

Sentencia T-665/17

LEGITIMACION POR ACTIVA DE PERSONERO MUNICIPAL PARA INTERPONER ACCION DE TUTELA

Los personeros municipales tienen el deber de salvaguardar los derechos fundamentales de toda la población colombiana, de suerte que la acción de tutela se puede convertir en una herramienta de gran utilidad para la consecución de dicho fin. Sin embargo, la facultad con la que cuentan los personeros municipales para interponer acción de tutela está sujeta a que: (i) la persona que encuentre afectado o amenazado sus derechos fundamentales lo solicite; o (ii) el interesado esté en una condición de indefensión que le impida interponer la acción constitucional personalmente.

DERECHOS REPRODUCTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES-Alcance y contenido

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.

DERECHOS REPRODUCTIVOS Y PLANIFICACION FAMILIAR-Alcance y contenido

El derecho a la planificación familiar es un derecho reproductivo y tiene un carácter fundamental del cual se deriva la obligación para los Estados de adoptar medidas encaminadas a su respeto y protección. Dentro de estas medidas, se encuentran la obligación de proveer información y educación acerca de la salud sexual y reproductiva la cual debe incluir los métodos de planificación familiar, así como el acceso a este tipo de

servicios y medicamentos que incluyan métodos de planificación temporal, de emergencia, así como definitiva. En el mismo sentido, se debe proteger el consentimiento de las personas en el acceso a este tipo de servicios, por lo cual se prohíbe la realización o imposición de los mismos a las personas.

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

Esta Corporación ha dicho explícitamente que existe una prohibición general de esterilización de menores de edad. No obstante, ha aceptado excepciones a tal prohibición cuando exista un riesgo inminente para la vida de la mujer como consecuencia del embarazo y se encuentre probado científicamente. En todo caso, también extendió la posibilidad de realizar este tipo de procedimientos en menores de edad en situación de discapacidad severa y profunda, cuando se haya desvirtuado la presunción de capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva dentro de un proceso diferente a la interdicción en el cual se haya verificado que: (ii) no existe una alternativa menos invasiva que la esterilización quirúrgica; (iii) se hayan brindado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su decisión; (iv) se haya comprobado la imposibilidad del consentimiento futuro; y (v) la evidencia de la necesidad médica de la intervención quirúrgica.

PROHIBICION DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MENORES DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Requisitos para aplicar excepciones

ACCION DE TUTELA PARA AUTORIZACION DEL PROCEDIMIENTO DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MENOR DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Improcedencia, por cuanto no se cumple con requisitos para aplicación excepción

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

Referencia: Expediente T-6.144.907

Acción de tutela instaurada por el personero municipal de Dosquebradas (Risaralda) en representación de María, en contra de PROFAMILIA, Asmet Salud EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda .

Procedencia: Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Asunto: Esterilización definitiva y derechos reproductivos de menores de edad en situación de discapacidad mental.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En la revisión de la providencia de segunda instancia proferida el 19 de enero de 2017 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y de la sentencia de primera instancia dictada el 15 de noviembre de 2016 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda), promovida por el personero municipal de Dosquebradas (Risaralda), en representación de María, en contra de la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana (en adelante PROFAMILIA), Asmet Salud EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

El asunto llegó a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 30 de mayo de 2017, la Sala número Cinco de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión y lo asignó a la Magistrada ponente para su sustanciación.

I. ACLARACIÓN PREVIA

En razón a que en el presente caso se estudiará la situación de una menor de edad, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación de la misma el nombre de la adolescente y el de sus familiares, así como los datos e informaciones que permitan conocer su identidad. En consecuencia, para efectos de identificar a las personas, y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, se han cambiado los nombres reales de la menor de edad y de sus padres por “María”, “Alejandra” y “Carlos” respectivamente¹. Así pues, serán elaborados dos textos de esta sentencia, de idéntico tenor, solo que en el escrito que será divulgado y consultado libremente serán cambiados sus nombres y cualquier otro dato que pudiere conducir a la identificación de la menor de edad y sus padres.

I. ANTECEDENTES

El personero municipal de Dosquebradas (Risaralda) en representación de María, presentó acción de tutela en contra de PROFAMILIA, Asmet Salud EPS-S y la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, por considerar que la negativa de las entidades accionadas de realizarle el procedimiento de esterilización definitiva, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la integridad personal y a la continuidad en la prestación del servicio de salud.

El personero municipal indicó que Alejandra inició un proceso de interdicción judicial por discapacidad mental de su hija de 16 años, quien fue diagnosticada con retraso mental, lo cual según el informe médico causa alteraciones “(...) en la atención, la orientación, el afecto, el pensamiento, el lenguaje, la memoria, la capacidad intelectual, el juicio, el raciocinio, la introspección y la prospección”.². En este sentido, precisó que “más allá de los bienes de su hija, pues no los hay, el fin principal de adelantar dicho trámite era garantizarle a su hija el derecho fundamental a la salud, al obtener la autorización para la aplicación de un método anticonceptivo, pues esta no está en la facultad de tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva por padecer retraso mental moderado o discapacidad mental cognitiva (...)”³.

En consecuencia, el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda) a través de sentencia del 19 de enero de 2015 resolvió, entre otras cosas: (i) declarar interdicta a la menor de edad; (ii) designar a su madre como “guardadora en modalidad de curadora de la interdicta por discapacidad mental”⁴ para que la represente en todos los procesos judiciales y en la administración de sus bienes; (iii) declarar que la adolescente no tiene capacidad mental para tomar decisiones en relación con su salud sexual y reproductiva; y (iv) autorizar a la curadora para que gestione en nombre de su pupila todo lo concerniente para su esterilización definitiva⁵.

De conformidad con lo anterior, la madre de la adolescente solicitó ante Asmet Salud EPS-S, entidad a la que se encuentra afiliada, la autorización para que se le practicara la cirugía descrita. Así, el 9 de septiembre de 2016 la mencionada EPS autorizó la intervención médica⁶. Sin embargo, el psicólogo de PROFAMILIA (Pereira) indicó que la menor de edad requería un método temporal de planificación mientras cumplía los 18 años y, por lo tanto, no debía practicársele el método anticonceptivo definitivo⁷.

Debido a lo anterior, Alejandra acudió de nuevo ante la EPS para solicitar una autorización de servicios con remisión a otro centro médico. No obstante, la EPS volvió a expedir la misma autorización médica en la que autorizaba la intervención quirúrgica en PROFAMILIA (Pereira). En este orden de ideas, la representante considera que con la negativa de PROFAMILIA “(...) se corre el riesgo de afectar no solo la calidad de vida de la menor de edad, sino que la expone a concebir un hijo sin estar en capacidad de consentirlo y con altas probabilidades de afectaciones médicas (...)”⁸.

Así pues, el personero municipal solicita que se protejan los derechos fundamentales de María a la salud, a la seguridad social y a la integridad física. En consecuencia, pide que se le ordene a PROFAMILIA que realice el procedimiento médico descrito.

I. ACTUACIONES PROCESALES

El Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda), mediante auto del 28 de octubre de 2016, admitió la acción de tutela y ordenó correr traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

1. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Secretaría de Salud de Risaralda

La Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda se refirió a la Resolución 5592 de 2015, por medio de la cual se define, aclara y actualiza el Plan de Beneficios. En este sentido, precisó los deberes que tienen las Entidades Promotoras de Salud (EPS) de garantizar el acceso a los servicios de salud y a la atención para la recuperación de la salud de la menor de edad. Por último, precisó que de conformidad con el Decreto 019 de 2012 (Ley Antitrámites) las EPS “(...) tendrán la obligación de contar con sistemas no presenciales para autorizar los servicios de salud, de tal forma que el afiliado no tenga que presentarse nuevamente para recibir la misma”⁹. Así pues, solicitó que: (i) se ordenara a la EPS-S Asmet Salud que gestionara la realización de la esterilización definitiva de la adolescente; y (ii) se declarara que la entidad que representa no ha ocasionado una vulneración de los derechos fundamentales.

PROFAMILIA

En primer lugar, la representante legal de PROFAMILIA informó que la esterilización quirúrgica es un método anticonceptivo definitivo regulado por la Ley 1412 de 2010, por medio de la cual se busca fomentar la paternidad y maternidad responsable. En este sentido, precisó que a través de la sentencia C-131 de 2014 la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de dicha normativa y excepcionó la prohibición del artículo 7º de someter menores de edad en situación de discapacidad cognitiva a procedimientos de esterilización definitiva cuando: (i) exista un riesgo inminente de muerte para la embarazada por esta causa; y (ii) se trate de una discapacidad profunda y severa, certificada médicamente, que le impida al paciente otorgar su consentimiento futuro.

Sin perjuicio de lo anterior, anotó que de conformidad con la sentencia C-182 de 2016 la Corte Constitucional “determinó que el consentimiento sustituto para este tipo de intervenciones en personas con discapacidad cognitiva debe ser de tipo excepcional. Por lo que, debe limitarse a los casos en que la persona tenga una discapacidad de tipo ‘severa y profunda’. Es decir, cuando después de haber utilizado todos los apoyos y ajustes razonables

necesarios, la persona no puede expresar su consentimiento de forma libre e informada. Así, solo en estos casos deberán surtirse los requisitos de interdicción judicial y previa autorización judicial para esterilizar”¹⁰.

En segundo lugar, refirió la normativa nacional e internacional que protege los derechos sexuales y reproductivos de los sujetos en situación de discapacidad. En este sentido, resaltó que la principal función de la entidad que representa es promover el goce efectivo de los derechos sexuales y reproductivos de todas las personas, independientemente de su capacidad cognitiva. Así, enfatizó que para realizar el procedimiento de esterilización definitiva se debe tener en cuenta lo siguiente: (i) el consentimiento libre e informado de la persona que desea realizárselo; (ii) en caso de que la persona no tenga la capacidad cognitiva para ello, que se garanticen todos los apoyos para que la persona entienda su voluntad; y (iii) la previa comunicación de mecanismos de planificación familiar que resulten menos lesivos que el método anticonceptivo definitivo. De conformidad con lo expuesto, indicó que antes de proceder a realizar la cirugía de Pomeroy a María, era fundamental la valoración psicológica que determinara el nivel cognoscitivo de la misma¹¹.

Por último, anotó que “la esterilización definitiva no previene enfermedades de transmisión sexual, ni es un mecanismo para proteger a la usuaria de abuso sexual. En consecuencia, se sugiere permanente cuidado y otros métodos de planificación familiar de larga duración”¹². Así las cosas, solicitó que se desvinculara a la entidad que representa de la presente acción de tutela.

Asmet Salud EPS-S

El gerente jurídico de Asmet Salud EPS -S afirmó que a la adolescente se le ha brindado plena cobertura en el servicio de salud. En consecuencia, aseguró que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en especial de la sentencia T-250 de 2009, se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado, pues la entidad que representa generó la autorización para llevar a cabo la cirugía de esterilización definitiva, de modo que no le es imputable la omisión en la práctica de este procedimiento médico. En este orden de ideas, enfatizó que Asmet Salud EPS -S no ha vulnerado los derechos fundamentales de María.

Para finalizar solicitó que: (i) se declare que la entidad que representa ha prestado de

manera ininterrumpida, adecuada y oportuna los servicios de salud requeridos por la menor de edad; y (ii) se le ordene a la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda realizar los pagos correspondientes para la prestación del servicio de salud.

Procuraduría General de la Nación

En primer lugar, el Procurador Judicial de Infancia, Adolescencia y Familia se pronunció respecto del trámite de interdicción judicial. Al respecto, precisó que “en cuanto al trámite de proceso de interdicción judicial (...) adelantado ante el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, lo más pertinente atendiendo al artículo 26 de la Ley 1306 de 2009 era la patria potestad prorrogada, toda vez que se trataba de una adolescente”¹³.

En segundo lugar, enfatizó que la autorización para disponer de los derechos sexuales y reproductivos de María, no era procedente dentro de esta misma diligencia, pues su única finalidad es declarar la interdicción de la menor de edad y nombrar un curador para que administre sus bienes y se haga cargo de la misma. En este sentido, resaltó que para la salvaguarda de los derechos sexuales y reproductivos de la menor de edad en situación de discapacidad es necesario realizar un análisis detenido dentro de un proceso judicial diferente al proceso de interdicción, pues el objeto no es la autorización de un procedimiento que afecte la sexualidad de María.

En tercer lugar, precisó que, en principio, los menores de edad no pueden ser sometidos a intervenciones quirúrgicas en contra de su voluntad. Sin embargo, indicó que de conformidad con la sentencia T- 740 de 2014 es posible que se lleven a cabo estos procedimientos en los niños, siempre y cuando se configure: (i) un riesgo inminente de muerte para la mujer a raíz de un eventual embarazo; y (ii) se trate de una discapacidad profunda o severa, certificada médicamente, que le impida al paciente otorgar el consentimiento a futuro.

De conformidad con lo anterior, sostuvo que no es posible llevar a cabo la cirugía de esterilización definitiva, pues de la valoración hecha por PROFAMILIA, se logró constatar que María no tiene una discapacidad profunda o severa que le impida tomar decisiones sobre su sexualidad, ya que reconoce y expresa las funciones de la reproducción y comunica su deseo de no tener hijos¹⁴. Así pues, insistió en que no se configura ninguna de las excepciones señaladas por la jurisprudencia para permitir el procedimiento médico en la adolescente.

Finalmente, manifestó que la acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que no es el mecanismo procedente para solicitar la autorización del procedimiento de esterilización quirúrgica. De esta manera, insistió que debe realizarse un trámite judicial especial ante un juez de familia, con amplio periodo probatorio en el que se logre demuestre si es viable la esterilización.

Sentencia de primera instancia

En primer lugar, es necesario aclarar que aunque en el presente caso el juzgado que profirió el fallo que declaró la interdicción de María y el de primera instancia de la acción de tutela es el mismo (Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda)¹⁵, dicha situación no genera una nulidad a la providencia que se revisa, pues son problemas jurídicos diferentes y jurisdicciones independientes.

El Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda) mediante providencia del 15 de noviembre de 2016, negó el amparo constitucional solicitado por el Personero Municipal en representación de María. Como argumento principal señaló que según lo establecido por el psicólogo de PROFAMILIA, la menor de edad sí cuenta con capacidad de decisión respecto de su sexualidad. En este sentido, estableció que no era posible llevar a cabo la cirugía de esterilización definitiva. Además, enfatizó que según la sentencia C -131 de 2014 la intervención quirúrgica es procedente y pertinente cuando sobreviene una discapacidad profunda o severa que no permita emitir consentimiento, situación que no ocurre en el presente caso, pues María tiene un nivel cognoscitivo que le permite entender el ejercicio de su sexualidad.

Por otra parte, señaló que el trámite para lograr la autorización del procedimiento se hace mediante un proceso especial, diferente a la diligencia que decretó la interdicción y que debe ser iniciado por los dos padres de María.

Por último, concluyó que PROFAMILIA actuó bajo los lineamientos jurisprudenciales y veló por los derechos sexuales y reproductivos de María. En este sentido, estableció que Alejandra debe esperar a que su hija llegue a la mayoría de edad para poder acceder al procedimiento de esterilización definitiva, no sin antes informarse de la existencia de otros mecanismos temporales que resultan ser los indicados para la protección de los derechos fundamentales de la adolescente.

Impugnación

El personero municipal de Dosquebradas impugnó la decisión de primera instancia, con fundamento en que se desconoce la decisión adoptada por el juez que declaró la interdicción de María, en la medida que se negó la autorización para iniciar el método anticonceptivo definitivo. Así, enfatizó en que no es relevante si la autorización judicial para llevar a cabo este procedimiento médico se obtuvo en la misma sentencia que declaró la interdicción judicial de la adolescente. En refuerzo de lo anterior, argumentó que, en virtud del principio de “(...) economía procesal se adelantó en el mismo proceso de interdicción [el de esterilización], resaltando que si bien dicha autorización es un requisito adicional ello no implica que necesariamente deba adelantarse en proceso aparte”¹⁶.

De esta manera, solicitó que: (i) se revocara el fallo proferido por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda) y se concediera la protección de los derechos fundamentales de María; (ii) se ordenara a PROFAMILIA que realizara el método anticonceptivo definitivo en la menor de edad; y (iii) se ordenara a Asmet Salud EPS-S y a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda que garantizara la realización del procedimiento médico señalado.

Sentencia de segunda instancia

La Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior de Risaralda mediante sentencia del 19 de enero de 2017, confirmó la decisión proferida por el juez de primera instancia. Al respecto, el ad-quem precisó que la autorización obtenida por Alejandra a través del proceso de interdicción “(...) no constituye una orden perentoria que obligue a la entidad de salud a realizar el procedimiento quirúrgico (...)”¹⁷. Asimismo, manifestó que de conformidad con las pruebas allegadas al proceso de tutela, no se configuró ninguna de las dos excepciones enmarcadas en la jurisprudencia para permitir la esterilización de María. De conformidad con lo anterior, concluyó que PROFAMILIA no vulneró los derechos fundamentales de la adolescente, y que por el contrario, veló por la protección de los mismos al impedir su práctica.

1. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

La Magistrada Ponente en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las señaladas por el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 y los artículos 57 y 58 del Reglamento Interno de esta Corporación, a fin de allegar material probatorio suficiente que permitiera resolver la acción de tutela, profirió los siguientes autos:

i. El 17 de julio de 2017, la Sala ofició a la madre de la tutelante para que suministrara información que permitiera identificar el domicilio del padre de la adolescente. Asimismo, para que respondiera cuál era la situación actual de la adolescente y si había acudido ante otro centro de salud para que le practicaran la intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio. De igual manera, ordenó guardar la reserva de la identidad de la madre y la adolescente y asignó los nombres ficticios de “Alejandra” y “María”.

Además, ordenó oficiar al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, PROFAMILIA Bogotá y la Fundación Saldarriaga Concha, para que respondiera las siguientes preguntas: (i) ¿en qué consiste la discapacidad cognitiva moderada con trastorno secundario de aprendizaje y cuáles son sus efectos? (ii) ¿la discapacidad cognitiva moderada y trastorno secundario de aprendizaje es una patología que puede reversarse con el tiempo o es definitiva y no hay posibilidad de rehabilitación? (iii) ¿qué implicaciones tiene la discapacidad cognitiva moderada y trastorno secundario de aprendizaje respecto del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de una adolescente? (iv) ¿qué tipo de apoyo requiere una adolescente con discapacidad cognitiva moderada y trastorno secundario de aprendizaje respecto del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos? (v) ¿qué métodos anticonceptivos puede utilizar una adolescente con discapacidad cognitiva y trastorno secundario de aprendizaje?

i. El 10 de agosto de 2017 la Sala ofició al Personero Municipal de Dosquebradas (Risaralda) para que oficiara a Alejandra con el objetivo de que suministrara la información que permitiera identificar el domicilio del padre de María. Asimismo, de conformidad con el artículo 63 del Reglamento Interno de esta Corporación los términos para fallar se suspendieron por diez (10) días.

i. El 8 de septiembre de 2017 la Sala ofició a la Fiscalía Local de Dosquebradas (Risaralda) y a Iván Darío Rivera Cardona, administrador municipal del SISBEN, para que brindaran información que permitiera identificar el domicilio del padre de la adolescente. Igualmente, ordenó guardar la reserva de la identidad de dicho sujeto y asignó el nombre ficticio de “Carlos”. Por último, de conformidad con el artículo 63 del Reglamento Interno de esta Corporación suspendió los términos para fallar por quince (15) días.

i. El 4 de octubre de 2017 la Sala vinculó al padre de la adolescente y suspendió el término para fallar por quince (15) días adicionales.

Respuestas de los sujetos oficiados y vinculados en sede de revisión

Alejandra

El 4 de agosto de 2017, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó que no se recibió ninguna respuesta de la accionante¹⁸.

PROFAMILIA (Bogotá)

La Directora Ejecutiva de PROFAMILIA respondió a las preguntas formuladas por la Sala de la siguiente manera:

i. ¿En qué consiste la discapacidad cognitiva moderada con trastorno secundario de aprendizaje y cuáles son sus efectos?

Luego de explicar el “modelo social de discapacidad” y los modelos de apoyo para personas en situación de discapacidad, sostuvo que para identificar una persona en situación de discapacidad intelectual y cognitiva, se debe evaluar “(...) la intensidad, naturaleza y tipo de apoyos que requieren”¹⁹. En ese sentido, afirmó que las personas con discapacidad intelectual suelen “(...) requerir apoyos bajos, medios y/o altos desde la comunicación y la forma como se brinda la información para la toma de decisiones. Vale la pena mencionar que

los apoyos no son los mismos para todas las personas con discapacidad intelectual, y siempre se requiere hacer un análisis concreto del caso individual, teniendo en cuenta el contexto familiar, social y educativo de la persona”²⁰.

i. ¿La discapacidad cognitiva moderada y trastorno secundario de aprendizaje es una patología que puede reversarse con el tiempo o es definitiva y no hay posibilidad de rehabilitación?

Sostuvo que la discapacidad intelectual se debe entender en “(...) términos contextuales y multidimensionales, y no como algo que se puede o debe curar o reversar”²². En este sentido, reiteró que no debe analizarse si se debe reversar o curar una discapacidad, pues lo correcto es analizar esta condición desde una perspectiva de diversidad humana en la cual se privilegian las condiciones sociales y no las de rehabilitación médica. De esta manera, concluyó que la situación de discapacidad de María debe ser analizada desde una óptica en la que se evalué el sistema de apoyos que requiere.

i. ¿Qué implicaciones tiene la discapacidad cognitiva moderada y trastorno secundario de aprendizaje respecto del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de una adolescente?

Después de hacer un recuento de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad, concluyó que: (i) en todo caso debe analizarse si existen medidas menos lesivas que la esterilización para los sujetos en situación de discapacidad; (ii) los criterios fijados por el juez constitucional no son conceptos definitivos y deben ser evaluados en cada caso concreto; (iii) la capacidad reproductiva es diferente a la capacidad jurídica; y (iv) el consentimiento informado debe tener en cuenta las particularidades del caso para que la información que se brinde sea correcta.

i. ¿Qué tipo de apoyo requiere una adolescente con discapacidad cognitiva moderada y

trastorno secundario de aprendizaje respecto del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos?

Informó que un profesional de PROFAMILIA aplicó diferentes mecanismos de apoyo que permitieron conocer la voluntad de la adolescente. A partir de ello, aseveró que María demostraba en su actuar “(...) actos conscientes en su capacidad de comprensión y autodeterminación en torno a la toma de decisiones autónomas en sus derechos sexuales y reproductivos. Menciona de forma voluntaria su deseo de realizar el procedimiento de esterilización quirúrgica femenina para no tener hijos”²³. En este orden de ideas, enfatizó que la menor de edad se encuentra en la capacidad para tomar decisiones autónomas respecto del ejercicio de sus derechos reproductivos. De conformidad con lo anterior, anotó que la entidad que representa le ofreció y recomendó a la madre y a la adolescente, otros métodos anticonceptivos que permitieran mantener protegida María mientras cumplía la mayoría de edad.

i. ¿Qué métodos anticonceptivos puede utilizar una adolescente con discapacidad cognitiva y trastorno secundario de aprendizaje?

Manifestó que una psicóloga de PROFAMILIA le aconsejó a la menor de edad y a su madre la implementación de otros mecanismos de planificación familiar a largo plazo, mientras María adquiría la mayoría de edad y podía tomar una decisión acerca del procedimiento de esterilización definitiva.

Fundación Saldarriaga Concha

Previo a responder las preguntas formuladas por la Sala, la representante legal de la Fundación resaltó que en el presente caso se debía reafirmar el enfoque social de la discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano, con el objetivo de resaltar la capacidad y autonomía de las personas en situación de discapacidad respecto del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

i. ¿En qué consiste la discapacidad cognitiva moderada con trastorno secundario de

aprendizaje y cuáles son sus efectos?

La discapacidad intelectual cognitiva moderada con trastorno secundario de aprendizaje es una “condición permanente que trae como resultado ciertas limitaciones significativas, tanto en el funcionamiento intelectual, expresada en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas; así como dificultades en el nivel de desempeño en una o varias de las funciones cognitivas, en procesos de entrada, elaboración y respuesta, que intervienen en el procesamiento de la información y por ende en el aprendizaje; lo que hace necesario el ofrecimiento de apoyos que favorezcan su actividad y participación”²⁴.

i. ¿La discapacidad cognitiva moderada y trastorno secundario de aprendizaje es una patología que puede revertirse con el tiempo o es definitiva y no hay posibilidad de rehabilitación?

De conformidad con el ordenamiento jurídico nacional e internacional no se puede hablar de discapacidad como una patología, pues de llegarlo hacer, se aceptaría el modelo médico, el cual considera que se debe rehabilitar a la persona en situación de discapacidad. En esa medida, enfatizó que la rehabilitación es viable, siempre y cuando se interprete como una forma para mejorar la participación de las personas en situación de discapacidad.

i. ¿Qué implicaciones tiene la discapacidad cognitiva moderada y trastorno secundario de aprendizaje respecto del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de una adolescente?

Insistió en la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad respecto del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. A partir de lo anterior, enfatizó que estos sujetos tienen el derecho a decidir libremente sobre el número de hijos que quieren tener, a recibir educación sobre temas de planificación familiar y a que se respeten las decisiones que se tomen en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Asimismo, resaltó que la opinión de los menores de edad debe ser considerada cuando se afecten sus derechos fundamentales.

PAIIS planteó dos problemas respecto de la protección de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad. La primera de ellas, encaminada a señalar que la “esterilización forzada por medio de consentimiento sustituto (interdicción y autorización judicial)” es una fragante vulneración a sus derechos sexuales y reproductivos. La segunda, referida a la discriminación “(...) entre niños, adolescentes y adolescentes con discapacidad y niños, adolescentes y adolescentes sin discapacidad, al permitir que se les esterilice por motivo de su discapacidad”²⁶.

Al respecto indicó que, aunque la esterilización es un método anticonceptivo válido, puede resultar discriminatorio y violento cuando se realice de manera forzada o sin consentimiento, especialmente en menores de edad. En este orden de ideas, indicó que la Corte debe “(...) reiterar que se encuentra prohibida la esterilización forzada de cualquier persona con discapacidad y por el contrario, se debe garantizar la capacidad jurídica para que tomen sus propias decisiones sobre su salud sexual y reproductiva, con los ajustes razonables y apoyos que requiera cada persona”²⁷.

Posteriormente, hizo un breve recuento jurisprudencial de las sentencias relacionadas con la esterilización en adolescentes en situación de discapacidad. A partir de lo anterior, indicó que la Corte debe ceñirse al precedente sentado en la sentencia T-573 de 2016 que prohibió la anticoncepción definitiva de estas personas, aun cuando existiera la figura del consentimiento sustituto. En este sentido, sostuvo que de llegarse apartar de este precedente, se “(...) crearía un doble estándar: para los niños o adolescentes sin discapacidad, se prohíbe la esterilización de manera tajante, pero si el niño o adolescente presenta una discapacidad profunda o severa, es a través de un proceso judicial”²⁸. Así pues, destacó que el procedimiento de esterilización definitivo de personas en situación de discapacidad, bajo la figura del consentimiento sustituto es un criterio sospechoso de discriminación. Además, resaltó que las este tipo de procedimientos se convierten en tratos inhumanos, crueles y degradantes.

De esta manera, afirmó que no se debía permitir la esterilización de María, porque: (i) es una menor de edad, sobre la que recae de manera expresa una prohibición legal de llevar a cabo este procedimiento; y (ii) aunque no lo fuera, es necesario acudir a otras alternativas de

anticoncepción menos invasivas que tal procedimiento.

En este orden de ideas, destacó que las personas en situación de discapacidad, independiente de si son menores o mayores de edad, tienen derecho a tomar decisiones respecto de su salud sexual y reproductiva de forma libre y autónoma²⁹. De esta manera, anotó que no se debe permitir la esterilización definitiva de María, ya que no es posible presumir su consentimiento a través de una sentencia que declaró su interdicción. Por último, aclaró que “(...) María a través de una red de apoyo puede tomar decisiones concernientes a su salud sexual, como la escogencia del método anticonceptivo que le parezca más favorable, y de acuerdo a los criterios de la OMS”³⁰.

Personero municipal de Dosquebradas (Risaralda)

El Personero municipal ofició a Alejandra para que respondiera las preguntas formuladas por la Sala. Así pues, sostuvo que no veía al padre de la adolescente “(...) desde hace aproximadamente 4 años, la última vez que lo vi fue en una diligencia en la Fiscalía Local de Dosquebradas a la cual asistimos por la denuncia que presenté en contra de él por inasistencia alimentaria, en la cual no se llegó a ningún acuerdo. No sé dónde vive, ni tengo la manera de contactarme con él. Ese señor se desprendió por completo de la obligación con su hija, desde que nació la adolescente él nunca se ha preocupado por su bienestar”³¹.

Asimismo, informó que solamente ha acudido a PROFAMILIA para solicitar el procedimiento médico de esterilización definitiva, ya que no cuenta con los recursos económicos para pagar una operación de esta naturaleza. Por último, informó que a la adolescente no se le puede suministrar otro medio de planificación familiar, pues “(...) debido a su pubertad precoz, tiene serios problemas hormonales, es por ello que el endocrinólogo recomienda la ligadura de trompas, así como el genetista manifiesta que no es apta para utilizar métodos anticonceptivos”³². De esta manera, sostuvo que su hija no solo no está en capacidad de consentir un embarazo, sino también puede llegarse a presentar altos riesgos genéticos durante el embarazo que pueden afectar el nasciturus.

Carlos

La Secretaría General de la Corte Constitucional mediante oficio del 24 de octubre del presente año, informó que se notificó a Carlos en las direcciones brindadas por la Fiscalía

Seccional de Dosquebradas (Risaralda) y el director municipal del SISBEN, y no se recibió respuesta durante el término de traslado³³.

Intervinientes en sede de revisión

Coalición Colombiana por la Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En primer lugar, manifestó que la interdicción no es un sistema de apoyo legal para las personas en situación de discapacidad. En este sentido, indicó que mantener la interdicción y otras medidas sustitutivas de la voluntad de las personas en situación de discapacidad supone un incumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Igualmente, anotó que bajo ninguna circunstancia se puede realizar una esterilización definitiva si no obra el consentimiento de la persona que se va a someter a este procedimiento, aun cuando esté en situación de discapacidad. De esta manera, resaltó que se debía reiterar el precedente jurisprudencial sentado en la sentencia T-573 de 2016.

En segundo lugar, argumentó que la esterilización sin el consentimiento ha sido calificada como un trato cruel, inhumano y degradante, de manera que realizar dicho procedimiento en un sujeto en situación de discapacidad es un hecho que vulnera sus derechos fundamentales. En línea con lo anterior, declaró que una “(...) persona sujeta a la patria potestad de sus padres o tutores legales, no varía la calificación del hecho ni lo despoja de su carácter violatorio de la dignidad inherente a todo ser humano y de los derechos fundamentales de la persona con discapacidad”³⁴. Contrario a ello, el ordenamiento jurídico nacional e internacional prohíbe de manera expresa que se lleven a cabo este tipo de intervenciones en menores de edad en situación de discapacidad, ya que son asuntos que tocan su esfera íntima y personal.

En tercer lugar, resaltó la importancia de que el Estado colombiano adopte las recomendaciones hechas por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, en la medida de que “adopte medidas legales y administrativas para proporcionar apoyos que requieran las personas con discapacidad para ejercer plenamente este derecho, tomar decisiones en los ámbitos de salud, sexualidad, educación y otros, sobre la base del respeto pleno a su voluntad y preferencias (...)”³⁵.

En último lugar, aseveró que PROFAMILIA actuó de acuerdo con los estándares internacionales, a la jurisprudencia y a la normativa nacional cuando se negó a practicar la esterilización definitiva a María. Así, resaltó que la opción de brindarle una asesoría en temas relacionados con el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos es un mecanismo que garantiza la protección de sus derechos fundamentales, en especial los reproductivos. Igualmente, insistió en que la declaratoria de interdicción judicial para solicitar la esterilización definitiva de la menor de edad es un acto que contraría la normativa nacional e internacional. De conformidad con lo expuesto, solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela, y que por tanto, no se procediera a la esterilización de María.

Women's Link Worldwide

La organización anotó que someter a María a un procedimiento de esterilización definitiva, sin su consentimiento y bajo la figura del consentimiento sustituto, se constituye en una esterilización forzada, práctica que va en contra de los instrumentos internacionales que protegen los derechos de las personas en situación de discapacidad y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Además, indicó que existe una preocupación por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, toda vez que en Colombia existe una ley (1412 de 2010) que autoriza que en casos de discapacidad mental, el consentimiento pueda ser delegado en otra persona (tutor o curador) para que éste solicite el procedimiento de esterilización definitiva. Así, enfatizó que dicha práctica es ilegal y vulnera los principios de no discriminación e igualdad contemplados en el ordenamiento jurídico nacional.

Por otra parte, destacó 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”³⁶. 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”³⁷. 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.

Posteriormente, insistió en la necesidad de que Colombia adopte medidas legales y administrativas que aseguren el cumplimiento de los instrumentos internacionales que consagran los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad. En este sentido, señaló que es necesario abolir la esterilización de personas en situación de discapacidad sin que se le otorgue su consentimiento, pues ello infringe el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Culturales y la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (CEDAW).

Finalmente, resaltó que era necesario que el Estado colombiano cumpliera con su obligación de “debida diligencia”, lo que implica abandonar la práctica de esterilización forzada“(…) sobre adolescentes y mujeres con discapacidad motivada, directa o indirectamente, en su discapacidad combinada con su género”³⁸.

Fiscalía Local de Dosquebradas (Risaralda)

El Fiscal 9º Local manifestó que dicha entidad adelantó una investigación por el delito de inasistencia alimentaria por una querrela formulada por Alejandra en contra de Carlos. En este orden de ideas, precisó que durante las diferentes etapas procesales, Carlos aportó diferentes direcciones como lugar de notificación. Por último, informó que aunque dichas direcciones son las que aparecen referidas en el proceso penal que se llevó en su contra, actualmente se desconoce el domicilio del padre de la adolescente.

SISBEN (Dosquebradas-Risaralda)

Incidente de reconstrucción de expediente

Durante el trámite de recaudo probatorio en sede de revisión, esto es entre el 4 y 24 de octubre del presente año, el cuaderno de segunda instancia que provenía de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira y que constaba de diecinueve (19) folios fue extraviado. En consecuencia, la Magistrada Ponente inició el trámite de reconstrucción de expediente que señala el artículo 126 del Código General del Proceso³⁹. De tal disposición se deriva la posibilidad de adelantar el trámite procesal aun cuando el expediente no se haya reconstruido en su totalidad, siempre y cuando no “impida la continuación del proceso”.

Entonces, debido a que en el presente caso el cuaderno extraviado contenía información que ya había sido incorporada, reseñada y valorada en el proyecto de sentencia puesto a consideración de la Sala de Revisión, el procedimiento de tutela continuó su curso. En otras palabras, los documentos que reposaban en dicho cuaderno, esto es: (i) las comunicaciones de la decisión a las partes (Personero Municipal de Dosquebradas –Risaralda-, Asmet Salud EPS, Secretaría de Salud Departamental de Risaralda y PROFAMILIA Pereira), al Procurador 21 Judicial II de Familia, Infancia y Adolescencia, y al juez de primera instancia; y (ii) el fallo de segunda instancia proferido el 19 de enero de 2017 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira, Magistrado Ponente Edder Jimmy Sánchez Calambás, ya habían sido integradas y valoradas en el proyecto de sentencia. Como consecuencia de lo anterior, es posible aplicar el numeral 5 del artículo 126 del CGP y continuar con el trámite.

Así pues, debido a que no es posible remitir el expediente al juez de primera instancia (Juzgado Único de Familia de Dosquebradas –Risaralda-) hasta que se reconstruya el mismo, el Despacho mantendrá la custodia del mismo y ordenará a la Secretaría de esta Corporación que notifique la presente decisión, en los términos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

1. El personero municipal de Dosquebradas (Risaralda) presentó acción de tutela en contra de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, Asmet Salud EPS-S y PROFAMILIA, por

la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de María (16 años) a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la integridad personal y a la continuidad en la prestación del servicio de salud. En este sentido, anotó que las entidades accionadas se reusaron a llevar a cabo la esterilización definitiva de la adolescente, aun cuando existe una sentencia de interdicción judicial que autoriza tal método anticonceptivo.

Por otra parte, las entidades demandadas señalaron lo siguiente: (i) la Secretaría de Salud Departamental sostuvo que Asmet Salud EPS-S es la entidad encargada de llevar a cabo el procedimiento médico a María; (ii) Asmet Salud EPS-S manifestó que se configura una carencia actual de objeto por hecho superado, en cuanto se profirió la autorización para llevar a cabo la ligadura de trompas de Falopio de la adolescente; y (iii) PROFAMILIA afirmó que según la Ley 1412 de 2010 existe una prohibición legal de practicar un método anticonceptivo definitivo en menores de 18 años.

En el trámite de impugnación, la Procuraduría General de la Nación intervino y adujo que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional no era posible que en la sentencia de interdicción se permitiera la esterilización de María. Así, enfatizó que el trámite para lograr la autorización del método anticonceptivo definitivo de la menor de edad constituye un proceso especial, diferente a la diligencia que decretó la interdicción y que debe ser iniciado por los dos padres de la adolescente. En todo caso, explicó que tampoco se configuraban al menos una de las dos excepciones que la jurisprudencia permite para que se lleve a cabo este procedimiento en un menor de edad con discapacidad mental.

Los jueces de instancia negaron la tutela interpuesta por el Personero Municipal de Dosquebradas (Risaralda) en representación de María, por considerar que: (i) el nivel cognoscitivo de María le permite otorgar un consentimiento a futuro, ya que su discapacidad no es profunda o severa; (ii) el proceso para lograr la esterilización definitiva es un proceso especial y diferente a la declaratoria de interdicción; (iii) la adolescente no se encuentra dentro de alguno de los supuestos jurisprudenciales para que proceda la esterilización definitiva; y (iv) PROFAMILIA ha actuado acorde con los parámetros legales en la materia.

En sede de revisión, las entidades oficiadas por la Sala indicaron que se debía respetar el modelo social de discapacidad que propende por la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad, y que por tanto, prohíbe la esterilización de dichos

sujetos, aún bajo la figura del consentimiento sustituto. De esta manera, afirmaron que el procedimiento de esterilización definitiva de una persona en situación de discapacidad, sin obtener su consentimiento, se convierte en una esterilización forzada y vulnera sus derechos fundamentales. Por último, mencionaron que antes de practicar la intervención médica se debe consultar a otros métodos de planificación familiar menos lesivos para los derechos fundamentales de la menor de edad.

Asimismo, las entidades intervinientes solicitaron que se negara la esterilización de la adolescente, toda vez que dicha práctica, aún bajo el modelo del consentimiento sustituto, vulnera sus derechos reproductivos. Además, insistieron en que de llegarse a practicar este procedimiento médico, se desconocerían normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que expresamente prohíben este tipo de intervenciones en personas en situación de discapacidad.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que más allá de los derechos fundamentales invocados por el personero en representación de la adolescente de 16 años en situación de discapacidad a petición de su madre, los hechos puestos a consideración involucran los derechos reproductivos de una menor de edad y la capacidad de otorgar su consentimiento en relación a una intervención definitiva, en el contexto de una autorización de una EPS precedida por una sentencia judicial, con el objetivo de: (i) tener una vida sexual responsable; y (ii) proteger su mejor interés.

De esta manera, lo que analizará la Sala es la efectividad de la decisión que declara la interdicción de la adolescente y, específicamente, el numeral cuarto que autoriza el consentimiento sustituto para esterilizarla como una decisión que no está revestida de cosa juzgada, por tratarse de asuntos que son susceptibles de volverse a tratar una vez los supuestos fácticos cambien. En este orden de ideas, no es procedente analizar si el procedimiento agotado para tal autorización fue el adecuado, de acuerdo con lo que ha sostenido esta Corporación y el marco legal. En otras palabras, no se pretende determinar si le eran aplicables los precedentes de las sentencias C-131 de 2014 y C-182 de 2016 de conformidad con los cuales debe existir un procedimiento judicial previo diferente al de interdicción que autorice el consentimiento sustituto, en el cual se hubiera verificado que: (i) se presumió la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva; (ii) se trata de una situación de discapacidad severa y profunda; (iii) se hubieran agotado todos los

apoyos y ayudas posibles para establecer si la niña podía otorgar su consentimiento; (iv) se comprobó la imposibilidad de otorgar el consentimiento futuro y se evidenció la necesidad médica de la intervención quirúrgica.

De esta manera, en el presente caso no se ha planteado una controversia en contra de la decisión en el proceso de interdicción y autorización de la esterilización que permita a la Corte analizar si existió algún defecto como, por ejemplo, la violación directa de la Constitución o el desconocimiento del precedente. Así, como regla general, la Corte no puede pronunciarse ultra o extra petita sobre la validez de una decisión judicial, en razón a los requisitos de procedibilidad para tales casos. Sin embargo, esa revisión no es necesaria en este caso, ya que la controversia gira en torno a efectividad de esa determinación y a su exigibilidad cuando la menor de edad ha dado su consentimiento pero adoptarla puede comprometer sus derechos reproductivos. Por lo tanto, el alcance de esta providencia no versa sobre la validez de la autorización de esterilización de María, sino de su efectividad.

1. De conformidad con lo anterior, la Sala analizará en primer lugar si ¿la acción de tutela es procedente para hacer efectiva ante la EPS y la IPS una autorización judicial para realizar un método de anticoncepción definitivo en una menor de edad en situación de discapacidad?

En caso de ser procedente, la Sala deberá entrar a determinar si ¿PROFAMILIA vulneró los derechos reproductivos y a la autonomía de María, al negarse a practicar el procedimiento de esterilización definitiva aun cuando la adolescente hubiera otorgado su consentimiento y dicha cirugía solo se permite, como regla general, para mayores de edad?

De ser procedente la acción, la Sala abordará el siguiente marco constitucional para resolver el problema jurídico planteado: (i) el alcance de los derechos reproductivos; (ii) las reglas sobre esterilización definitiva en menores de edad en situación de discapacidad mental; (iii) y el análisis del caso concreto.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa

1. El inciso primero del artículo 86 de la Constitución establece que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (negrilla fuera del texto original).

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, sostiene que se encuentran legitimados en la causa por activa: (i) la persona directamente afectada; (ii) el representante legal; (iii) el apoderado judicial; (iv) el agente oficioso; (v) el defensor del pueblo; o (vi) los personeros municipales⁴⁰. De esta manera, la acción de tutela contempla la posibilidad de que sea presentada por diferentes actores.

En línea con ello, el Defensor del Pueblo mediante Resolución 001 del 2 de abril de 1992, delegó en los personeros municipales “(...) la facultad para interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o se encuentre en situación de indefensión”. En este sentido, dichos sujetos podrán interponer acción de tutela contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares que haya violado o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales.

1. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que para que el personero municipal actúe no necesitan tener un interés personal en el caso particular, ni tampoco exhibir un poder conferido por la persona afectada. Entonces, su función no es la de representar intereses particulares en virtud de un mandato judicial “(...) sino la de buscar, a nombre de la sociedad, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas residentes en Colombia. Si la acción de tutela es una de las vías para ello, su actividad, ordenada a provocar la iniciación del proceso, la cumplen a cabalidad tales servidores públicos cuando, habiéndose percatado de que están o han sido violados los derechos fundamentales de una persona, o de que se encuentran amenazados, presentan la demanda respectiva, activando así el mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución, obviamente sobre la base, señalada por el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991, de que

cualquier persona se lo solicite o esté en situación de desamparo e indefensión⁴¹.

En este orden de ideas, los personeros municipales tienen el deber de salvaguardar los derechos fundamentales de toda la población colombiana, de suerte que la acción de tutela se puede convertir en una herramienta de gran utilidad para la consecución de dicho fin. Sin embargo, la facultad con la que cuentan los personeros municipales para interponer acción de tutela está sujeta a que: (i) la persona que encuentre afectado o amenazado sus derechos fundamentales lo solicite; o (ii) el interesado esté en una condición de indefensión que le impida interponer la acción constitucional personalmente.

1. En el presente caso, la Sala evidencia que el Personero Municipal de Dosquebradas (Risaralda) se encuentra legitimado para interponer la acción de tutela en representación de María, ya que: (i) las disposiciones constitucionales le confieren la atribución de proteger los derechos fundamentales de toda la población colombiana y la interposición de la presente acción de tutela es una manifestación de ello; y (ii) María es una adolescente en situación de discapacidad que no puede interponer el mecanismo constitucional personalmente.

1. La Sala resalta que Alejandra también se encuentra legitimada en la causa por activa para presentar la solicitud ante el personero municipal, toda vez que es la madre y representante legal de la adolescente, y en esa medida, propende por la protección de los derechos fundamentales de su hija. En síntesis, la Sala concluye que se cumple el presupuesto de legitimación en la causa por activa para interponer la presente acción de tutela.

Legitimación en la causa por pasiva

1. La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra quien se dirige la acción de tutela y está llamada a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales cuando resulte demostrado en el proceso respectivo⁴². Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y,

excepcionalmente, contra particulares⁴³.

1. En caso sub examine, la acción de tutela se interpuso en contra de las siguientes autoridades:

i. Secretaría Departamental de Salud de Risaralda: Ente descentralizado perteneciente al orden territorial del Departamento de Risaralda, encargado de direccionar el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el departamento.

i. EPS-S Asmet Salud (Risaralda): La Asociación Mutual la Esperanza ASMET SALUD ESS, es una entidad de derecho privado, sin ánimo de lucro, reconocida mediante personería jurídica No. 3393 del 23 de noviembre de 1995, habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 1695 del 10 de octubre de 2007 para administrar los recursos del régimen subsidiado en salud. En el presente caso, la acción de tutela se dirige en contra de dicha entidad, como quiera que es la entidad promotora de salud a la que se encuentra afiliada María.

i. PROFAMILIA: La Asociación Probienestar de la Familia Colombiana es una entidad privada sin ánimo de lucro que propende por el respeto y garantía de los derechos sexuales y reproductivos de la sociedad colombiana. En la presente oportunidad, la acción de tutela se dirige en contra de esta entidad, ya que es una IPS que tiene un contrato con Asmet Salud EPS-S para prestar el servicio de salud en temas relacionados con derechos sexuales y reproductivos, como el procedimiento médico de Pomeroy o ligadura de trompas de Falopio.

1. En resumen, la acción de tutela se interpuso en contra de dos particulares, Asmet Salud

EPS-S y PROFAMILIA, y una autoridad pública, la Secretaría Departamental de Salud de Risaralda. Entonces, la Sala observa que se cumple el requisito de legitimación en causa por pasiva, pues: (i) Asmet Salud EPS-S es la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliada María y se encarga en brindar el servicio público de salud; (ii) PROFAMILIA como institución prestadora del servicio de salud, es quien en virtud del contrato suscrito con Asmet Salud EPS-S tiene a cargo la prestación del servicio de salud relacionado con derechos sexuales y reproductivos, específicamente el procedimiento de esterilización definitiva; y (iii) la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, en virtud del artículo 43 de la Ley 715 de 2001⁴⁴, está encargada de suministrar los recursos económicos para sufragar los servicios públicos de salud en el régimen subsidiado. En este orden de ideas, se acredita el requisito de legitimación en la causa por pasiva.

Requisito de inmediatez

1. La acción de tutela ha sido instituida como un instrumento judicial, preferente y sumario, para reclamar “la protección inmediata” de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente de los particulares.

En virtud de ello, tanto la jurisprudencia constitucional como el decreto que regula el trámite de acción de tutela, han señalado que una de las características esenciales de este mecanismo es la inmediatez, entendida ésta como la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o conculcados.

1. Esta Corporación ha señalado que aunque la acción de tutela no cuenta con un término de caducidad dentro del cual deba ser ejercida, la misma no puede solicitarse en cualquier momento sin atender la época en la que ocurrió la acción u omisión que originó la violación o amenaza de los derechos fundamentales⁴⁵, de tal suerte que el mecanismo de amparo debe ser interpuesto dentro un plazo razonable, oportuno y justo⁴⁶, el cual debe ser analizado por el juez constitucional a la luz de los hechos del caso en particular.

Como consecuencia de lo anterior, se ha exigido que la acción constitucional se promueva oportunamente, esto es, en un término razonable, después de la ocurrencia de los hechos que dieron paso al agravio de los derechos, puesto que de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de la acción de tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata a los derechos fundamentales⁴⁷.

Este elemento temporal, pretende combatir la negligencia, el descuido o la incuria de quien la ha presentado, pues es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales hasta la presentación del recurso de amparo⁴⁸.

1. En este orden de ideas, la Sala observa que en el presente caso el requisito de inmediatez está satisfecho, pues la actuación que posiblemente vulneró los derechos fundamentales de la adolescente, esto es, la negativa de PROFAMILIA de practicar la esterilización, ocurrió el 20 de junio de 2016⁴⁹. Mientras que la acción de tutela se interpuso el 27 de octubre de ese mismo año, es decir, 4 meses después de la acción que presuntamente vulneró los derechos fundamentales de María. En esa medida, se evidencia que entre las fechas señaladas hay un término razonable.

Requisito de subsidiariedad

1. La acción de tutela es un mecanismo de acceso a la justicia previsto en el artículo 86 de la Constitución, a través del cual toda persona puede solicitar el amparo de sus derechos fundamentales. Por la importancia de los derechos que protege, se tramita de manera preferente y sumaria, y sus reglas de procedimiento se guían por los principios de informalidad y prevalencia del derecho sustancial.

Sin embargo, la acción tiene naturaleza subsidiaria, lo que significa que sólo es procedente cuando no existan otras vías judiciales, adecuadas e idóneas para la protección del derecho fundamental, o cuando de existir una vía ordinaria es imprescindible la intervención del juez

de tutela para evitar un perjuicio iusfundamental irremediable⁵⁰. La razón de ser de estas reglas radica en que todos los procesos judiciales deben concebirse como medios para lograr la eficacia de los derechos fundamentales y, en consecuencia, el amparo solo procede cuando el diseño de éstos no tiene la capacidad para cumplir con ese propósito en las circunstancias del caso concreto.

En este sentido, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, determina que la acción de tutela no es procedente “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. Entonces, la tutela sólo procederá cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) de existir otros medios judiciales que éstos no sean eficaces o idóneos para la protección de los derechos fundamentales; o (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1. Para la Sala es claro que la presente acción de tutela es procedente, toda vez que se trata de una controversia alrededor del ejercicio de los derechos a la autonomía y a la reproducción de una adolescente en situación de discapacidad, respecto de la posibilidad de acceder a un método anticonceptivo definitivo cuando existe una providencia judicial que lo autoriza. En otras palabras, el mecanismo constitucional cumple con el requisito de subsidiariedad debido a que se trata de analizar la efectividad de la decisión proferida por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda), por medio de la cual declaró la interdicción de María y autorizó a Alejandra para que adelantara todos los trámites necesarios a fin de que se le practicara el método de esterilización definitiva a María. En este sentido, la Sala encuentra que no existe otro mecanismo idóneo para ello, y además, se agotaron los requisitos que la jurisprudencia exige⁵¹, pues: (i) existe una sentencia que declaró la interdicción de María; y (ii) hay una autorización judicial que permite practicar el método anticonceptivo definitivo, aun cuando en el presente caso, no sea diferenciable de la sentencia de interdicción.

Con todo, podría pensarse que la accionante podría acudir de nuevo ante el juez de familia

para hacer efectiva la autorización, no obstante de conformidad con el artículo 304 del Código General del Proceso⁵², las sentencias proferidas dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria, como lo es la declaratoria de interdicción, no hacen tránsito a cosa juzgada. En consecuencia, se puede plantear la cuestión cuantas veces sea necesario, ya que la naturaleza de los asuntos que se debaten son susceptibles de cambios posteriores⁵³. Luego, podría decirse que la jurisdicción de familia era la competente para conocer de otro proceso para hacer efectiva la autorización de esterilización mediante el consentimiento sustituto. Sin embargo, ese argumento no es admisible, por cuanto no existe un proceso en sede judicial que obligue a una IPS a hacer esta cirugía. Así, las decisiones proferidas en este tipo de procesos, específicamente los relacionados con la declaratoria de interdicción, son únicamente oponibles a las personas que hubieren hecho parte del proceso. En este sentido, la sentencia proferida por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda) no es oponible a PROFAMILIA, entidad que no fue vinculada y tampoco hizo parte del proceso de declaratoria de interdicción.

1. De otra parte, la Sala encuentra que en la presente oportunidad no se debate un problema sobre el cumplimiento de un deber que involucre la dirección, vigilancia y coordinación de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, toda vez que no se cuestiona la prestación del servicio de salud o la renuencia a otorgar una cita médica, sino se trata de una diferencia de criterio acerca de la realización de una cirugía de esterilización definitiva de una menor de edad. En consecuencia, la controversia escapa la competencia de esta entidad.

1. Además, tampoco gira alrededor de la actuación de Asmet Salud EPS-S, pues no se cuestiona que tal entidad no haya ejercido sus funciones, o que se hubiera negado a autorizar el servicio requerido por la accionante, pues esa entidad emitió en dos oportunidades la autorización para que se llevara a cabo la cirugía de ligadura de trompas de María. Así pues, la controversia no gira alrededor de la actuación u omisión de la EPS, para lo cual sería procedente el mecanismo ante la Superintendencia de Salud contemplado en la Ley 1122 de 2007 y ampliado mediante la Ley 1437 de 2011 que determina la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud para decidir temas relacionados con

la prestación del servicio público de salud 54, pues no se cuestiona la acción u omisión de la EPS, sino de un particular (IPS) que se negó a practicar un procedimiento que estaba autorizado por la EPS.

1. Igualmente, la Sala observa que la acción de tutela tampoco pretende controvertir la providencia proferida el 15 de noviembre de 2016 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas, por una presunta configuración de una vía de hecho, sino que tiene como objeto solicitar el amparo de los derechos fundamentales de la adolescente para que se lleve a cabo el procedimiento de esterilización definitiva, el cual se negó a practicar PROFAMILIA. Efectivamente, esta entidad con fundamento en una nueva valoración médica no realizó la cirugía de ligadura de trompas de la menor de edad, al encontrar que la adolescente padece un trastorno que le permite otorgar su consentimiento a futuro. En tal virtud, como esa es la situación fáctica que origina el reproche en vía de esta tutela no existe otro mecanismo judicial procedente para analizar la situación.

1. En resumen, la Sala reitera que aunque el personero alegó la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud, lo cierto es que la situación afecta directa y principalmente los derechos fundamentales a la autodeterminación y a la libertad reproductiva de la adolescente. Entonces, al verse involucrados los derechos fundamentales de una menor de edad en situación de discapacidad mental (sujeto de especial protección constitucional), y existir una decisión judicial precedente que autoriza la esterilización de la menor de edad, los cuestionamientos giran en torno a la efectividad de la misma, lo cual tiene una incidencia directa en la autonomía futura de la adolescente por tratarse de una decisión definitiva sobre su cuerpo, de suerte que la acción de tutela se erige como el mecanismo judicial idóneo para salvaguardar estas prerrogativas constitucionales.

Alcance y contenido de los derechos reproductivos. Reiteración de jurisprudencia.

1. Los derechos reproductivos se desprenden principalmente de los artículos 16 y 42 de la

Constitución, que establecen la garantía del libre desarrollo de la personalidad y el derecho de las personas a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y del artículo 16 de Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra de la Mujer (CEDAW)⁵⁵ que establece el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas, el intervalo entre los nacimientos y el acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Igualmente, el artículo 12 de dicho instrumento señala la obligación de los Estados parte de adoptar medidas que eliminen “(...) la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

Así, esta Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial consistente y uniforme sobre el reconocimiento, titularidad, naturaleza y contenido de los derechos reproductivos y su carácter fundamental⁵⁶. En este sentido, ha sostenido de manera general que estos derechos admiten y protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres e implican la obligación del Estado de brindar la información y los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación⁵⁷. En este sentido, existe una protección a la autodeterminación reproductiva asociada con la progenitura responsable y que se entiende como la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento, así como el acceso a los medios para hacerlo.

1. Ahora bien, los derechos reproductivos guardan una interdependencia con otras garantías fundamentales como la igualdad (artículo 13), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), la salud (artículo 49), la educación (artículo 45) y la información (artículo 20), entre otros⁵⁸. Respecto al derecho a la igualdad, la Corte ha sostenido que los derechos reproductivos deben interpretarse en consonancia con el artículo 13 de la Carta Política, pues este derecho es uno de los principios rectores del Estado Social de Derecho, así como una garantía para la protección de grupos tradicionalmente discriminados y marginados⁵⁹. En desarrollo de lo anterior, la Corte ha reconocido que aun cuando tanto hombres como mujeres son titulares de algunas de las manifestaciones de los derechos reproductivos, en

general, la mayoría de estas se encuentra en cabeza de las mujeres, por ser ellas quienes sufren el mayor impacto de la reproducción. Así, pues su protección no puede perder de vista el elemento de género cuando aborda su protección y respeto⁶⁰.

En este sentido, esta Corporación ha dicho que “la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-274-15.htm> - _ftn76, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado”⁶¹. De esta manera, los derechos reproductivos protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, y han sido reconocidos como derechos fundamentales cuya protección y garantía es interdependiente a la garantía de igualdad y equidad de género.

1. De otra parte, los derechos reproductivos también son interdependientes con el derecho al libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía, en la medida que protegen las decisiones que las personas adoptan respecto de su plan de vida. Así, la autodeterminación reproductiva debe estar libre de todo tipo de interferencias, como la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación. En este sentido, se considera vulnerado este derecho cuando un individuo no puede “alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”⁶² de manera arbitraria, irrazonable e injustificada. Evidentemente es un derecho que puede ser limitado en ciertas circunstancias pero no bastan las “simples consideraciones a priori de interés general o de bienestar colectivo, desarrolladas de manera vaga e imprecisa”⁶³.

En esta línea, la Corte ha sostenido que las decisiones sobre la planificación familiar, de las cuales depende la procreación son personales, pues “[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos (...) no debe (...) estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”⁶⁴. Es por ello que este derecho es vulnerado, por ejemplo, “cuando se obliga al marido a dar su

autorización para decidir sobre la esterilización de la mujer, o cuando se establecen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como por ejemplo, tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando es obligatorio que los médicos y otros funcionarios de salud informen sobre los casos de mujeres que se someten a abortos”⁶⁵.

Alcance y contenido del derecho a la planificación familiar

1. Ahora bien, los derechos reproductivos se concretan, entre otros, en los derechos a: (i) la interrupción voluntaria del embarazo en los casos en que es legal; (ii) la planificación familiar, de la cual se deriva el acceso a anticoncepción y la prohibición de la esterilización forzada; (iii) la maternidad segura; (iv) la fertilización in vitro; y (v) la educación sexual. No obstante, para efectos de la presente sentencia, solamente se analizará el derecho a la planificación familiar, lo cual, como se dijo necesariamente involucra la prohibición de la esterilización forzada, toda vez que un elemento central del acceso a la anticoncepción es que medie el consentimiento. Este derecho “(...) se encuentra reconocido explícitamente en el derecho internacional [y] faculta a mujeres y hombres a acceder a toda la gama de métodos anticonceptivos, así como a información sobre salud sexual y reproductiva. Las obligaciones de los Estados en este ámbito incluyen asegurar el acceso a la anticoncepción, protegiendo el derecho a tomar decisiones informadas al igual que la confidencialidad para los y las adolescentes que buscan estos servicios”⁶⁶.

1. En este orden de ideas, este derecho también es interdependiente de otros derechos fundamentales como los derechos a la igualdad, a la integridad física, a la salud, a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes. Así pues, el desarrollo de las obligaciones estatales que se derivan del mismo se ha dado en su mayoría por los comités de monitoreo de Naciones Unidas y otros órganos cuasijudiciales en sus pronunciamientos sobre alrededor de los artículos 1267 y 1668 de la CEDAW que reconocen los derechos reproductivos y a estar libre de violencia, 1269 de la Convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la salud y el artículo 5°70 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la integridad personal. Así, se pasan a exponer los pronunciamientos y Recomendaciones Generales que lo han abordado⁷¹.

1. En primer lugar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la Recomendación General Nº 19, recomendó que los Estados Parte debían tomar las medidas correspondientes para prevenir actos de coerción respecto de la fertilidad y la reproducción. Asimismo, a través de la Recomendación General Nº 21, el Comité reconoció la existencia de prácticas forzadas contra la mujer en temas relacionados con la planificación familiar, como el embarazo forzado, el aborto y la esterilización sin consentimiento. En este sentido, destacó la importancia del acceso a la información relacionada con la planificación familiar y la anticoncepción.

1. En segundo lugar, el Comité de los Derechos del Niño, por medio de la Observación General Nº 3 reconoció “(...) la necesidad de un enfoque holístico que base la prevención y los esfuerzos de intervención en un enfoque de derechos humanos, que incluya la atención preventiva en salud, educación sexual, educación y servicios de planificación familiar”⁷². Igualmente, a través de la Observación General Nº 9, el Comité evidenció que niñas y niños en situación de discapacidad enfrentan múltiples desafíos y riesgos en temas relacionados con la salud reproductiva. De esta manera, hizo una recomendación a los Estados Parte de proveer a estos sujetos información apropiada sobre las relaciones y la salud reproductiva, así como una orientación y consejería. Además, el Comité llamó la atención por la práctica prevalente de esterilizaciones forzadas en menores de edad, especialmente en niñas⁷³. En este sentido, reconoció que esta práctica viola gravemente el derecho a la integridad física y tiene consecuencias adversas de por vida, tanto para la salud física como mental. En consecuencia, exhortó a los Estados Parte que prohíban legalmente la esterilización forzada de niñas y niños por motivos de discapacidad.

1. En tercer lugar, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General Nº 28 analizó el derecho de las mujeres a la igualdad en el ejercicio de su derecho a la intimidad, particularmente en lo que respecta a su vida y función reproductiva. Particularmente, el Comité llama la atención por las exigencias respecto de que las mujeres deban tener un determinado número de hijos, contar con la autorización de sus esposos o compañeros, o

cumplir una edad determinada para poder someterse a un proceso de esterilización.

1. En cuarto lugar, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General N° 14 destacó la necesidad de que los Estados Parte ofrezcan una diversidad en servicios de atención en salud de alta calidad y accesibilidad, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, como la planificación familiar. Igualmente, exhortó a los Estados Parte a que eliminen todos los obstáculos que le impidan a las mujeres acceder a estos servicios, a educación e información, incluida el área de salud sexual y reproductiva. Así mismo, a través de la Observación General N° 16 el comité enfatizó el derecho a la igualdad que tienen los hombres y las mujeres de acceder al disfrute del más alto del derecho a la salud, dentro de lo que incluye los servicios de salud sexual y reproductiva.

De igual manera, este Comité a través de la Recomendación General N° 22 estableció una serie de obligaciones que deben cumplir los Estados Parte respecto de los derechos sexuales y reproductivos. Al respecto, el CDESC precisó, entre otras cosas, que el Estado debe: (i) garantizar el acceso universal y equitativo a servicios, bienes y establecimientos asequibles, aceptables y de calidad en materia de salud sexual y reproductiva, en particular para las mujeres y los grupos desfavorecidos y marginados; (ii) velar porque todas las personas y grupos tengan acceso a una educación e información integrales sobre la salud sexual y reproductiva que no sean discriminatorias, que sean imparciales, que tengan una base empírica y que tengan en cuenta las capacidades evolutivas de los niños y los adolescentes; (iii) garantizar la accesibilidad de la información, es decir, buscar, recibir y difundir información e ideas relativas a cuestiones de salud sexual y reproductiva en general, y también el derecho de las personas a recibir información específica sobre su estado de salud. Todas las personas y grupos, incluidos los adolescentes y jóvenes, tienen el derecho a recibir información con base empírica sobre todos los aspectos de la salud sexual y reproductiva, entre ellos la salud materna, los anticonceptivos, la planificación familiar, las infecciones de transmisión sexual, la prevención del VIH, el aborto sin riesgo y la asistencia posterior en casos de aborto, la infecundidad y las opciones de fecundidad, y el cáncer del sistema reproductor; y (iv) velar porque los adolescentes tengan pleno acceso a información adecuada sobre la salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar y los anticonceptivos, los riesgos del embarazo precoz y la prevención y el tratamiento de las

enfermedades de transmisión sexual, como el VIH/SIDA, independientemente de su estado civil y del consentimiento de sus padres o tutores, con respeto de su privacidad y confidencialidad.

1. En quinto lugar, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, a través de la Recomendación General Nº 25 reconoció que algunas formas de discriminación racial pueden ser experimentadas solo por las mujeres, y que pueden estar dirigidas contra ellas por motivos de género. Así, la discriminación puede verse reflejada en los derechos de las mujeres a la anticoncepción y a la planificación familiar.

1. En este orden de ideas, es claro que el derecho a la planificación familiar es un derecho reproductivo y tiene un carácter fundamental del cual se deriva la obligación para los Estados de adoptar medidas encaminadas a su respeto y protección. Dentro de estas medidas, se encuentran la obligación de proveer información y educación acerca de la salud sexual y reproductiva la cual debe incluir los métodos de planificación familiar, así como el acceso a este tipo de servicios y medicamentos que incluyan métodos de planificación temporal, de emergencia, así como definitiva. En el mismo sentido, se debe proteger el consentimiento de las personas en el acceso a este tipo de servicios, por lo cual se prohíbe la realización o imposición de los mismos a las personas.

1. Finalmente, la Corte también reconoce que los derechos sexuales aunque son diferentes a los derechos reproductivos están interrelacionados. Los “derechos sexuales abarcan derechos humanos reconocidos por leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros acuerdos de consenso, que son parte integral e indivisible de los derechos humanos universales. Incluyen el derecho de todas las personas, libres de coerción, discriminación y violencia, a: (1) el mayor estándar posible de salud, en relación con la sexualidad, incluyendo el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; (2) 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. El ejercicio responsable de los derechos humanos requiere que todas las personas respeten el derecho de los otros”⁷⁴.

Al respecto, esta Corporación ha dicho que “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda”⁷⁵. No obstante, es indudable que, en algunos casos la garantía de los unos depende de los otros. Tal cosa sucede, por ejemplo, con la garantía de educación e información sobre salud sexual y reproductiva o el acceso a anticoncepción en los casos de relaciones heterosexuales. El ejercicio de una sexualidad responsable también está ligada a poder tomar decisiones acerca de la reproducción de forma autónoma, lo cual depende de la educación e información que se tenga al respecto y el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva.

1. En resumen, 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.

Reglas sobre esterilización en menores de edad con discapacidad mental. Reiteración de jurisprudencia

1. Por medio de la Ley 1412 de 2010 “se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de

Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable”. Dentro de su articulado, la ley prohíbe de manera general que se lleve a cabo el procedimiento de esterilización definitiva en menores de edad⁷⁶. Esta Corporación, a través de la sentencia C-131 de 2014⁷⁷ estudió dicha prohibición y concluyó que era exequible con algunas excepciones.

Por otra parte, la Corte resaltó que esta prohibición también se extendía a los menores de edad en situación de discapacidad. No obstante, estableció que para estos casos, el procedimiento de esterilización definitiva no era procedente cuando operara la excepción general (riesgo para la vida de la madre por obra del embarazo) y cuando se comprobara la imposibilidad futura del menor de edad de otorgar su consentimiento. Entonces, 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”. En consecuencia, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el representante legal, y deberá contar con el certificado médico interdisciplinario en el que se constata el grado profundo y severo de discapacidad que impide el consentimiento futuro del menor de edad. Lo anterior será evaluado por el juez en cada caso particular y será él quien tome la decisión que mejor garanticen los derechos del menor de edad.

1. Posteriormente, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-182 de 2016⁷⁸ analizó el artículo 6º de la referida Ley 1412 de 2010⁷⁹. En dicha oportunidad, el demandante sostuvo que la expresión “discapacitados mentales” vulneraba los artículos 13 (derecho a la igualdad), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad) y 42 (derecho a la familia) de la Constitución Política, toda vez que se subsumía en una misma categoría a “quienes son discapacitados de manera absoluta y de manera leve o moderada”. En este sentido, indicó que existían diversos tipos de discapacidad mental que afectan en diferentes niveles la autonomía de la voluntad y que en algunos casos la afectación no es completa. Así, manifestó que existen situaciones en la vida de las personas en situación de discapacidad que no requieren de un sustento o aprobación judicial para su realización “como puede ser el hecho de querer conformar una familia o decidir realizar un manejo responsable sobre la

maternidad o la paternidad”.

Este Tribunal declaró exequible el artículo referido “bajo el entendido de que la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga”. Para esta Corporación, la norma con tal entendimiento no vulnera los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a ejercer la capacidad jurídica.

Sin embargo, la providencia hizo dos precisiones. En primer lugar estableció que el “procedimiento judicial que autoriza o niega la esterilización quirúrgica de una persona en situación de discapacidad mental es un procedimiento autónomo de aquel de la interdicción y debe cumplir con el objetivo de desvirtuar la presunción de capacidad para ejercer la autonomía reproductiva”. En otras palabras, son procedimientos independientes que buscan finalidades distintas, pues el primero de ellos pretende la esterilización del sujeto en situación de discapacidad y el segundo la declaratoria de interdicción. En todo caso, vale la pena aclarar que para iniciar el procedimiento de esterilización es necesario que la persona hubiera sido declarada interdicta previamente.

En segundo lugar, indicó que sólo es posible admitir el consentimiento sustituto en la esterilización de personas en situación de discapacidad, siempre y cuando concurren las siguientes exigencias que hayan sido constatadas en el proceso: (i) se presuma la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva; (ii) se verifique que no existe una alternativa menos invasiva que la esterilización quirúrgica; (iii) se brinden todos los apoyos y se haya hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su decisión; (iv) se compruebe la imposibilidad del consentimiento futuro; y (v) se evidencie la necesidad médica de la intervención quirúrgica.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en sede control abstracto de constitucionalidad, ha establecido una serie de reglas que prohíben la posibilidad de someter a menores de edad en condición de discapacidad a métodos anticonceptivos definitivos aun cuando contemplan algunas excepciones. Para esta Corporación, la posibilidad de decidir si

se utiliza un método anticonceptivo definitivo o no, implica una garantía al respeto a los derechos fundamentales, particularmente los derechos reproductivos.

1. Por otra parte, en sede de tutela, esta Corte ha proferido múltiples sentencias relacionadas con los procedimientos de esterilización definitiva en personas niños y adolescentes en situación de discapacidad mental. La primera de ellas fue la sentencia T-248 de 200380. En dicha oportunidad, la Corte examinó la tutela que formuló una mujer para que el Seguro Social autorizara la esterilización de su hija, menor de edad y paciente de “epilepsia, retardo mental y trastorno del déficit de la atención”. La madre de la niña sostuvo que el siquiatra de la menor de edad fue quien autorizó el procedimiento médico. La entidad accionada se había negado a practicar el procedimiento debido a que no había sido autorizado por el ICBF y porque no tenía contratos con centros médicos que practicaran dicho procedimiento.

La madre de la menor tenía la obligación de obtener una autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica dispuesta por el médico tratante. Mientras no se lograra dicha autorización, no podía la acudiente (en este caso la madre de la menor) solicitar al juez constitucional la protección de los derechos de la paciente.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas enfatizó que cuando se puede sostener con un alto grado de razonabilidad que la persona no va a poder alcanzar un nivel tal de autonomía que le permita comprender y dar o no su consentimiento para realizar una intervención quirúrgica, y exista una razón médica para realizar el tratamiento solicitado, bastaría la autorización judicial para que el mismo pudiera llevarse a cabo.

1. En esta misma línea, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas a través de la sentencia T-1019 de 200681, la Corte revisó el caso de una menor de edad que sufría retraso mental moderado y secuelas de parálisis cerebral, por lo que su madre buscaba esterilizarla y contaba con la autorización médica para ello. Sin embargo, Salud Total EPS (entidad a la que se encontraba afiliada) se negó a prestar dicho servicio médico bajo el argumento de que la niña no tenía la edad mínima para ello.

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas indicó que era necesario establecer el grado de discapacidad mental de la menor de edad, lo cual estaría a cargo de un cuerpo médico multidisciplinario. En esa medida, aseveró que si el nivel de discapacidad fuere de tal dimensión que descartara la posibilidad de que el paciente pudiera alcanzar la suficiente autonomía para tomar decisiones, podrían ser los padres del menor de edad quienes brindaran su consentimiento para la práctica del procedimiento de esterilización. Sin embargo, precisó que los padres debían iniciar el trámite judicial para obtener la autorización correspondiente y así poder practicar el procedimiento médico, en los términos que los protocolos médicos exigen.

1. Posteriormente, la sentencia T-740 de 201482 analizó el caso de una niña de 12 años de edad que había sido declarada interdicta y a quien su padre quería someter al procedimiento de ligadura de trompas de Falopio. Dicho sujeto interpuso la acción de tutela para que la EPS cumpliera lo impartido en la sentencia de interdicción judicial que lo designaba como curador general de la menor de edad. Sin embargo, la entidad accionada manifestó que no era posible practicar este procedimiento, toda vez que era una menor de edad y no existía una autorización judicial para ello.

La Sala encontró que no era posible autorizar, mediante tutela, el método anticonceptivo definitivo, en tanto no se cumplía con ninguna de las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional frente a la prohibición general de practicar este procedimiento a menores de edad en situación de discapacidad. En contraste, la Sala evidenció que la menor de edad respecto de la que se solicitó la intervención quirúrgica es menor de 14 años, razón por la que está incurso en la prohibición de iure –por razones de derecho– para efectuar este tipo de procedimientos.

La Sala tampoco observó acreditado que se tratara de un caso de discapacidad que imposibilitara la emisión de consentimiento, pues a pesar de que existía un concepto médico en la sentencia que declaró la interdicción de la menor de edad, éste no sustituía el dictamen interdisciplinario que se requiere para determinar que no existe posibilidad de emitir consentimiento, menos cuando en el mismo no se indagó sobre la posibilidad de utilizar instrumentos de apoyo para poderlo formular.

Finalmente, tampoco evidenció que se hubiere surtido el proceso judicial requerido para solicitar la práctica del procedimiento pretendido, toda vez que solamente se aportó la sentencia que declaró la interdicción de la menor. Pese a que en dicha decisión judicial se mencionó marginalmente la sugerencia médica de realizar el método anticonceptivo definitivo, esta situación de no se equipara a las condiciones de análisis y prueba que debe surtir en el proceso judicial especial establecido por la legislación y la jurisprudencia constitucional para autorizar la práctica de tal intervención.

Aunque la tutela fuera improcedente según lo expuesto, la Sala consideró que por las condiciones de vulnerabilidad de la menor de edad era necesario adoptar algunas medidas encaminadas a la protección de los derechos fundamentales amenazados.

1. En este mismo sentido, la sentencia T-303 de 201683 estudió el caso de una joven de 17 años que padecía “retraso mental moderado, deterioro de comportamiento y trastorno de conducta no especificado”. En consecuencia, la madre de la menor de edad le solicitó a la EPS Salud Total que le practica la cirugía de Pomeroy, ya que la joven era de “difícil manejo y la asediaban los hombres”.

La Sala Séptima de Revisión 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 modo que podía procederse a la esterilización con la sola autorización judicial, ya que era el “único requisito previsto por la ley para otorgar el consentimiento para la esterilización quirúrgica de personas menores de edad en condición de discapacidad mental”.

No obstante, debido a que a la fecha del fallo la joven era mayor de edad, la Sala determinó que sus padres: (i) debían adelantar el proceso de interdicción; y (ii) agotar el proceso especial ante un juez de familia, para obtener la autorización judicial. Además, manifestó que la joven debía someterse a una valoración médica especializada que estableciera si su

condición de discapacidad mental le permitiría otorgar un consentimiento en el futuro. Realizada tal valoración, y “establecido el nivel de discapacidad de la joven”, y si éste fuese tan alto que permitiera asegurar que “no podría tener autonomía personal” para decidir por sí misma si deseaba o no tener hijos, la EPS debía informarle a su representante legal sobre el procedimiento quirúrgico o médico a seguir, para que este otorgara su consentimiento sustituto. En ese momento, el representante legal debería iniciar el trámite judicial para la autorización de la cirugía de ligadura de trompas. En este orden de ideas, la Sala determinó que para solicitar la esterilización definitiva de un menor de edad debe existir: (i) una autorización judicial; y (ii) un concepto médico que determine el grado de autonomía de una persona con discapacidad.

1. Aunque hasta este momento la jurisprudencia de esta Corporación era pacífica y reiterada en afirmar cuáles eran los requisitos para que llevar a cabo el método anticonceptivo definitivo en menores de edad en situación de discapacidad, la sentencia T-573 de 2016⁸⁴, hizo una interpretación diferente y se apartó del precedente vigente. En primera lugar, la Sala determinó que las sentencias C-131 de 2014 y C-182 de 2016 que revisaron la constitucionalidad de los artículos 7° y 6° de la Ley 1412 de 2010 respectivamente, hicieron tránsito a cosa juzgada relativa. En esa medida, afirmó que los argumentos fijados en dichas providencias eran criterios de interpretación constitucional y no generaban ninguna vinculatoriedad. A partir de lo anterior, manifestó que no era posible llevar a cabo el procedimiento de esterilización definitiva en un menor de edad en condición de discapacidad, aún bajo la figura del consentimiento sustituto.

Para exponer el motivo por el que la figura del consentimiento sustituto no es aplicable en este escenario, la Sala explicó que Colombia hace parte de la Convención Internacional para las Personas con Discapacidad el Estado, y en esa medida, reconoció la capacidad jurídica de todas las personas en situación de discapacidad para adoptar decisiones en todos los aspectos de su vida. En consecuencia, afirmó que la figura del consentimiento sustituto no estaba acorde con los lineamientos que fija este instrumento internacional del que hace parte Colombia. De esta manera, enfatizó en el deber que tiene el Estado de proporcionarles los ajustes razonables, apoyos y salvaguardias necesarios para que adopten decisiones autónomas.

En este orden de ideas, aseveró que ante la ausencia de una manifestación concreta sobre la voluntad de someterse a un procedimiento de esterilización definitiva, la intervención no debería realizarse. Además, resaltó que la autorización judicial para la práctica de esos procedimientos no debería depender, tampoco, de una certificación médica sobre la imposibilidad del consentimiento futuro. Entonces, el papel del juez en estos casos debe dirigirse a constatar que la manifestación del consentimiento de una persona en situación de discapacidad, estuvo precedida de apoyos que le permitieron adoptar una decisión autónoma e independiente. Solo en ese caso podría entenderse que la expresión de su voluntad estuvo desprovista de interferencias.

Finalmente, en la sentencia T-690 de 2016⁸⁵ la Sala Novena de Revisión retomó el precedente jurisprudencial fijado antes de la sentencia T-573 de 2016. En este sentido, afirmó que la acción de tutela era improcedente para solicitar la esterilización definitiva de un menor de edad en condición de discapacidad, toda vez que debe existir una declaratoria de interdicción judicial y una autorización por un juez de familia, a través de un trámite judicial específico, con períodos probatorios más amplios y con la intervención del Ministerio Público.

1. Adicionalmente, es necesario resaltar que el Ministerio de Salud expidió la Resolución 1904 de 2017, por medio de la cual estableció, entre otras cosas, el procedimiento de esterilización definitiva en sujetos en situación de discapacidad. En efecto, el artículo 10 de este acto administrativo refiere que existe una prohibición legal de llevar a cabo procedimientos de esterilización definitiva en menores de edad en situación de discapacidad, a menos que exista consentimiento informado⁸⁶. Con todo, sujeta este procedimiento a que: (i) se obtenga el consentimiento del sujeto en situación de discapacidad; (ii) en caso de que el procedimiento no sea solicitado por la persona en situación de discapacidad y se hubieren utilizado todos los apoyos para que otorgue su consentimiento y 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”; y (iii) se informe a la persona en situación de discapacidad o a quien sirva de apoyo, sobre otros métodos anticonceptivos, diferentes al procedimiento de esterilización definitiva⁸⁷.

1. En conclusión, esta Corporación ha dicho explícitamente que existe una prohibición general de esterilización de menores de edad. No obstante, ha aceptado excepciones a tal prohibición cuando exista un riesgo inminente para la vida de la mujer como consecuencia del embarazo y se encuentre probado científicamente. En todo caso, también extendió la posibilidad de realizar este tipo de procedimientos en menores de edad en situación de discapacidad severa y profunda, cuando se haya desvirtuado la presunción de capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva dentro de un proceso diferente a la interdicción en el cual se haya verificado que: (ii) no existe una alternativa menos invasiva que la esterilización quirúrgica; (iii) se hayan brindado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su decisión; (iv) se haya comprobado la imposibilidad del consentimiento futuro; y (v) la evidencia de la necesidad médica de la intervención quirúrgica.

1. De otra parte, no es posible desconocer que estas reglas tienen una afectación indirecta en el goce de los derechos reproductivos de las mujeres y, por lo tanto, en el ejercicio de sus derechos a la autonomía y a la igualdad. En este orden de ideas, aun cuando pareciera que las normas sobre esterilización definitiva para menores de edad son normas neutrales dirigidas tanto a hombres como a mujeres, lo cierto es que las mismas afectan de forma desproporcionada a las últimas. Lo precedente, se evidencia en que todos los casos que ha abordado la Corte Constitucional se refieren a niñas o adolescentes en situación de discapacidad. Esto deja ver cómo la posibilidad de reproducción de las mujeres en situación de discapacidad es constantemente sometida a autorizaciones para someterlas a métodos de anticoncepción definitiva mediante el consentimiento sustituto y muchas veces sin cumplir con los presupuestos del mismo. Tal realidad, está relacionada con el hecho de que los hombres, en general, no asumen las responsabilidades de la paternidad, lo cual está habitualmente a cargo de las mujeres, quienes deben asumir los costos de la reproducción, la maternidad y el cuidado y educación de los niños.

1. En consecuencia, la garantía de los derechos reproductivos de las mujeres, y específicamente del derecho a la planificación familiar que incluye la prohibición de

esterilización forzada, esto es el acceso a la anticoncepción bajo el presupuesto del consentimiento libre e informado, no solo es determinante para el respeto y protección de los derechos a la autonomía y a la libertad reproductiva, sino además como un paso esencial para la realización del derecho a la igualdad de las mujeres.

Caso Concreto

1. El Personero Municipal de Dosquebradas (Risaralda), en representación de María (menor de edad en situación de discapacidad), presentó acción de tutela en contra de la Secretaría de Salud, con fundamento en que se negaron a realizar el método anticonceptivo definitivo a la menor de edad, aunque existiera una autorización judicial que lo permitiera. De esta manera, indicó que se vulneraban los derechos de María a la salud, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, a la integridad personal y al principio de continuidad en la prestación del servicio.

1. Por otra parte, las entidades demandadas señalaron lo siguiente: (i) la Secretaría de Salud Departamental sostuvo que Asmet Salud EPS es la entidad encargada de llevar a cabo la esterilización de María; (ii) Asmet Salud EPS-S manifestó que se configura una carencia actual de objeto por hecho superado, en cuanto se profirió la autorización para llevar a cabo la ligadura de trompas de Falopio; y (iii) PROFAMILIA afirmó que según la Ley 1412 de 2010 existe una prohibición legal de practicar métodos anticonceptivos definitivos en menores de 18 años.

1. En el presente caso, la Sala destaca que según el artículo 7° de la Ley 1412 de 2010, “en ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad”. Como se dijo, la sentencia C-131 de 201488 revisó la constitucionalidad de tal disposición (ver fundamento jurídico 34) y fue declarada exequible. No obstante, en dicha oportunidad, la Corte admitió algunas excepciones y sostuvo que la esterilización 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) lo solicitaran los padres o representante legal; (iv) se contara con la aceptación libre e informada del menor de edad; y (iv) existiera una autorización judicial que lo permitiera. Asimismo, la Corte interpretó que la prohibición del artículo aludido se extendía a los menores de edad en situación de discapacidad severa y profunda cuando: (i) existiera un riesgo para la vida de la mujer por el embarazo; o (ii) se lograra demostrar que a futuro no sería posible que la persona otorgará su consentimiento. No obstante, condicionó tal evento a que existiera una autorización judicial previa. Adicionalmente, la sentencia C-182 de 201689 (ver fundamento jurídico 35) sostuvo que en los casos de esterilización definitiva en menores de edad en situación de discapacidad se debía: (i) presumir la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva; (ii) verificar que no existiera una alternativa menos invasiva que la esterilización quirúrgica; (iii) brindar todos los apoyos y hacer los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su decisión; (iv) comprobar la imposibilidad del consentimiento futuro; y (v) evidenciar la necesidad médica de la intervención quirúrgica.

1. De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que para proteger los derechos reproductivos y la autonomía futura de María no se puede permitir que opere el consentimiento sustituto y se le practique una intervención de anticoncepción definitiva, pues se trata de una adolescente de 16 años y no se configura ninguna de las excepciones jurisprudenciales para realizar este procedimiento, ya que: (i) no se encuentra embarazada y en una situación que ponga en riesgo su vida; y (ii) no se cumple la condición de contar con una discapacidad severa y profunda que no le permita dar su consentimiento futuro. Luego, aun cuando existe una decisión judicial que autoriza la esterilización, ésta no puede hacerse efectiva, pues la valoración que se le practicó de forma posterior a tal autorización indica que la menor puede dar su consentimiento por lo cual se encuentra en el supuesto de la regla general, que no admite esta opción sino hasta la mayoría de edad.

1. Como se desprende del material probatorio, PROFAMILIA constató que la discapacidad de María no le impide otorgar su consentimiento futuro. En efecto, esta entidad después de haber utilizado diferentes mecanismos de apoyo para que la menor de edad pudiera tomar

una decisión respecto de la posibilidad de someterse al procedimiento médico, encontró que “la examinada en su actuar demuestra tendencias de actos conscientes en su capacidad de comprensión y autodeterminación en torno a la toma de decisiones autónomas en sus derechos sexuales y reproductivos. Menciona de forma voluntaria su deseo de realizar el procedimiento de esterilización quirúrgica femenina para no tener hijos”⁹⁰. En consecuencia, “(...) le ofreció y recomendó a la menor de edad y a su madre, otros métodos anticonceptivos que la [pueden] mantener protegida hasta que [cumpla] la mayoría de edad y [pueda] tomar una decisión informada, pues consideramos que sí lo puede hacer”⁹¹. En este sentido, concluyó que la adolescente se encuentra en la “(...) capacidad de tomar decisiones autónomas sobre su reproducción”⁹², pero que debido a la prohibición legal del artículo 7° de la Ley 1412 de 2010 de esterilizar menores de edad, no es posible llevar a cabo tal intervención, sino hasta que María cumpla la mayoría de edad.

1. Lo precedente desvirtúa que María se encuentre en una situación de discapacidad que le impida otorgar su consentimiento futuro, como lo determinó la jurisdicción de familia en el proceso de interdicción. De esta forma, la adolescente se encuentra por fuera de las situaciones excepcionales contempladas en las sentencias C-131 de 2014 y C-182 de 2016 que permiten tal procedimiento en menores de edad. Así pues, la Sala recuerda que el ejercicio del consentimiento sustituto es una excepción a la regla general de ejercer el consentimiento libre e informado, especialmente acerca de decisiones definitivas sobre el cuerpo y la salud. En este caso, la valoración de PROFAMILIA evidenció la posibilidad de la adolescente de emitir un consentimiento, específicamente acerca de la disposición de sus derechos reproductivos. En este orden de ideas, solo puede ser María y no un tercero quien tome una decisión de esa naturaleza. Sin embargo, el hecho de que la accionante sea una menor de edad hace que caiga en el supuesto general de la prohibición de solo admitir el acceso a un método de anticoncepción definitivo hasta que cumpla la mayoría de edad.

Esta valoración otorga plena vigencia a lo decidido por esta Corporación en las decisiones de constitucionalidad citadas. Especialmente, a la sentencia C-182 de 2016, en la que se afirma que, en efecto, el consentimiento sustituto solo procede en casos excepcionales y que en virtud de la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad bajo el modelo social se deben brindar todos los apoyos necesarios para que estas personas puedan

otorgar su consentimiento y disponer de sus derechos reproductivos, cuando ello sea posible. En este sentido, PROFAMILIA dio plena efectividad a tales derechos al verificar si María quería o no esterilizarse y prestarle todos los apoyos para que pudiera entender la decisión.

1. Así pues, la Sala destaca que en el ejercicio realizado por PROFAMILIA, se pudo constatar que la adolescente tiene la capacidad para otorgar su consentimiento y que, efectivamente, quiere acceder al método de anticoncepción definitivo, pues manifestó que: “(...) quier(o) hacer(me) operar porque un bebé es mucha responsabilidad y no quier(o) cambiar pañal”⁹³. Esta afirmación no solo evidencia la capacidad de entender lo que significa asumir la maternidad, sino también que María comprende el alcance del ejercicio de sus derechos sexuales, lo cual puede tener consecuencias como el embarazo o enfermedades de transmisión sexual y, por lo tanto, conlleva responsabilidades que no está dispuesta a asumir.

En concordancia con lo anterior, para la Corte es claro que la adolescente quiere ejercer una sexualidad responsable y que entiende que tener hijos es una responsabilidad compleja y que no quiere asumirla o no está en la capacidad de hacerlo. Igualmente, de la atención que proveyó PROFAMILIA se logró verificar que tal IPS le brindó la opción a María de iniciar un tratamiento anticonceptivo temporal que no resulta tan invasivo ni tiene efectos definitivos e irreversibles. De esta manera, en este momento existe una opción para acceder a una forma de planificación familiar, lo cual garantiza el ejercicio de este derecho reproductivo, sin que se afecte el derecho a la autonomía futura de la menor de edad.

1. Ahora bien, las anteriores consideraciones demuestran que al existir una opción de anticoncepción temporal que salvaguarde el ejercicio de los derechos reproductivos de la adolescente tras la confirmación de que no se encuentra en ninguno de los supuestos que la jurisprudencia ha señalado como que justifican la excepción a la prohibición de una esterilización no es posible hacer efectiva la decisión judicial en el proceso de interdicción. En efecto, la posibilidad que brinda PROFAMILIA garantiza la decisión de María en este momento, pues le permite ejercer sus derechos sexuales y reproductivos sin ejercer la maternidad. Esta determinación es una elección responsable que demuestra que ha tenido

acceso a información sobre salud sexual y reproductiva y que los apoyos brindados le permiten ejercer su consentimiento.

1. En consecuencia, la Sala encuentra que PROFAMILIA no vulneró los derechos reproductivos y a la autonomía de María. Contrario a ello, esta entidad actuó acorde a los principios de solidaridad y diversidad que irradian el modelo social de discapacidad⁹⁴, pues no solo brindó las herramientas y apoyos para que la menor de edad pudiera tomar una decisión libre e informada⁹⁵, sino también le ofreció alternativas diferentes a la esterilización definitiva⁹⁶. En este sentido, la Sala encuentra que no se configura el supuesto de estar ante la posibilidad de una esterilización forzada, como algunos intervinientes señalaron, pues María otorgó su consentimiento libre e informado, con base en la colaboración y asesoramiento que le brindó PROFAMILIA. No obstante, por su edad y al no constarse una situación que amerite la aplicación de una excepción de inconstitucionalidad esta decisión debe ser postergada hasta que cumpla la mayoría de edad.

1. De conformidad con lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de segunda instancia proferida el 19 de enero de 2017 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Risaralda, que confirmó la providencia de primera instancia dictada el 15 de noviembre de 2016 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda), por medio de las cuales se negó la acción de tutela presentada por el Personero Municipal de Dosquebradas (Risaralda) en representación de María. En consecuencia, tutelaré los derechos reproductivos y a la autodeterminación de María, para que a futuro, cuando cumpla la mayoría de edad y su voluntad de esterilizarse continúe, se le permita y garantice dicha decisión.

Conclusiones

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas constata que en el presente caso:

i. No se discutió la validez de la sentencia proferida el 19 de enero de 2015 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda), por medio de la cual se declaró la interdicción de María y se autorizó a la madre de la menor de edad para que gestionara en nombre de su hija todo lo relacionado para llevar a cabo el método anticonceptivo definitivo. Contrario a ello, la Sala analizó la negativa de PROFAMILIA de realizar esta intervención médica.

i. La acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia, en cuanto a que: (i) de conformidad con las disposiciones legales y jurisprudenciales, el personero municipal estaba legitimado en la causa por activa; (ii) PROFAMILIA, como entidad contratada para prestar los servicios de salud reproductiva, estaba legitimada en la causa por pasiva; (iii) se interpuso dentro de un término razonable; y (iv) no existía otro mecanismo judicial diferente a la tutela que permitiera la protección de los derechos fundamentales a la reproducción y a la autodeterminación de una menor de edad en situación de discapacidad mental (sujeto de especial protección constitucional). Además, se agotaron todos los requisitos jurisprudenciales para que la tutela fuera procedente a fin de solicitar el método anticonceptivo definitivo.

i. Según el artículo 7° de la Ley 1412 de 2010 existe una prohibición general de esterilizar a menores de edad. La Corte a través de la sentencia C-131 de 2014 interpretó que esta prohibición se extendía también a los menores de edad en situación de discapacidad. No obstante, afirmó que esta prohibición podía exceptuarse, en general, cuando: (i) se pusiera en riesgo la vida de la mujer por el embarazo; (ii) el riesgo esté científicamente probado; (iii) lo soliciten los padres o representante legal; (iv) se cuente con la aceptación del menor de edad, libre e informada; y (v) exista autorización judicial. En todo caso, la sentencia C-182 de 2016 estableció que para realizar este tipo de procedimientos médicos en personas en situación de discapacidad era necesario que: (i) la persona tenga una discapacidad profunda y severa; (ii) hubiera sido declarada interdicta a través de un proceso judicial diferente y previo al de la esterilización; en el segundo proceso se verificara (iii) la presunción de la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva; (iv) la inexistencia de una alternativa menos invasiva que la esterilización quirúrgica; (v) se brindaron e todos los apoyos y se

hayan hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su decisión; (vi) se compruebe la imposibilidad del consentimiento futuro; y (vii) se evidencie la necesidad médica de la intervención quirúrgica. De conformidad con lo anterior, la Sala constató que María no podía someterse al método anticonceptivo definitivo porque era una menor de edad que tenía la capacidad jurídica para tomar decisiones respecto del ejercicio de sus derechos reproductivos.

i. PROFAMILIA no vulneró los derechos fundamentales de la menor de edad, toda vez que 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 protegió sus derechos y aplicó la prohibición general de esterilización a menores de edad, aun cuando su deseo era practicarse la cirugía.

i. Por las razones anteriores, y al comprobar que existe capacidad de la adolescente de ejercer sus derechos reproductivos no es posible hacer efectiva la decisión proferida el 19 de enero de 2015 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda), que autorizaba el consentimiento sustituto de la madre de María

i. Se deben tutelar y proteger los derechos fundamentales a la autonomía reproductiva y a la autodeterminación de María y aplicar la regla general que prohíbe la esterilización definitiva de menores de edad. Sin embargo, si cuando María cumpla la mayoría de edad persiste su voluntad de someterse al procedimiento de ligadura de trompas de Falopio, las autoridades encargadas de autorizar y prestar el servicio de salud deberán respetar su decisión y garantizar el acceso a este servicio.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

Primero.- CONFIRMAR por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de segunda instancia proferida el 19 de enero de 2017 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Risaralda, que confirmó la de primera instancia dictada el 15 de noviembre de 2016 por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas (Risaralda), por medio de las cuales se negó la acción de tutela presentada por el Personero Municipal de Dosquebradas (Risaralda) en representación de María. En consecuencia, TUTELAR los derechos reproductivos y a la autodeterminación de María, para que a futuro, cuando cumpla la mayoría de edad y su voluntad de esterilizarse continúe, se le permita y garantice dicha decisión.

SEGUNDO.- ORDENAR que por intermedio de la Secretaría General, se NOTIFIQUE esta providencia en los términos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 Mediante auto del 17 de julio de 2017, la Magistrada Sustanciadora ordenó que por intermedio de la Secretaría General de la Corte se reservara la identidad de la menor de edad y de su madre. En consecuencia, asignó los nombres ficticios de “María” y “Alejandra”.

2 Cuaderno 1. Folio 13. Diagnóstico psiquiátrico hecho por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Dirección Regional Occidente-.

3 Cuaderno 1. Folio 23.

4 Cuaderno 1. Folio 5. Sentencia de interdicción.

5 El procedimiento de esterilización definitiva es también denominado como cirugía de ligadura de trompas de Falopio o Pomeroy. Dicho procedimiento médico está definido en Ley 1412 de 2010. Artículo 12. Ligadura de Trompas. Es la operación consistente en ligar las trompas de Falopio, las cuales son cortadas y selladas para evitar que el espermatozoide llegue al óvulo.

6 Cuaderno 1. Folio 14. Autorización médica proferida por Asmet EPS-S, el 9 de septiembre de 2016.

7 Cuaderno 1. Folio 15. Valoración médica hecha por el psicólogo de PROFAMILIA (Pereira), Luis Hernando Delgado.

8 Cuaderno 1. Folio 24. Acción de tutela.

9 Cuaderno 1. Folio 38. Contestación de la acción de tutela por parte de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

10 Cuaderno 1. Folio 40. Contestación de la acción de tutela por parte de PROFAMILIA.

11 Cuaderno 1. Folio 45. El 8 de noviembre de 2016 (posterior a presentar el escrito de contestación) PROFAMILIA practicó la valoración psicológica a María, y en ella constató el grado de discapacidad de la paciente respecto del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

12 Cuaderno 1. Folio 90. Ibídem.

13 Cuaderno 2. Folio 4. Contestación de la Procuraduría General de la Nación.

14 La Sala aclara que la valoración psicológica a la que hace alusión el Ministerio Público es la realizada por PROFAMILIA el 8 de noviembre de 2016 (píe de página 11) Con fundamento en esta prueba, la Procuraduría solicita que se niegue la esterilización de la menor de edad.

15 El Juez de este juzgado fue, Jorge Iván Palacio Restrepo, el mismo durante el periodo en que se profirieron estas providencias (19 de enero de 2015 y 15 de noviembre de 2016).

16 Cuaderno 2. Folio 65. Impugnación.

17 Cuaderno 2. Folio 12. Fallo de segunda instancia.

19 Cuaderno 2. Folio 24. Contestación de PROFAMILIA.

20 Ibídem.

21 Cuaderno 2. Folio 24. Contestación de PROFAMILIA.

22 Ibídem.

23 Cuaderno 2. Folio 33. Contestación de PROFAMILIA.

24 Cuaderno 2. Folio 39. Contestación de la Fundación Saldarriaga Concha.

25 Cuaderno 2. Folio 42. Ibídem.

26 Cuaderno 2. Folio 80. Intervención de PAIIS

27 Ibídem.

28 Cuaderno 2. Folio 110. Intervención de PAIIS

29 Cuaderno 2. Folio 112. Ibídem.

30 Cuaderno 2. Folio 113. Ibídem.

31 Cuaderno 2. Folio 148. Contestación del Personero municipal de Dosquebradas (Risaralda).

32 Ibídem.

33 Cuaderno 3. Folio 244. Oficio proferido el 24 de octubre de 2017 por la Secretaría General de la Corte Constitucional.

34 Cuaderno 2. Folio 119. Intervención de la Coalición Colombiana por la Implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

35 Cuaderno 2. Folio 120. Ibídem.

36 Cuaderno 2. Folio 118. Intervención de Women's Link Worldwide

37 Ibídem.

38 Cuaderno 2. Folio 128. Ibídem.

39 Artículo 126. Trámite para la reconstrucción. En caso de pérdida total o parcial de un expediente se procederá así:

2. El juez fijará fecha para audiencia con el objeto de comprobar la actuación surtida y el estado en que se hallaba el proceso, para lo cual ordenará a las partes que aporten las grabaciones y documentos que posean. En la misma audiencia resolverá sobre la reconstrucción.

3. Si solo concurriere a la audiencia una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el expediente con base en la exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en ella.

4. Cuando se trate de pérdida total del expediente y las partes no concurren a la audiencia o la reconstrucción no fuere posible, o de pérdida parcial que impida la continuación del proceso, el juez declarará terminado el proceso, quedando a salvo el derecho que tenga el demandante a promoverlo de nuevo.

5. Reconstruido totalmente el expediente, o de manera parcial que no impida la continuación del proceso, este se adelantará, incluso, con prescindencia de lo perdido o destruido.

40 Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

41 Sentencia T-612 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

42 Sentencia. T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

43 Artículo 86. “(...) La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

44 “Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.4. Organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento.

43.2.5. Concurrir en la financiación de las inversiones necesarias para la organización funcional y administrativa de la red de instituciones prestadoras de servicios de salud a su

cargo.

43.2.7. Preparar el plan bienal de inversiones públicas en salud, en el cual se incluirán las destinadas a infraestructura, dotación y equipos, de acuerdo con la Política de Prestación de Servicios de Salud.

43.2.8. Vigilar el cumplimiento de las normas técnicas dictadas por la Nación para la construcción de obras civiles, dotaciones básicas y mantenimiento integral de las instituciones prestadoras de servicios de salud y de los centros de bienestar de anciano”.

45 Sentencia T-548 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

46 Sentencia T-575 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

47 Sentencia T-883 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

48 Sentencia T-172 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

49 Cuaderno 1. Folio 15. Concepto médico proferido por el psicólogo de PROFAMILIA, Luis Hernando Delgado.

51 Ver sentencias: T-248 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-740 de 2014 Luis Ernesto Vargas Silva, T-303 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-573 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-690 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

52 Artículo 304. Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:

1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, salvo las que por su naturaleza no sean susceptibles de ser modificadas.
2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.
3. Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento.

53 Sentencia T-1221 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

54 Artículo 41º. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a. Cobertura 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. b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. c. Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1º. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2º. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la ley 446 de 1998.

55 Aprobado mediante la Ley 51 de 1981.

56 Sentencia C-327 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

57 Sentencia T-697 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

58 Ver entre otras, las sentencias: T-732 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-627 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-573 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

59 Sentencia T-388 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

60 Ver, entre otras, sentencias T-732 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto C-085 de 2016. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

61 Sentencia T-627 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

62 Sentencia T-124 de 1998.M.P. Alejandro Martínez Caballero

63 Sentencia C-131 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo

64 Comité CEDAW. Recomendación General Nº 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 1994, párr. 22

65 Sentencia T-627 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

66 Centro de derechos reproductivos. “Haciendo de los derechos una realidad”. Septiembre de 2010.

67 Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

68 Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (a) El mismo derecho para contraer matrimonio;(b)El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;(c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;(d)Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;(e)Los mismos derechos a decidir

libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;(f)Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;(g)Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;(h)Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

69 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

70 Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias

excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

71 En este punto, es preciso anotar que estos instrumentos internacionales hacen parte del “soft law” y no del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

72 Comité de los Derechos del Niño. Observación General 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño. ONU CRC/GC/2003/3 (2003)

73 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 9; Los derechos de los niños con discapacidad. ONU CRC/C/GC/) (2007)

74MILLER, Alice. 2010. Sexualidad y Derechos Humanos. Documento de reflexión. [En línea]

Ginebra, Consejo Internacional de Políticas en Derechos Humanos (ICHRP).

75 Sentencia T-732 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

76 Artículo 7°. Prohibición. En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.

77 M.P. Mauricio González Cuervo. En dicha oportunidad, la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad porque el artículo 7° de la Ley 1412 de 2010, vulneraba según el demandante los artículos 13, 16, 42 y 45 de la Constitución Política, los artículos 7, 9, 10, 18 y 37 del Código de Infancia y Adolescencia, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 1, 7 y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

78 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

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

80 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

81 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

82 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

83 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

84 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En aquella oportunidad, la Sala Novena de Revisión de Tutelas revisó el caso de una joven de 15 años que tenía síndrome de Down e hipotiroidismo y le habían implantado un dispositivo subdérmico Jadelle en su brazo derecho para evitar quedar en embarazo. Sin embargo, la madre de la menor de edad manifestó que este aparato ocasionó en el cuerpo de su hija varios cambios “(...) como periodos menstruales más largos y prolongados, dolor abdominal, náuseas y dolores de cabeza”. Ante dicha situación, la madre de la joven acudió ante la entidad accionada para solicitar que le

retiraran el dispositivo anticonceptivo y que en su reemplazo, le realizaran la tubectomía (ligadura de trompas). No obstante, la demandada indicó que el dispositivo solo puede ser retirado después de 5 años de su implantación.

85 M.P. Alberto Rojas Ríos. En dicha oportunidad, la Corte revisó el caso de una joven de 16 años que padecía “retraso mental grave” y a quien el médico especialista en neurología le ordenó como método de planificación “la ligadura de trompas de Falopio”. Sin embargo, dicho procedimiento no fue autorizado por el departamento de ginecología, debido a que no existía orden judicial para ello. Aunque la Sala manifestó que la acción de tutela era improcedente porque no cumplía el requisito de subsidiariedad, utilizó las facultades ultra y extra petita para impartir ordenes que buscaran brindar una “(...) asesoría integral a la familia de la menor en relación con (i) los métodos de planificación sexual acordes a su situación de discapacidad; y, (ii) los estándares en la materia que rigen los eventos autorizados de esterilización quirúrgica y sobre los requisitos que se deben cumplir para el mismo”.

86Artículo 5.4. Consentimiento informado de persona con discapacidad para el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos: es la manifestación libre e informada de la voluntad emitida por las personas con discapacidad en ejercicio de su capacidad jurídica y en igualdad de condiciones con los demás, utilizando para ello los apoyos, ajustes razonables y salvaguardias cuando sea necesario.

87Artículo 10. Procedimiento de esterilización. 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 procedera 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 otro procedimiento 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.

88 M.P. Mauricio González Cuervo.

89 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

90 Cuaderno 2. Folios 12 y 13. Intervención de PROFAMILIA en sede de revisión.

91 Ibídem.

93 Cuaderno 1. Folio 45. Consulta psicológica hecha el 9 de noviembre de 2016 por PROFAMILIA

94 Sentencia C-066 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En dicha sentencia se afirmó que el modelo social entiende la discapacidad “como una realidad, y 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 consecuencia, se debe permitir la participación de las personas en situación de discapacidad en la definición de sus intereses, prioridades y necesidades dentro de la sociedad, de suerte que es un modelo que propende porque no se margine a este grupo ni se le aísle de la toma de decisiones.

95 Cuaderno 2. Folio 32. Intervención de PROFAMILIA.

96 Cuaderno 1. Folios 45 y 46. Consulta psicológica hecha por PROFAMILIA.