una Institución Especial y según el resultado del examen:

"paciente que ingresa por sus propios medios, saluda, alerta, orientada globalmente, colaboradora, establece contacto visual, sin alteración en la conducta motora (…) Mantiene la atención, participa de la evaluación, responde lo que se le pregunta, tono de voz adecuado, lenguaje poco claro, pensamiento concreto. No alteraciones en la sensopercepción. Aceptable introspección. Buena prospección"[134].

Para la Sala es claro que el juez que dictó la orden de realizar el procedimiento anticonceptivo definitivo no examinó, ni conceptuó en su decisión sobre la capacidad presente o futura de Luna para tomar su decisión respecto de la intervención que le fue ordenada. De haber verificado tal condición, la respuesta necesaria habría sido, de acuerdo a la jurisprudencia y a la legislación vigente, la negativa a tal procedimiento.

6.4.4. En cuanto a los demás requisitos para la autorización solicitada, la Sala pudo establecer que no se evidenció en ninguna etapa del trámite, que Luna hubiese sido sujeto de declaración de interdicción judicial. Pese a que la jurisprudencia en la materia establece

que la primera condición para evaluar la viabilidad de este tipo de procedimientos en menores con discapacidad es que exista un pronunciamiento previo sobre la interdicción, el juez que ordenó la realización de tal procedimiento no verificó tal requisito. En efecto, en el expediente no existe prueba y ni siquiera referencia alguna de tal decisión, por el contrario, el hecho de que Ema manifieste en el escrito de tutela que actúa como agente oficiosa de su hija Luna deja en evidencia que no se ha realizado tal procedimiento ni existe una decisión de interdicción.

6.4.5. En conclusión, la Sala entiende que la regla general de prohibición para la esterilización definitiva de menores de edad es aplicable a Luna quien no puede ser sometida a un método de anticoncepción irreversible, por tratarse de una menor de edad que no se encuentra en ninguna de las causales que permiten excluir la prohibición general. Por el contrario, para esta Corte la presunción de que Luna cuenta con plena capacidad para tomar autónomamente las decisiones sobre sus derechos sexuales y reproductivos, se encuentra plenamente corroborada por las pruebas obrantes en el expediente.

La Corte reitera que, bajo el abordaje del modelo social de la discapacidad que es el más cercano a la perspectiva constitucional de la dignidad humana, la capacidad de todas las personas para tomar las decisiones fundamentales sobre su vida y sobre su cuerpo es una regla general que se presume. Solo excepcionalmente, para casos de extrema gravedad y en los que la protección urgente de sus propios derechos fundamentales así lo exija, es posible autorizar que se sustituya el consentimiento, siguiendo para ello rigurosamente los procedimientos y verificando los requisitos que la jurisprudencia ha establecido.

En este sentido, se determina que cuando Luna cumpla la mayoría de edad, una vez haya sido ampliamente informada por un equipo interdisciplinario a través de las herramientas especiales y adecuadas para ella, sobre la responsabilidad de una posible maternidad, tendría la madurez de adoptar una decisión sobre su cuerpo y sobre su vida. Hasta entonces, dada la prohibición expresa del artículo 7° de la Ley 1412 de 2010, no es posible adelantar sobre ella un procedimiento quirúrgico definitivo de planificación familiar. Al respecto, Luna tiene el derecho a ser plenamente informada y asesorada, en condiciones adecuadas y con los especialistas que sus condiciones requieren, sobre sus derechos sexuales y reproductivos, así como los riesgos y responsabilidades que implica su ejercicio, a fin de que, con los apoyos suficientes, pueda tomar las decisiones adecuadas en ejercicio de su dignidad humana.

6.5. Exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Respecto de este punto, el juez de instancia decidió negar la exoneración de copagos, pues se comprobó que la menor pertenece al régimen contributivo y como quiera que se presume la capacidad de pago, no hubo ningún elemento que permitiera pensar lo contrario. Adicional a lo anterior, el Juez de primera y única instancia afirmó que revisada la Resolución 3974 de 2009 proferida por el Ministerio de Salud, el Síndrome de down no se encuentra dentro de las enfermedades de alto costo o catastróficas; en este sentido y acorde con la reciente jurisprudencia constitucional, [135] esta Sala encuentra que le asiste razón en la decisión adoptada.

6.6. Conclusión y órdenes a dictar.

De conformidad con lo expuesto, esta Sala (i) confirmará parcialmente la sentencia del 12 de julio de 2018 dictada por el Juzgado Séptimo de Ejecución Civil Municipal de Medellín en primera (y única) instancia, en cuyo numeral 1° se tutelaron parcialmente los derechos fundamentales a la salud, la vida y la seguridad social de la menor Luna en contra de la EPS Coomeva; en esa medida se mantendrán los numerales 3º que negó el amparo solicitado de la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, 4º en que se abstiene de emitir orden alguna contra la Dirección Seccional de Salud de Antioquia; y 7° que advirtió a la accionada las sanciones a que hay lugar en caso de incurrir en incumplimiento de las ordenes de la sentencia; (ii) se revocará parcialmente el numeral 2 de la sentencia en comento, en el sentido de excluir el procedimiento de ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia.

Asimismo, se ordenará (a) a la EPS Coomeva que inmediatamente luego de notificada esta decisión, autorice y programe la realización del examen genético ordenado, y que en adelante se abstenga de generar obstáculos y demoras que afecten los derechos de sus afiliados, en particular cuando se trate de menores de edad y personas en situación de discapacidad; (b) a la EPS Coomeva que se abstenga de realizar cualquier procedimiento médico invasivo que no consulte el consentimiento bien informado de la menor de edad; (c) a la EPS Coomeva que le preste a la menor todos los servicios de asesoría y acompañamiento psicológico y médico en materia de métodos de planificación sexual y reproductiva de acuerdo a su grado de discapacidad y nivel cognitivo; para lo cual se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales en la materia y usar los métodos y herramientas para indagar el consentimiento de la adolescente sobre las orientaciones y servicios que se le estén brindando; (d) a través de la Secretaría de la Corporación, se ordenará enviar copias de la decisión y del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigue las omisiones y retrasos en el cumplimiento de los deberes de la EPS Coomeva en el presente asunto; por último, (e) la Corte ordenará remitir copia de esta providencia al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes (PAIIS), para su conocimiento.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- CONFIRMAR los numerales 1°, 3º, 4°, y 7° de la sentencia del 12 de julio de 2018 dictada por el Juzgado Séptimo de Ejecución Civil Municipal de Medellín en primera (y única) instancia, mediante la cual se tutelaron parcialmente los derechos fundamentales a la vida, igualdad, dignidad humana, salud y seguridad social de la menor Luna en contra de la EPS Coomeva; se decidió negar el amparo solicitado para la exoneración de copagos y cuotas moderadoras; abstenerse de emitir orden alguna contra la Dirección Seccional de

Salud de Antioquia; advertir a la accionada que el incumplimiento a lo ordenado dará lugar a las sanciones de que trata el decreto 2591 de 1991.

Tercero.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 2° de la sentencia del 12 de julio de 2018 dictada por el Juzgado Séptimo de Ejecución Civil Municipal de Medellín en primera (y única) instancia, en el sentido de EXCLUIR el procedimiento de Ablación u Oclusión de Trompa de Falopio Bilateral por laparoscopia, con base en las consideraciones expuestas en la presente decisión respecto de la dignidad humana, la igualdad y los derechos sexuales y reproductivos de Luna, que no fueron objeto de estudio en la providencia revisada.

Cuarto.- ORDENAR a la EPS Coomeva, (i) que dentro del término de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, programe y fije fecha para la práctica de la valoración por genética de Luna, examen que deberá realizarse por una IPS de la red o una contratada por fuera, en un término no superior a los diez (10) días contados a partir de la notificación del presente fallo; (ii) abstenerse de generar obstáculos y demoras en la asignación de citas médicas, en particular cuando se trate de menores de edad y personas en situación de discapacidad.

Quinto.- ORDENAR a la EPS Coomeva que: (i) se abstenga de realizar cualquier procedimiento médico invasivo que no consulte el consentimiento bien informado de la menor de edad; (ii) preste todos los servicios de asesoría y acompañamiento psicológico y médico en materia de métodos de planificación sexual y reproductiva de acuerdo a su grado de discapacidad y nivel cognitivo. Para lo cual se deberá tomar en cuenta los estándares internacionales en la materia y usar los métodos y herramientas para indagar el consentimiento de la adolescente sobre las orientaciones y servicios que se le estén brindando.

Séptimo.- ORDENAR que, a través de la Secretaría General de esta Corporación, se remita copia de esta providencia al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes, para su conocimiento.

Octavo.- ORDENAR que, a través de la Secretaría General de la Corte, se oficie a la Defensoría del Pueblo, para que dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales acompañe el cumplimiento de esta sentencia.

Noveno.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-231/19

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD EN EL AMBITO INTERNACIONAL BAJO EL MODELO DE LA CDPCD-Derecho a tomar decisiones autónomas e informadas (Aclaración de voto)

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD EN EL AMBITO INTERNO-Marco normativo (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente T-7.023.847.

Acción de tutela instaurada[136] por Ema como agente oficiosa de su hija, menor de edad, Luna contra COOMEVA EPS.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte, me permito expresar las razones que me llevan a aclarar el voto en la sentencia de la referencia.

El asunto que motivó la acción de tutela

1. La Sala Séptima de Revisión conoció la acción de tutela interpuesta por una persona que consideró infringidos los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud y a la seguridad social de su hija de 14 años de edad, diagnosticada con síndrome de Down no especificado. Lo anterior, habida cuenta que Comeva EPS no asignó de manera oportuna las citas médicas ni programó los exámenes y procedimientos ordenados por su médico tratante.

2. Afirmó que la menor padece de amigdalitis crónica, trastornos funcionales de los polimorfos nucleares neutrófilos y requiere de asesoramiento general sobre métodos de anticoncepción. Agregó que en razón a las patologías mencionadas, su hija requiere que la EPS autorice, entre otros, el procedimiento de esterilización definitiva o ablación u oclusión de trompa de Falopio bilateral por laparoscopia.

El trámite de tutela y la sentencia T-231 de 2019

3. Mediante sentencia del 12 de julio de 2018, el Juzgado Séptimo de Ejecución Civil Municipal de Medellín concedió parcialmente el amparo solicitado. En consecuencia, ordenó a la EPS accionada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realizara a la menor de edad los exámenes y procedimientos ordenados por su médico tratante. No obstante, no hizo mención alguna respecto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en situación de discapacidad, ni de la posibilidad de que la menor hubiese otorgado su consentimiento para la práctica de un procedimiento de esterilización. La decisión no fue impugnada por ninguna de las partes.

4. En sede de revisión, por auto del 12 de febrero de 2019, la Corte le ordenó a la EPS accionada que, como medida de protección provisional, se abstuviera de autorizar o realizar la cirugía de ablación u oclusión de trompa de falopio. En respuesta a dicho mandato, Coomeva EPS mediante escrito de 26 de febrero de 2019, informó que había ordenado al Comité Quirúrgico no realizar el procedimiento en mención.

5. La sentencia T-231 de 2019, objeto de aclaración, confirmó parcialmente la decisión del juez de instancia que ordenó a la EPS realizar, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, todos los procedimientos ordenados por el médico tratante de la menor, así como garantizar su tratamiento integral en salud y negó la tutela respecto de la exoneración de copagos y cuotas moderadoras. No obstante, revocó el numeral 2° de la providencia del 12 de julio de 2018 dictada por el Juzgado Séptimo de Ejecución Civil Municipal de Medellín, en el sentido de excluir el procedimiento de ablación u oclusión de trompa de falopio bilateral por laparoscopia.

Lo anterior, por cuanto la decisión adoptada por el juez constitucional desconoció la prohibición legal contenida en el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010[137], según la cual “en ningún caso se permite la práctica de anticoncepción quirúrgica a menores de edad”. Así mismo, el fallador de instancia no tuvo en cuenta la reiterada jurisprudencia constitucional proferida en sede control abstracto y concreto sobre la materia.

6. En ese sentido, la sentencia T-231 de 2019 reiteró dicha jurisprudencia, tal como fue recopilada por la sentencia T-665 de 2017, en relación con la vigencia de la prohibición general de esterilizar a menores de edad[138]. En particular, frente a las niñas con discapacidad mental, precisó que solo puede exceptuarse la regla de prohibición prevista en el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 en los eventos en que un posible embarazo implique un riesgo para la vida, en cuyo caso será necesario contar con el consentimiento libre e informado de la menor con los ajustes y apoyos que ello implique.

7. Seguidamente, la sentencia puntualizó que sólo si no fuese posible contar con el consentimiento libre e informado pese a haber brindado los apoyos necesarios, y si no existiere la posibilidad de un consentimiento futuro, sería posible evaluar la solicitud del representante legal para que se realice el procedimiento bajo autorización judicial que se expida a partir de la presunción de la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva. Lo anterior, siempre que se verifique: i) que la persona haya sido declarada interdicta a través de un proceso judicial diferente y previo; ii) que exista un riesgo, científicamente probado, que justifique la necesidad médica de la intervención quirúrgica;

iii) que no exista una alternativa menos invasiva para enfrentar dicho riesgo; iv) que la menor tenga una discapacidad profunda y severa; v) que se hayan brindado todos los apoyos y ajustes razonables para que la persona pueda expresar su decisión; y, por último, vi) que no exista posibilidad de que pueda manifestar su consentimiento en el futuro.

8. En todo caso, la Sala recordó que la labor del juez de tutela debe estar siempre dirigida por el interés superior del menor, pues la protección de la autonomía y la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, con o sin discapacidad, implica resguardar su cuerpo y sus derechos para que sean ellos quienes puedan, cuando la mayoría de edad se los permita, ejercer de manera libre e informada sus decisiones. Bajo tal óptica, la decisión judicial que autorice la realización de un procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva en un menor de edad, debe ser excepcional y solo puede proceder bajo la cuidadosa verificación de las condiciones y requisitos de cada caso en concreto.

9. En consideración a lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión ordenó a Comeva EPS abstenerse de realizar cualquier procedimiento médico invasivo, así como, prestar a la menor de edad todos los servicios de asesoría y acompañamiento sicológico en materia de planificación sexual y reproductiva. Ello por cuanto el juez de tutela no examinó la capacidad presente o futura de la niña para tomar la decisión ni evaluó la posibilidad de una nueva alternativa menos invasiva.

10. Si bien estoy de acuerdo con la resolución adoptada en la sentencia T-231 de 2019, considero que la Sala debió analizar con mayor profundidad y detenimiento lo relacionado con los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad. Para ello, era necesaria una referencia a las disposiciones y recomendaciones proferidas en el sistema universal de derechos humanos, así como a las previstas en el ámbito interno.

11. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la sentencia T-231 de 2019 precisó que el juez de primera y única instancia “no hizo mención o referencia alguna a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en situación de discapacidad”. A pesar de esa apreciación, para resolver el asunto la Sala sólo abordó tres ejes temáticos, a saber: (i) la protección del derecho a la salud de menores en situación de discapacidad; (ii) las personas con discapacidad intelectual y el reconocimiento de su autonomía en la jurisprudencia constitucional; y, (iii) el deber de protección de los niños y las niñas a cargo de los padres y tutores. Esto es, dejó de lado un aspecto de suma importancia, pues no tuvo en cuenta que el asunto bajo estudio giró en torno a la prohibición de esterilización quirúrgica como método de anticoncepción definitivo a menores de edad en situación de discapacidad.

12. De este modo, era oportuno que la Corte resaltara la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad desde una perspectiva de derechos fundamentales, abordando temas relacionados con la autonomía reproductiva, la obligación del Estado de garantizar el derecho a ejercer su capacidad jurídica[139] y la planificación familiar[140], entre otros asuntos.

13. Así mismo, era pertinente que la Sala recordara las observaciones finales realizadas el 30 de septiembre de 2016 por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, frente al informe inicial presentado por Colombia en relación con la implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En

dicho documento el Comité manifestó su preocupación acerca del hecho de "que la esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento, y con la autorización de un juez, sea una práctica legal, incluso ratificada por sentencias de la Corte Constitucional (C-182, de 13 de abril de 2016, y T-303, de 2016) incluyendo para dictar excepciones a la Ley 1412 de 2010 que autoricen la esterilización de niños con discapacidad cognitiva y psicosocial (C-131 de 2014). // (...) El Comité insta al Estado parte a adoptar las medidas necesarias para abolir la esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado, incluyendo la derogación del artículo 6 de la Ley 1412 de 2010. Le recomienda inmediatamente propiciar la revisión de las sentencias de la Corte Constitucional con objeto de mantener la prohibición de esterilización de personas con discapacidad, particularmente de niños y niñas, sin su consentimiento libre e informado individual , sin excepción, y a tomar medidas, incluyendo la formación de jueces y fiscales con la participación de organizaciones de personas con discapacidad, sobre los derechos de las personas con discapacidad y las obligaciones internacionales contraídas por el Estado parte, principalmente relativas a la no discriminación por motivo de discapacidad y a la integridad personal de los niños con discapacidad"[141].

14. Lo anterior, más aun si se tiene en cuenta que organizaciones como el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social -PAIIS- y Women´s Link Worldwide en las distintas intervenciones ante la Corte han manifestado su preocupación sobre la figura del consentimiento sustituto[142]. Ello por cuanto constituiría una esterilización forzada, lo cual es opuesto a los instrumentos internacionales que protegen los derechos de las mujeres y de las personas en situación de discapacidad[143].

15. Asimismo, considero que la sentencia debió responder los cuestionamientos que puso de presente PAIIS en su intervención ante la Corte[144]. En ese sentido, la mencionada entidad alegó que la esterilización forzada en personas con discapacidad es una práctica que vulnera sus derechos sexuales y reproductivos. Puntualmente, señaló que las niñas con discapacidad intelectual se enfrentan a barreras para ejercer adecuadamente sus derechos, atribuibles a factores familiares, culturales y jurídicos, y a estereotipos y prejuicios sobre las personas con discapacidad.

16. Bajo ese contexto, estimo que era necesario que la Sala se pronunciara sobre los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en esta materia y, en particular, respecto de la obligación de abolir de manera progresiva los sistemas de sustitución de decisiones, en armonía con el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] Por razones de protección a los derechos fundamentales a la intimidad familiar y personal, así como la dignidad y el buen nombre de la afiliada y su familia, sus nombres

serán reemplazados por unos ficticios.

[2] La Sala de Selección de Tutelas Número Diez, estuvo conformada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[3] Auto del 17 de enero de 2019 en el asunto de la referencia por el cual se dio respuesta a la solicitud de PAIIS para obtener copias del proceso con el fin de intervenir en él. En dicho auto la Magistrada Sustanciadora ordenó: "TERCERO. ADVERTIR a la solicitante, que por tratarse de un asunto que tiene relación con la intimidad personal y familiar de la accionante, las copias expedidas deben ser manejadas bajo absoluta reserva y exclusivamente para el objeto anunciado en la solicitud. En cualquier caso, y para efectos de proteger los derechos de la denunciante y la de su núcleo familiar, es necesario no hacer referencia al nombre de la menor ni la de su progenitora, en ningún tipo de comunicación sobre el expediente de la referencia".

[4] La Clínica de Mayo –uno de los centros médicos de mayor prestigio en el mundo- define a la amigdalitis como la inflamación de las amígdalas (dos masas de tejido de forma ovalada situadas a ambos lados de la parte posterior de la garganta). Los signos y síntomas de la amigdalitis comprenden hinchazón de las amígdalas, dolor de garganta, dificultad para tragar y sensibilidad de los ganglios linfáticos a los lados del cuello.

[5] Folio 1 del cuaderno 1 del expediente.

[6] Ibídem.

[7] Folio 1 del cuaderno 1 del expediente.

[8] Folio 29 del cuaderno 1 del expediente.

[9] Folio 30 del cuaderno 1 del expediente.

[10] Ibídem.

[12] Folio 54 del cuaderno 1 del expediente.

[13] Folios 44 a 47 y 48 a 51 del cuaderno 1 del expediente.

[14] Folios 64 y 65 del cuaderno 1 del expediente.

[15] Ibídem.

[16] Folio 19 del cuaderno constitucional del expediente.

[17] Folio 53 del cuaderno constitucional del expediente.

[18] Folio 63 del cuaderno constitucional del expediente.

[19] Ibídem.

[20] Ibídem.

[21] Ibídem

[22] Folio 62 del cuaderno constitucional del expediente.

[23] Ibídem.

[24] Ibídem.

[25] El escrito de intervención fue suscrito por Juliana Bustamante Reyes, Directora; Federico Isaza Piedrahita, asesor jurídico; Sofía Díaz Echeverri, asesora jurídica y Angélica Rodríguez Ariza, estudiante activa del PAIIS de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes.

[26] Folios 23 a 51 del cuaderno constitucional del expediente.

[27] "Por medio del cual se autoriza la autorización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y maternidad responsable".

[28] Folios 25 y 39 del cuaderno constitucional del expediente.

[29] Ver Youth Coalition. DSRD (online). Guía para jóvenes activistas. Ottawa. 2006.

[30] Entre los diferentes instrumentos, se mencionan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), entre otros.

[31] Folios 26 y 40 del cuaderno constitucional del expediente.

[32] Entre otros derechos que cabe destacar, se mencionan: el derecho a la igualdad, el derecho a la autonomía sexual, el derecho a decidir sobre distintas opciones reproductivas, el derecho a la educación sexual, el derecho a la atención y protección de la salud sexual y reproductiva, el derecho a optar por diversos modos de convivencia y derecho a la participación y libertad de opinión.

[33] Folios 26 y 27 y 40 y 41 del cuaderno constitucional del expediente.

[34] Folios 29 y 42 del cuaderno constitucional del expediente.

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

[36] El procedimiento de esterilización, deberá contar con el consentimiento informado de la persona con discapacidad, según lo definido en el numeral 5.4, del artículo 5 de la presente resolución, en consonancia con el artículo 8. En los casos en que el procedimiento de esterilización no sea solicitado directamente por la persona con discapacidad o cuando, pese a los apoyos y ajustes razonables correspondientes, no pueda reconocerse su voluntad y preferencia para tomar una decisión al respecto, se deberá hacer uso de las salvaguardias para proteger la voluntad de la persona con discapacidad. De igual manera, se procederá

en los casos en donde el personal médico tenga sospechas fundadas de coerción, influencias indebidas o similares, frente a dicha solicitud. Así mismo, se deberá informar a las personas con discapacidad y en los casos que corresponda a las personas de apoyo, de otros procedimientos de anticoncepción no definitivos, como alternativa a los procesos de esterilización definitiva. Parágrafo. La prohibición a la anticoncepción quirúrgica de que trata el artículo 7º de la Ley 1412 de 2010 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, se extenderá a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, por lo que este procedimiento no podrá realizarse respecto de dicha población, pese a que medie consentimiento informado.

[37] Folios 27 y 41 del cuaderno constitucional del expediente.

[38] Sentencia T-573 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[39] Sentencia T-665 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[40] Folios 35 y 49 del cuaderno constitucional del expediente.

[41] Folio 71 del cuaderno constitucional del expediente.

[42] Folio 70 del cuaderno constitucional del expediente.

[43] La Corte Constitucional ha dispuesto la reserva de nombres y datos de identificación en las sentencias T-573 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva); T-690 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos); T-665 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado); T-196 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger); entre otras.

[44] Corte Constitucional, Sentencias T-119 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado); T-250 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado); T-446 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado); T-548 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado); y T-317 de 2015 (MP María Victoria Calle Correa).

[45] Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que, debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: "(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables". Ver, sentencia T-896 de 2007 (MP Manuel José Cepeda Espínoza), entre otras.

[46] Ver Sentencias T-121 de 2015 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez); C-313 de 2014 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); y T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo).

[47] Ver sentencia T-301 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo).

[48] En la Sentencia T-444 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo), frente al caso de un paciente que requería reemplazo de cadera por lo fuertes dolores que le generaba y la imposibilidad de desplazarse por sí mismo, la Corte, recapitulando su jurisprudencia en la materia sostuvo: "Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a

la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados".

[49] El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y en todo lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (…). Así mismo, de conformidad con el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 le brinda la posibilidad de que una persona agencie derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en posibilidad de ejercer su propia defensa.

[50] Corte Constitucional, Sentencia T-029 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos).

[51] Ver sentencia T-603 de 2015, (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[52] En la Sentencia T-301 de 2016, (MP Alejandro Linares Cantillo), sostuvo esta Corte: "Frente a la protección de los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Ley 1122 de 2007 estableció en su artículo 41 un mecanismo jurisdiccional en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, para resolver controversias, entre otras, sobre la "[c]obertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario", competencia que ha sido entendida por esta Corte como aquella que le permite conocer sobre "la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el P.O.S.". \ Más adelante, mediante el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, se adicionaron algunas competencias a las ya establecidas en la mencionada Ley 1122 de 2007, de las que destaca la posibilidad de decidir "[s]obre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo", disponiendo igualmente que "[l]a función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción". Para asegurar la accesibilidad al mecanismo jurisdiccional, la norma dispuso, entre otros, (i) la posibilidad de ejercer la acción sin formalidad ni autenticación, (ii) la posibilidad de actuar directamente, es decir, sin necesidad de actuar a través de abogado, (iii) un término supremamente corto para el fallo, de 10 días, (iv) la prevalencia de la informalidad en el procedimiento. Tanto el mecanismo, como los requisitos de procedibilidad han sido entendidos por la Corte "dados los derechos involucrados en este tipo de controversias, la Ley 1437 de 2011 revistió de mayor celeridad e informalidad al trámite en aras de una protección eficaz de los derechos de los usuarios".

[53] Folio 64 del cuaderno 1 del expediente.

[54] Folios 54 del cuaderno constitucional del expediente.

[55] Folios 62 del cuaderno constitucional del expediente.

[56] Sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada en las Sentencias T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva); T-597 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-454 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño); T-566 de 2010, T-931 de 2010, T-355 de 2012, T-176 de 2014, T-132 y T-331 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva); entre otras.

[58] Sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[59] Sentencia T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[60] La mencionada observación ha tenido un impacto importante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues ha servido como referente central en la construcción y delimitación del derecho a la salud. En ella, el Comité establece de manera clara y categórica que la salud "es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos". En referencia al contenido normativo, señala que una parte esencial del derecho es la existencia de "un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud". Es decir, para el CDESC la salud es un derecho humano elemental e irrenunciable cuya efectiva realización está ligada a la existencia de un sistema de protección a cargo del Estado. Por ello, la salud es entendida también como "un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud".

[61] Sentencia T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[62] Sentencia T-742 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[63] Ver entre otras, sentencias T-612 de 2014, (MP Jorge Iván Palacio Palacio); T-499 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos); y T-126 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[64] Sentencias T-742 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[65] En la Sentencia T-171 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger) se reconoce que la salud pasa de ser un derecho de los ciudadanos en relación con el Estado en el ámbito de prestación de un servicio público, para ser entendida como un derecho pleno, irrenunciable y exigible de la persona. Esta postura ha sido desarrollada, entre otras, por las sentencias: T-358 de 2003 (MP Jaime Araujo Rentería); T-671 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-104 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

[66] Sentencia T-196 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

[67] Sentencias T-765 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla); y T-083 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos), en estas se mencionan otros instrumentos tales como: el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006, aprobada por la Ley 1346 de 2009, que fue declarada exequible por la sentencia C-293 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla); entre otros.

[68] Sentencia T-665 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[69] Sentencia T-196 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

[70] Ibidem.

[71] Ver Artículo 24 de la Ley 12 de 1991.

[72] Sentencia T-196 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

[73] Sentencia T-399 de 2017 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

[74] Sentencia T-657 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

[75] Sentencia T-306 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).

[76] En la Sentencia T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), se mencionan otra serie de instrumentos internacionales que protegen el derecho fundamental a la salud y su prestación en favor de personas en condición de discapacidad.

[77] Ibídem.

[78] Ibídem.

[79] Sentencias T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva); T-887 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva); T-298 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo); T-940 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez); T-045 de 2015 (MP. Mauricio González Cuervo); T-210 de 2015 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-459 de 2015 (MP Myriam Ávila Roldán); T-132 de 2016 y T-020 de 2017 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

[80] Sentencias T-020 de 2017 y T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[81] Ibídem.

[82] Sentencia T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[83] Ibídem.

[84] Sentencia T-120 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[85] Ibídem.

[86] Así lo mencionó esta Corporación en la Sentencia C-042 de2017 (MP Aquiles Arrieta

Gómez), en la que recordó que la Corte ha tenido oportunidad de referirse al concepto de discapacidad al estudiar la constitucionalidad de la Ley 361 DE 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad”. Así en la sentencia C-606 de 2012 consideró que la palabra discapacidad engloba: “aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” ; más adelante, en sentencia C-066 de 2013 la Corte definió que las personas que se encuentran en situación de discapacidad deben ser protegidas bajo el modelo social entendiendo la discapacidad como ‘‘una realidad, no como una enfermedad que requiere ser superada a toda costa, en otras palabras, se asume desde el punto de vista de la diversidad, de aceptar la diferencia.” En sentencia C-767 de 2014, sobre la pensión de invalidez para víctimas del conflicto armado, al estudiar el concepto de discapacidad para efectos pensionales, la Corte mencionó la definición establecida por Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad considerando: “Al respecto, vale destacar que este instrumento representa la adopción normativa del modelo social de la discapacidad, estableciendo una nueva forma de entender este concepto, que busca tanto igualar las condiciones de las personas con discapacidad como fortalecer su participación plena, eliminando barreras”. Siguiendo con su análisis en esta sentencia la Corte mencionó que conforme a la adopción del modelo social, “la discapacidad se genera por las barreras propias del contexto en donde se desenvuelve la persona, por lo que resulta necesario asegurar adecuadamente sus necesidades dentro de la organización social. Así, pretende aminorar dichos límites sociales de modo que se puedan prestar servicios apropiados que aseguren que las necesidades de las personas con discapacidad sean tomadas en consideración”.

[87] Así por ejemplo, Sentencias T-441 de 1993, (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-290 de 1994, (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-288 de 1995, (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-224 de 1996, (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T- 378 de 1997, (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T- 207 de 1999, (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) entre otras.

[88] Sentencia C-478 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

[89] Sentencia C-042 de 2017 (MP Aquiles Arrieta Gómez).

[90] Consagrado en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto ha sostenido la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) del 13 de noviembre de 1985. párr. 52. “El Principio pro persona es un principio interpretativo e implica que se deberá de preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de aquella norma que otorgue una mayor protección a los derechos de la persona, independientemente si dicha norma se encuentra en un tratado internacional o en una disposición de derecho interno. (…) si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe de prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos internacionales, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.

[91] Congreso de la República, Ley 1036 de 2009, por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

[92] Sentencia C-293 de 2010 (MP Nilson Pinilla Pinilla). En la Sentencia que estudió la constitucionalidad de la Ley 1346 de julio 31 de 2009, "Por medio de la cual se aprueba la 'Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad' adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006", esta Corte analizó con detenimiento la Convención y concluyó que parte importante de su propósito, era el de actualizar la normatividad a los nuevos modelos. Al respecto sostuvo: "(…) la aprobación de la Convención implica entonces un importante esfuerzo de reformulación y actualización de las normas internacionales sobre la materia, frente a los grandes cambios sociales y culturales observados durante los años recientes, incluso respecto al concepto mismo de discapacidad, que el tratado reconoce como cambiante y evolutivo (…)".

[93] Artículo 7º de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad -CDPD-

[95] Así lo manifestó esta Corporación en la Sentencia T- 573 de 2016 que al respecto dijo que "en ese sentido se han pronunciado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y el Relator Especial contra la Tortura." Y al respecto, cita la Observación General Nº1 de 2014 del Comité DPD; el texto Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Sesión 56ª, Ginebra, Suiza, Octubre de 2013. De la esterilización forzada a la psiquiatría forzada: Reporte sobre violaciones a los Derechos Humanos de las Mujeres con Discapacidad, Mujeres en situación de desplazamiento y personas transgénero, en respuesta a los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Colombia; el texto del Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. E/CN.4/2005/51 en que sostuvo "El derecho a la salud no solo comprende facultades sino también libertades, incluida la de no ser discriminado. Entre las libertades de particular interés en relación con la experiencia de las personas, especialmente las mujeres, que padecen discapacidades mentales figuran el derecho a la libre disposición del cuerpo y al control de la salud. La esterilización forzada, la violación y otras formas de violencia sexual a las que se exponen las mujeres con discapacidad mental se hallan por esencia en contradicción con sus derechos y libertades relativos a la salud sexual y reproductiva. El Relator Especial señala que la violación y otras formas de violencia sexual son psicológica y físicamente traumáticas y repercuten negativamente en la salud mental." Finalmente, en el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, 15 de Enero de 2008, A/HCR/7/3, sostuvo "(…) dada la especial vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad, el aborto forzoso y la esterilización en su caso, si son el resultado de un proceso judicial en que la decisión es tomada contra su voluntad por su "tutor legal", pueden constituir tortura o malos tratos".

[96] Sentencia C-131 de 2014, (MP Mauricio González Cuervo).

[97] Así lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-131 de 2014, en los siguientes términos: “De otro lado, los niños, niñas y jóvenes adolescentes con discapacidad también tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena y se les deben garantizar sus derechos sexuales y reproductivos. En estos casos, es más que necesario permitir la anticoncepción quirúrgica, puesto que estas personas pueden llegar a ignorar las consecuencias del acto sexual para ellas mismas, sus familias y para el nasciturus. Así, la norma acusada no debería impedir la realización de esta intervención a los menores discapacitados que por su condición no pueden o no deberían concebir hijos”.

[98] Sentencia C-131 de 2014, (MP Mauricio González Cuervo), reiterado entre otros en la Sentencia T-665 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[99] Sentencia C-182 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[100] Ibidem.

[101] Como señaló esta Corte en la Sentencia T-573 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), al referirse a estas normas: “La primera les asignó a los jueces de familia la función de autorizar las restricciones relacionadas con el “derecho de familia” de las personas con “discapacidad mental absoluta” cuando buscaran la protección del individuo. La segunda, ya se dijo, abrió la puerta para la práctica de esterilizaciones gratuitas, prohibiéndolas en todo caso para los menores de edad y habilitando su práctica, frente a personas en situación de discapacidad mental, con autorización judicial y por vía del consentimiento sustituto”.

[102] Sentencia T-063 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza).

[103] Sentencia T-740 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[104] Sentencia C-131 de 2014, (MP Mauricio González Cuervo).

[105] Sentencia T-303 de 2016 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

[106] Sentencia C-182 de 2016 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[107] Sentencia T-573 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[108] Sentencia T-665 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[109] Sentencia C-131 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo).

[110] Sentencia T-010 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

[111] Sentencia C-507 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[112] Sentencia T-384 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

[113] Sentencia C-569 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo).

[114] Sentencia T-510 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[115] Sentencia T-510 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[116] Sentencia T-573 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[117] Folios 1 y 2 del cuaderno 1 del expediente.

[118] Folio 54 del cuaderno 1 del expediente.

[119] Folios 62 a 64 del cuaderno 1 del expediente.

[120] Folio 62 del cuaderno 1 del expediente.

[121] Folio 36 del cuaderno 1 del expediente.

[122] Auto del 19 de febrero de 2019.

[123] Sentencia T-397 de 2017 (MP Diana Constanza Fajardo Rivera).

[124] Ibídem.

[125] La Clínica de Mayo –uno de los centros médicos de mayor prestigio en el mundo- define a la amigdalitis como la inflamación de las amígdalas (dos masas de tejido de forma ovalada situadas a ambos lados de la parte posterior de la garganta). Los signos y síntomas de la amigdalitis comprenden hinchazón de las amígdalas, dolor de garganta, dificultad para tragar y sensibilidad de los ganglios linfáticos a los lados del cuello.

[126] Folio 1 del cuaderno 1 del expediente.

[127] Folio 64 del cuaderno 1 del expediente.

[128] Sentencia T-673 de 2017, (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[129] La respuesta puntual fue del siguiente tenor: "Antes de realizar una programación para valoración por genética se deben realizar una serie de procedimientos internos que permitan concluir con la materialización de la misma. En este caso, la valoración genética se encuentra en cotización, ello sucede porque no hay suficientes IPS que cuentan con la mencionada especialidad".

[130] Sentencia T-655 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[131] Folio 71 del cuaderno constitucional del expediente.

[132] Folios 19 a 21 del cuaderno 1 del expediente.

[133] Cociente intelectual de 40, según reporte de prueba neuropsicología del 28 de junio de 2014. Ver folio 16 del cuaderno 1 del expediente.

[134] Folio 62 del cuaderno constitucional del expediente.

[135] Sentencia T-402 de 2018 (MP Diana Fajardo Rivera).

[136] Por razones de protección a los derechos fundamentales a la intimidad familiar y personal, así como la dignidad y el buen nombre de la afiliada y su familia, los nombres de las accionantes fueron reemplazados por unos ficticios.

[137] Artículo declarado exequible mediante sentencia C-131 de 2014. No obstante, en ese fallo la Corte admitió algunas excepciones y sostuvo que el procedimiento de esterilización definitiva de menores de edad era procedente, cuando: i) el embarazo pusiera en riesgo la vida de la mujer; ii) el riesgo estuviera científicamente probado; iii) fuese solicitado por los padres o el representante legal; iv) se contara con la aceptación libre e informada del menor de edad y; finalmente, v) existiera una autorización judicial que lo permitiera.

Asimismo, la Corte interpretó que la prohibición del artículo se extendía a los menores de edad en situación de discapacidad severa y profunda siempre y cuando constituyera un riesgo para la vida de la mujer por el embarazo o se lograra demostrar que a futuro no sería posible que la persona otorgara su consentimiento. Sin embargo, condicionó tal evento a que existiera una autorización judicial previa.

[138] La Sala también hizo referencia a la sentencia C-182 de 2016. Al respecto, precisó que la Corte decidió condicionar la constitucionalidad del artículo 6º de la Ley 1412 de 2010 para que se entendiera que: “la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el procedimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y solo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga”.

.

[139] Sobre este tema la Jurisprudencia constitucional ha señalado que en materia de procedimientos quirúrgicos de esterilización definitiva en personas en situación de discapacidad, “se debe maximizar el respeto por la autonomía de estos sujetos y minimizar la intromisión de los padres o representantes legales en la decisión de realizar la esterilización definitiva, pues el derecho a la autonomía no se agota con el solo estado mental de la persona”. (Sentencia –T-690 de 2016).

[140] En relación con este tema la sentencia T-665 de 2017 señaló que “los derechos reproductivos son derechos fundamentales que desarrollan los artículos 16 y 42 de la Constitución Política, y también se encuentran consagrados expresamente en varios instrumentos internacionales. Estos derechos tienen diferentes manifestaciones, dentro de las cuales se encuentra el derecho a la planificación familiar que a su vez incluye la prohibición de la esterilización forzada. Este derecho impone el deber para el Estado de garantizar el acceso a todas las personas a toda la gama de métodos anticonceptivos tanto temporales como definitivos con consentimiento informado, así como a información sobre salud sexual y reproductiva. En consecuencia, el Estado debe velar por adoptar las medidas correspondientes que permitan el respeto y la protección efectiva de este derecho fundamental”.

[141] Disponible en: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsiZ

ZNrtQsqIapJ5RB16sOGbABEB1GCpxOsNgAjGfi%2B3bz9dSJDuD%2BhgnRmlwPeMHtZbhHsj3D4FpJ8XvrovNgznRYIGHiqFZ5xI4wQSBsKCy

[142] Intervención realizada por Women´s Link Worldwide en la sentencia T-665 de 2017. Además, esa entidad destacó que que "'(…) la esterilización forzada afecta primordialmente a las mujeres y adolescentes que enfrentan múltiples inequidades y/o son más propensas a sufrir distintas vulneraciones, ya sea por su posición socioeconómica, raza, discapacidad o vivir con el VIH'. De esta manera, puntualizó que este tipo de prácticas se imponen con mayor frecuencia a las mujeres con discapacidad cognitiva, ya que son tratadas como '(…) si no tuvieran control, o no deberían tener control sobre sus opciones sexuales y reproductivas; puede ser que sufran esterilizaciones forzadas o que sean forzadas a interrumpir embarazos deseados, con base en la justificación paternalista de que es para su bien'. Así, declaró que esta práctica no busca proteger la dignidad de las mujeres, sino evitar que queden embarazadas, lo que perpetúa el estereotipo de género negativo".

[143] Cfr. Sentencias T-573 de 2016 y T-690 de 2016.

[144] La cual se encentra reseñada en el numeral 7.2.2. de la sentencia T-231 de 2019.