

Sentencia T-740/14

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR PRACTICA DE PROCEDIMIENTOS DE ANTICONCEPCION DEFINITIVOS EN MUJERES CON DISCAPACIDAD MENTAL-Evolución jurisprudencial

La jurisprudencia ha señalado que se deben agotar ciertos requisitos sustanciales antes de poder acudir a la acción de amparo. En efecto, en primer lugar, se debe adelantar previamente el proceso de interdicción para obtener la calidad de representante o curador del hijo en situación de discapacidad; y, en segundo lugar, se debe acudir al juez competente para que, en un proceso especial, distinto y anterior a la acción de tutela autorice la práctica del procedimiento médico de esterilización quirúrgica. En caso de no haber agotado este procedimiento ordinario, la tutela resulta improcedente toda vez que existe un mecanismo judicial idóneo para solicitar la orden de práctica del procedimiento quirúrgico de esterilización.

PROCEDIMIENTOS DE ANTICONCEPCION QUIRURGICOS-Parámetros

PRACTICA DE PROCEDIMIENTOS DE ANTICONCEPCION DEFINITIVOS EN MUJERES CON DISCAPACIDAD MENTAL-Línea jurisprudencial

PROHIBICION DE ANTICONCEPCION QUIRURGICA A MENORES DE EDAD-Finalidad

CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MENORES DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Jurisprudencia constitucional

La Corte ha encontrado de manera genérica que ante la existencia de medidas menos lesivas de la autonomía de la persona que la intervención quirúrgica, se debe optar por la utilización de mecanismos no definitivos de anticoncepción que no restrinjan de forma irreversible el ejercicio de los derecho a la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres y menores en situación de discapacidad.

CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MENORES DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Subreglas

En el estudio de casos particulares, la Corte ha ido decantando las eventuales hipótesis en las que puede resultar admisible excepcionalmente la autorización del procedimiento de esterilización quirúrgica en menores en situación de discapacidad, bajo el entendido de que existen razones constitucionalmente válidas para ello. Así, ha encontrado (primera excepción) que si existe un riesgo a la vida de la paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios, se preferirá salvaguardar la vida e integridad de la menor en condición de discapacidad siempre que esta, de manera reflexiva y consiente, no decida lo contrario. Esta subregla presupone los siguientes requisitos: (i) que la decisión sea consentida por la menor; (ii) que un grupo interdisciplinario certifique que la misma conoce y comprende las consecuencias de la intervención quirúrgica; (iii) que exista un concepto médico interdisciplinario que establezca que la operación es imprescindible para proteger su vida porque no exista otra alternativa; y (iv) que, en todo caso, se otorgue autorización judicial para garantizar el respeto de los derechos del menor, con especial énfasis en determinar la posibilidad para consentir o no el procedimiento médico. El otro caso (segunda excepción), lo constituye la circunstancia de discapacidad severa o profunda en la que puede presentarse la situación de inexistencia de capacidad para emitir consentimiento futuro, caso en el que parte de la jurisprudencia constitucional ha considerado que no se atenta contra el derecho a la autonomía del menor porque este no la puede ejercer, dado que el menor no comprende las implicaciones de la operación ni el significado de la maternidad o paternidad.

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

(i) Cuando existiera un riesgo inminente de muerte a raíz de un eventual embarazo y frente a la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios; y (ii) cuando se trate de una discapacidad, certificada médicamente, que le impidiera a la paciente emitir cualquier clase de consentimiento hacia el futuro. En cada caso, se deberán observar que cuente con los conceptos médicos debidos y en todo caso con la autorización judicial que debe ser declarada por un juez de familia competente (numeral 8º del art. 48 Ley 1306 de 2009) en el proceso especial que autoriza la práctica de este tipo de procedimientos médicos.

ESTERILIZACION QUIRURGICA EN MUJERES Y MENORES DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Estándares internacionales

La normatividad internacional en la materia, ha determinado que las personas con alguna condición de discapacidad deben contar con los apoyos necesarios para su desarrollo pleno e integral. Ello supone, partir de la presunción de capacidad para ejercer su autonomía, y la implementación progresiva de las medidas tendientes para que logren su participación efectiva en las decisiones que los afectan, incluidas aquellas relacionadas con su intimidad, sexualidad y posibilidad de formar una familia. Los mandatos de la CDPD y las pautas hermenéuticas del Comité por ella creado, muestran que, en relación con los derechos de las personas en situación de discapacidad, existe un claro mandato que exige al Estado colombiano evitar la utilización y puesta en práctica de medidas que limiten o sustraigan la capacidad jurídica de este grupo poblacional. Más aún, exige que se adopten medidas tendientes a la implementación de apoyos en la toma de decisiones a través de los ajustes razonables necesarios para que dicha población pueda acceder en igualdad de condiciones a todas las oportunidades sociales y al goce efectivo de sus derechos.

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

ACCION DE TUTELA PARA AUTORIZACION DEL PROCEDIMIENTO DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MENOR DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Competencia y deberes del juez de familia como garante del respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las jóvenes

En el proceso judicial de autorización de un procedimiento de esterilización quirúrgica a menores en situación de discapacidad, el juez competente debe observar todos los elementos de juicio que garanticen el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de estas. Dichos elementos de juicio por supuesto incluyen los estándares internacionales en materia de esterilización quirúrgica señalados en los fundamentos jurídicos de la presente sentencia. Así, el funcionario judicial que conozca de cada caso deberá tener en cuenta que se debe garantizar el respeto de la capacidad plena y el consentimiento libre e informado de las mujeres y menores en condición de discapacidad para autodeterminarse respecto a la posibilidad de decidir la conformación futura de su familia y del derecho a ser madres. En este sentido, debe recordar igualmente que se deben adoptar todas las medidas de apoyo, médicas, psicológicas y pedagógicas para que se logre emitir consentimiento (modelo de

apoyo a la toma de decisiones), según las particularidades de la condición de discapacidad a la que esté sujeta cada mujer o menor de edad. Todo ello de manera que se garantice la optimización de su derecho fundamental a emitir su consentimiento libre e informado.

ACCION DE TUTELA PARA AUTORIZACION DEL PROCEDIMIENTO DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MENOR DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Improcedencia para ordenar ligadura de trompas por incumplir requisitos

La Sala pudo corroborar que en el sub examine, no se cumple con ninguno de los requisitos para autorizar el procedimiento de esterilización quirúrgica. Así, no se encontró ninguna certificación médica que advirtiera la necesidad de practicar la intervención a raíz de una condición que comprometiera de forma inminente la vida de la menor. Al examinar el expediente del proceso de tutela adelantado por el padre de la menor se evidencia que este solicitó el procedimiento de “ligadura de trompas” de su hija por recomendación de la médico especialista en ginecología tratante de la niña. En todo caso, no consta ningún concepto médico interdisciplinario que certifique debidamente que la intervención quirúrgica es imprescindible para evitar un riesgo a la vida de la menor.

Referencia: expediente T-4.395.361

Acción de tutela instaurada por el señor Ricardo Alfredo Monsalve Zapata en representación de María José Monsalve Sánchez contra COOMEVA EPS.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, DC., tres (3) de octubre de dos mil catorce (2014).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada María Victoria Calle Correa, y los magistrados Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado en instancia única por el Juzgado Cuarto (4°) Civil Municipal de Medellín el diecisiete (17) de febrero de dos mil catorce (2014), en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos.[1]

1.1 El señor Ricardo Alfredo Monsalve Zapata, en representación de su hija María José Monsalve Sánchez, de 12 años de edad y declarada judicialmente interdicta, instauró acción de tutela contra la EPS COOMEVA por la presunta vulneración de su derecho de petición.

1.2 El accionante señaló que el 10 de octubre de 2013 radicó ante la EPS accionada una orden médica para la autorización del procedimiento denominado “ligadura de trompas”, que indica fue ordenado por el médico especialista tratante de su hija.

1.3 Transcurridos dos meses sin obtener respuesta por parte de la entidad accionada, el actor, en ejercicio del derecho constitucional de petición, radicó nuevamente una solicitud el 19 de diciembre de 2013 con miras a que se procediera a efectuar el procedimiento solicitado, el cual tampoco fue atendido por la accionada.

1.4 Señaló que se acercó en distintas oportunidades a las dependencias de COOMEVA EPS ubicada en la ciudad de Medellín, en donde le indicaron que en próximos días resolverían su solicitud, sin que tal hecho hubiere ocurrido. Por el anterior motivo, el día 4 de febrero de 2014 presentó la acción de tutela que en esta oportunidad se revisa, con el objeto de exigir a la entidad accionada que respondiera su solicitud, y que autorizara el procedimiento de esterilización quirúrgica pretendido.

1.5 El 12 de febrero de 2014[2] la entidad accionada respondió la petición elevada por la parte actora, en la que afirmó que para autorizar el procedimiento médico solicitado resultaba necesario que se adelantara un proceso de interdicción en el que el juez de familia designara un curador para que tomara la decisión por la persona interdicta. Agregó, que en el caso particular la usuaria debía contar con la mayoría de edad, y que sugería un implante subdérmico “mientras se adelantaban los demás trámites legales durante su vida”.

1.6 Por el hecho anterior, el 17 de febrero de 2014, momento para el cual ya se había instaurado la acción de tutela, el accionante aportó al proceso copia de la sentencia del 8 de agosto de 2013 en el que el Juzgado Sexto de Familia de Medellín había declarado la interdicción de María José Monsalve Sánchez, y designado a su padre Ricardo Monsalve Zapata como su curador general.[3]

1.7 Finalmente, el accionante alegó que la respuesta emitida por la EPS, en la que le señalaba la alternativa ofrecida por la entidad para tratar a su hija, no correspondía con el procedimiento quirúrgico pretendido, razón por la que consideraba que se vulneraban los derechos de la menor.

2. Solicitud de tutela.

2.1 Con base en los hechos descritos, la parte actora solicitó que se tutelara el derecho fundamental de petición y los demás derechos constitucionales de su hija, para que se ordenara a Coomeva EPS dar respuesta clara, concreta y de fondo a la petición realizada el 19 de diciembre de 2013; y que, en consecuencia, se autorizara la realización del procedimiento de “ligadura de trompas”, ordenado por el médico tratante.

3. Respuesta de la EPS Coomeva.

La EPS Coomeva en escrito del 17 de febrero de 2014 contestó la acción de tutela solicitando la declaratoria de improcedencia del amparo. Señaló que la menor María José Monsalve Sánchez, se encontraba afiliada al sistema de seguridad social en salud a dicha entidad, en calidad de beneficiaria.

Indicó que, de su parte, había autorizado todos los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud POS de conformidad con lo señalado en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Preciso que, al consultar con área de atención médica, se había evidenciado que la menor Monsalve Sánchez padecía síndrome de Down y que los padres habían solicitado la práctica del procedimiento de “ligadura de trompas” alegando prescripción médica del médico tratante. Agregó que, analizado el caso, se trataba de una menor de 12 años, afiliada como beneficiaria, en estado activo y declarada judicialmente interdicta.

No obstante lo señalado, adujo que a la entidad no se allegó ninguna orden médica, ni historia clínica que ordenara realizar algún procedimiento médico. En particular, afirmó que en la historia clínica de la menor, se encontró que el 16 de octubre de 2013, la paciente asistió al programa de planificación familiar, y que los padres son los interesados en que se realice la tubectomía[4].

Reiteró que, en el caso de la menor representada, no se había generado orden para el servicio solicitado, y que el mismo no era legal puesto que no se permitía en menores de edad. Sobre este tema alegó que de acceder a la intervención quirúrgica solicitada se incurriría en una de las prohibiciones expresadas en la ley 1412 de 2010, por medio de la cual se autoriza la realización 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. En el caso concreto, adujo que la menor tan sólo contaba con 12 años de edad.

Finalmente, argumentó que ha prestado todos los servicios, medicamentos y exámenes que la menor ha requerido y que, en caso de no se compartiera la postura de la contestación, solicitaba que el juez autorizara a la entidad repetir contra el Fosyga el 100% de los valores pagados derivados de la atención prestada a la accionante.

5. Fallo único de tutela.

5.1 En fallo del 17 de febrero de 2014, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Medellín negó el amparo solicitado. La mencionada autoridad judicial adujo que en el caso examinado existía un hecho superado toda vez que la entidad accionada había contestado la petición de la accionante mediante comunicación del 12 de febrero de 2014.

El juzgado de la decisión señaló que, en el caso aludido, no se podía realizar el procedimiento solicitado por tratarse de una menor de edad y, porque además tampoco existía una autorización judicial expresa para realizar el mismo como se exige en el caso de personas en situación de discapacidad mental.

De manera puntual, señaló que pese a existir una declaratoria judicial de interdicción y la correspondiente designación de curadores, no existía una autorización judicial concreta respecto al procedimiento exigido. Así las cosas, no resultaba viable ordenar la práctica de

la intervención quirúrgica pretendida.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico y estructura de la decisión.

2.1. En la acción de tutela que se revisa, el demandante, representante (padre) de la joven María José Monsalve Sánchez, afirmó que la EPS Coomeva vulneró los derechos fundamentales de su hija al no practicar el procedimiento de esterilización quirúrgica de “ligadura de trompas” que le había solicitado. Sostuvo que la entidad accionada inicialmente no respondió la solicitud elevada, posteriormente le exigió una autorización judicial con la que ya contaba, y finalmente, le ofreció un tratamiento alternativo que no correspondía con el pretendido.

Por su parte, la entidad accionada señaló que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte actora, toda vez que no se allegó ninguna orden médica, ni historia clínica que ordenara realizar algún procedimiento médico. Agregó que tampoco se puede acceder al tratamiento solicitado porque éste se encuentra prohibido expresamente por la ley 1412 de 2010, comoquiera que se trata de una menor de edad. Afirmó, finalmente, que ha prestado todos los servicios y tratamientos requeridos a la joven representada.

2.2 Así las cosas, la Sala Novena estima que a la luz de los elementos de juicio señalados, el problema jurídico que se debe resolver en esta oportunidad se circunscribe a determinar si la EPS COOMEVA ha vulnerado los derechos fundamentales a la autonomía y la integridad personal, a la salud sexual y reproductiva, y al consentimiento libre e informado de la menor María José Monsalve Sánchez, quien padece síndrome de “Down”, al negar la práctica del procedimiento de esterilización quirúrgica de “ligadura de trompas” solicitado por su padre, quien ostenta la calidad de curador general de aquella, bajo el argumento de

que ese tratamiento está prohibido para menores de edad, y que se requiere una autorización judicial especial para el mismo.

Como se puede apreciar, el contenido del problema no incluye la discusión sobre la posible vulneración del derecho de petición, comoquiera que a criterio de la Sala: (i) como se evidenció acertadamente en el único fallo de instancia de tutela, la solicitud ya se resolvió (hecho superado) debido a que la entidad finalmente respondió de fondo la petición elevada por el actor del proceso, razón por la que no tiene objeto pronunciarse de fondo sobre el tema[5]; y principalmente (ii) porque esta Sala estima que el problema constitucionalmente relevante consiste en precisar cuáles son los derechos en tensión, y en determinar si la negativa de la EPS accionada de practicar el procedimiento de ligadura de trompas solicitado vulnera los derechos de la hija del actor.

De manera que, para solucionar el problema jurídico planteado, la Sala: (i) examinará la línea jurisprudencial que ha construido de forma decantada y consistente la Corte en materia de procedibilidad de la acción de tutela para ordenar la práctica de procedimientos de anticoncepción definitivos en mujeres y menores en situación de discapacidad mental; y también (ii) revisará los estándares internacionales en relación con la posibilidad o no de autorizar procedimientos de esterilización quirúrgica en menores en situación de discapacidad.

Así, una vez reconstruida dicha línea de precedente, y reconocida la normatividad internacional en la materia, será posible aplicar las debidas subreglas decisorias en el (iii) análisis del caso concreto para establecer la posible vulneración de derechos invocada por la parte demandante.

3. Procedibilidad de la acción de tutela para ordenar la práctica de procedimientos de anticoncepción quirúrgica respecto de menores de edad en situación de discapacidad[6].
Reiteración de jurisprudencia.

3.1 Esta Corte se ha pronunciado en diferentes oportunidades[7], tanto en sede de constitucionalidad, como en sede de tutela, sobre la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad. De manera particular para el asunto que se analiza en esta oportunidad, los pronunciamientos referidos han precisado algunos aspectos fundamentales en lo que respecta a la posibilidad de esterilización

quirúrgica y el derecho a tener una familia en casos de mujeres y menores de edad con alguna condición de discapacidad mental.

Al respecto, la Corte ha determinado que en estos casos existen tensiones que involucran, tanto el derecho a la autonomía de las personas en situación de discapacidad, como la protección de su posibilidad de emitir consentimiento.[8] Así, inicialmente ha explicado que los padres o representantes legales no pueden atribuirse la facultad de decidir sobre la esterilización definitiva de sus hijos, a menos que: (i) se declare la interdicción, cuandoquiera que se trate de mayores de edad; o que (ii) exista una autorización judicial en el caso de menores de edad. Adicionalmente, ha determinado que, ante la existencia de medidas menos lesivas de la autonomía personal que la intervención quirúrgica, se debe optar por no restringir el ejercicio de los derechos a la autonomía sexual y reproductiva de la persona en situación de discapacidad. Ello supone igualmente que las autoridades al momento de evaluar las diferentes medidas y alternativas existentes en materia de métodos de anticoncepción, deberán optar por los procedimientos que supongan la menor restricción del derecho a la autonomía de estas personas. A continuación se hace una síntesis de la línea jurisprudencial en la materia.

3.1.1 En lo que respecta al amparo de derechos fundamentales mediante acción de tutela, la Corte ha delineado un precedente claro en lo que respecta a la esterilización quirúrgica. En esta materia, ha determinado que se debe maximizar el respeto por la autonomía de la persona en situación de discapacidad y minimizar la intromisión de los padres o representantes legales en la decisión de esterilización definitiva de los menores en situación de discapacidad o judicialmente declarados interdictos. Igualmente, ha señalado que la excepción a estos casos la constituyen aquellos eventos en los que se ha declarado la interdicción de adultos o la existencia de una autorización judicial entratándose de menores de edad.

La línea de precedente en esta materia se funda en la sentencia T-850 de 2002 en la que la Sala Quinta de la Corte estudió el caso de una joven de 19 años de edad que padecía retraso mental y epilepsia refractaria. La madre de la joven consideraba que la negativa del ISS a realizar la esterilización quirúrgica vulneraba los derechos de su hija ante el riesgo de quedar embarazada. Así, la Corte estimó que se debían tomarse en consideración (i) la posibilidad de emitir consentimiento al futuro, y (ii) la necesidad médica de la intervención

quirúrgica.

En este caso la Corte encontró que la joven había manifestado querer ser madre, razón por la que, ante la existencia de medidas menos lesivas de la autonomía personal que la intervención quirúrgica, debía optarse por la utilización de mecanismos no definitivos de anticoncepción que no restringieran de forma irreversible el ejercicio de los derechos a la autonomía sexual y reproductiva de la joven en situación de discapacidad. En consecuencia, la Sala ordenó que las autoridades competentes promovieran las condiciones para el acceso a programas de educación especial en temas de educación sexual y reproductiva.

Por su parte, en la sentencia T-248 de 2003 la Sala Séptima de la Corte revisó una acción de tutela en la que se solicitaba la esterilización de una menor de edad en situación de discapacidad. En este pronunciamiento se reiteró la subregla decisonal establecida en la sentencia T-850 de 2002 en cuanto a la valoración de la necesidad médica y la posibilidad de emitir consentimiento, pero además se tipificaron las diferentes hipótesis que se podrían presentar y que se debían analizarse en cada caso, según las condiciones particulares: “(i) necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro; (ii) no existencia de necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro; (iii) urgencia y posibilidad de consentimiento futuro. Finalmente, (iv) inexistencia de necesidad médica y posibilidad de consentimiento futuro”[9].

La Sala de decisión explicó que en el evento (iv) no había mayor discusión pues frente a la inexistencia de indicación médica sobre la necesidad de la intervención y la posibilidad de lograr un consentimiento al futuro por la persona en situación de discapacidad, debía desplegarse la protección absoluta a la autonomía de esta.

En el caso (iii), urgencia médica, pese a la existencia de posibilidad de consentimiento futuro debía presumirse que razonablemente la persona habría consentido la protección de su vida, integridad física y salud. De manera que el asunto constitucionalmente complejo se localizaba en los casos (i) y (ii).

Para el caso (i), la Corte explicó que ante la inexistencia de un ejercicio de la autonomía individual, de existir una razón médica para realizar el tratamiento, bastaría la autorización judicial para realizarla, puesto que la razón médica está dirigida a salvaguardar la vida,

integridad física o salud del paciente.

Por su parte, en el caso (ii), el que se estudiaba en la sentencia T-248, la Sala Séptima sostuvo que ante la inexistencia de necesidad médica y de capacidad para consentir en el futuro, la esterilización podía constituir una manera de salvaguardar la autodeterminación sobre el cuerpo de la mujer. Lo anterior, puesto que una persona que no tiene la capacidad para consentir la anticoncepción quirúrgica tampoco podría decidir sobre la conformación de una familia debido a que no entiende lo que ello supone.[10]

Finalmente, la Corte advirtió que tratándose de personas afectadas por una discapacidad, sean o no menores de edad, se requiere siempre de autorización judicial previa una vez se haya demostrado, en el proceso correspondiente, que estas personas tienen problemas mentales que no les permiten otorgar su consentimiento para este tipo de intervenciones.

En otro de los pronunciamientos importantes en la materia, la sentencia T-492 de 2006, la Sala Sexta de Revisión de la Corte analizó el caso de una joven de 26 años, afectada por síndrome de down, en el que su madre demandó a la EPS Coomeva por solicitar autorización judicial para la práctica de una intervención quirúrgica denominada “Pomeroy”. En este precedente la Corte determinó que existían dos reglas básicas respecto a la procedibilidad de la acción de tutela para ordenar tratamientos quirúrgicos de esterilización:

(i) Que la acción de tutela no es el procedimiento específico para lograr esta autorización judicial de esterilización definitiva de mujer incapaz, pues existe otro trámite judicial específico que prevé períodos probatorios más amplios y la necesaria intervención del Ministerio Público en defensa de los intereses de la mujer y;

(ii) Que quien pretenda que mediante la acción de tutela se haga efectiva la práctica de un procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva debe ser el representante legal de la mujer incapaz a esterilizar, y además haber obtenido previamente la licencia judicial referida, amén de la orden del médico tratante adscrito a la E.P.S.

Según lo señalado, para la Corte, una intervención quirúrgica de esterilización definitiva constituye una restricción intensa de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Por

tanto, por razones que devienen de los mismos postulados constitucionales de protección de los derechos de sujetos de especial protección constitucional, como las personas en situación de discapacidad, una medida de tal alcance debe ser previamente autorizado por el juez competente dentro de un proceso en el que se demuestre la necesidad y la utilidad concreta de la medida en el caso particular. Para explicarlo en los propios términos de la sentencia T-492 de 2006, la justificación de la autorización judicial:

“(…)obedece a la necesidad de estudiar en cada caso concreto la situación de la mujer incapaz que pretende ser esterilizada en forma definitiva, a fin de determinar especialmente dos asuntos: primero, su nivel de autonomía, y segundo, la medida o medidas de protección alternas o complementarias que se acomodan a su particular situación personal, familiar y social. Ciertamente, como se desprende de los antecedentes jurisprudenciales en los cuales el mismo asunto de la esterilización de mujeres incapaces se ha planteado, no siempre los niveles de autonomía de las personas con incapacidades psíquicas son iguales, ni siempre son irreversibles.”

En este precedente, la Corte determinó que el proceso de autorización judicial para el procedimiento quirúrgico de esterilización es distinto y posterior al proceso de interdicción judicial y discernimiento de guarda. En efecto, se estableció que el conducto regular para obtener una autorización de tal dimensión requería que (i) se adelantara el proceso de interdicción para obtener la calidad de representante o curador del hijo en situación de discapacidad; y que posteriormente (ii) se solicitara la autorización al juez para que se permitiera realizar el procedimiento médico de esterilización quirúrgica, caso en el que se acude a un proceso especial distinto y en todo caso anterior a la acción de tutela.

De manera que, sin el cumplimiento de estos dos requisitos, no se puede entender acreditada la legitimación en la causa por parte activa en cabeza de quien interpone la acción de tutela en representación de los derechos fundamentales de una mujer incapaz, a quien se busca esterilizar en forma irreversible.[11]

En la sentencia T-1019 de 2006 la Sala Cuarta de Revisión de la Corte estudió nuevamente un caso de una menor en situación de discapacidad respecto de la que se solicitaba la práctica de un procedimiento de anticoncepción quirúrgica. En este caso la Corte evidenció que no existía certeza sobre la capacidad de la menor de emitir un consentimiento futuro,

razón por la que decidió proteger esta posibilidad.

En este caso, la Corte adujo que sólo en aquellos eventos en los que la persona no tenga las facultades mentales, físicas o psíquicas que le permitan otorgar un consentimiento razonado, libre y espontáneo, puede considerarse, eventualmente, la posibilidad de que otra persona otorgue su consentimiento de forma sustitutiva. Sin embargo, advirtió que cualquier valoración respecto de la emisión de consentimiento debía sustentarse en información médica y profesional competente y completa, de manera que permitiese dar por cumplido el requisito de consentimiento.

La Sala también sostuvo que, en los casos de posibilidad de emisión de consentimiento, para emitir la autorización sobre la intervención sobre su propio cuerpo, es necesario que la persona pueda “reconocer la importancia y seriedad de su decisión, así como también tenga claridad sobre el razonamiento que debió hacer para dar su aceptación”. Así mismo, la Sala reiteró que la autorización judicial resultaba necesaria cuandoquiera que la intervención implicara decidir de manera definitiva sobre alguna función orgánica de la persona.

Posteriormente, en la sentencia T-560A de 2007 la Corte nuevamente revisó el caso de una solicitud de esterilización de una menor de edad en situación de discapacidad. En esta sentencia se reiteró la subregla decisional según la cual es necesaria la autorización judicial para realizar el procedimiento de anticoncepción quirúrgica en menores de edad en situación de discapacidad, cuandoquiera que se compruebe la imposibilidad de que otorgue su consentimiento al respecto.

En el particular, la Sala Cuarta precisó que “en los casos de esterilización de menores que sufren retardo mental es indispensable obtener de manera previa la autorización o licencia judicial, como medio idóneo de defensa previsto en el ordenamiento jurídico”, más aún, en este punto en particular precisó que dicha autorización debía promoverse por ambos padres del menor, en términos de legitimación por activa (...). ”.

Finalmente, en la sentencia T-063 de 2012 la Sala Cuarta de Revisión de la Corte estudió otro caso en el que el padre de una joven de 21 años en situación de discapacidad mental moderada, presentó una tutela contra el Hospital Materno Infantil “El Carmen” de Bogotá, el cual se negó a practicar la cirugía de ligadura de “Trompas de Falopio” que había

autorizado la EPS Caprecom debido a que la menor no era “apta para ser madre de familia”. En este fallo se sintetizaron las principales reglas jurisprudenciales en materia de representación de menores en situación de discapacidad en procedimientos de anticoncepción quirúrgica. Al respecto, la Sala de revisión, luego de un recuento de las principales decisiones de tutela que se habían proferido hasta el momento, sostuvo que la línea de precedente construida por la Corte:

(i) le ha dado una dimensión de peso mayor, en principio, al derecho a la autonomía individual de mujeres con discapacidad mental, cuando el objeto de la acción de tutela es la práctica de cirugías que impliquen la esterilización;

(ii) en este supuesto, ha considerado que la legitimación en la causa por activa, exige como requisitos adicionales a los previstos en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, que en trámite judicial diferente al de la solicitud de amparo constitucional, se haya obtenido licencia o autorización judicial, así como la representación legal en virtud del discernimiento de la guarda; y

(iii) respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres, salvo que razonablemente sea imposible, ya sea por ausencia o abandono.[12]

En este caso, sin embargo, la Sala Cuarta no analizó de fondo la solicitud de la práctica del procedimiento quirúrgico de infertilización que se solicitaba, toda vez que consideró que no se cumplieron los requisitos procesales de la agencia oficiosa para conocer del asunto[13]. Por lo anterior, procedió a salvaguardar otras garantías constitucionales de la joven respecto de la que se solicitaba el amparo constitucional, particularmente en lo que respecta a los deberes que tenían las autoridades administrativas para instruir a la joven y su familia respecto de métodos de anticoncepción.

3.1.2 Ahora bien, en materia de control abstracto de constitucionalidad, la Corte ha señalado importantes derroteros en lo que respecta a los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad. Así por ejemplo, en la sentencia C-804 de 2009, se estudió la constitucionalidad del artículo 68 de la ley 1098 de 2006, que exigía como requisito para adoptar, la idoneidad física del solicitante. En el caso que se analizaba, el cargo de inconstitucionalidad propuesto se fundamentaba en que a criterio de la parte actora, la norma acusada excluía a las personas en situación de discapacidad de la

posibilidad de ser padres o madres adoptantes.

La Corte señaló que la sola invocación de la falta de idoneidad física de una persona en situación de discapacidad para declararla no apta para adoptar, podía ser discriminatoria, razón por la que, consideró que la disposición demandada era constitucional bajo el entendido de que lo que exigía era una valoración integral de todas las condiciones de quienes solicitaban la adopción. Al respecto señaló la Corte:

“la idoneidad para el ejercicio de la función parental, debe ser el resultado de una evaluación integral compleja sobre las posibilidades de protección, amor, guía y cuidado que puedan brindarle ese padre o madre adoptantes, así deban acudir a ayudas técnicas, o de otro tipo para superar las barreras que le impone el entorno a una persona con discapacidad, y no en los obstáculos que su discapacidad debe superar”.

Posteriormente, en la sentencia C-293 de 2010 la Corte realizó el control de constitucionalidad de la Ley 1346 de 2009 que aprobó la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.” Al analizar el contenido de los artículos 23[14] y 25[15] de la Convención, que hacían referencia a los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad, este Tribunal Constitucional concluyó que tales disposiciones se ajustaban a la Carta Política en tanto fomentaban el ejercicio de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad establecido en el artículo 16 de la Constitución[16].

Recientemente en la sentencia C-131 de 2014 la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse específicamente sobre la prohibición de anticoncepción quirúrgica a menores de edad, incluidos aquellos en situación de discapacidad, en razón a la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7º de la Ley 1412 de 2010[17]. En este fallo, esta Corporación determinó que la prohibición de someter a los menores en condición de discapacidad mental a la anticoncepción quirúrgica, resultaba ajustada a la Constitución porque: (i) el Legislador estaba habilitado para regular todo lo concerniente a la progeneración responsable; (ii) existía un deber constitucional de protección al menor de edad en condición de discapacidad; y (iii) la edad no constituía en criterio semi-sospechoso de discriminación[18].

Así mismo, la Corte concluyó que la prohibición de la práctica de los procedimientos de

esterilización quirúrgicos no desconocía el derecho a la autodeterminación de los menores de edad, toda vez que estos podían acceder a otros mecanismos no irreversibles ni definitivos para controlar la reproducción hasta tanto cumplieran la mayoría de edad.

No obstante lo anterior, este Tribunal Constitucional precisó que existían dos excepciones a la prohibición de someter a los menores en condición de discapacidad a los tratamientos de infertilización quirúrgica: En primer lugar, el procedimiento es permitido cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz de un eventual embarazo, caso en el cual dicha condición deberá certificarse médicamente, y la autorización para la intervención sea consentida por la menor, y autorizada judicialmente; y en segundo lugar, cuando se trate de una discapacidad profunda o severa[19], certificada médicamente, que le impidiera al paciente consentir en el futuro, de modo que en estos casos debería también solicitarse autorización judicial.

Finalmente, la sentencia C-131 de 2014 precisó que la posibilidad de realizar el procedimiento de esterilización bajo las condiciones señaladas no incluía a los niños en situación de discapacidad menores de 14 años, en razón a que, antes de esta edad, se presume que los niños no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a este tipo de procedimientos.

Síntesis de la jurisprudencia constitucional en materia de esterilización quirúrgica a menores de edad en situación de discapacidad mental.

3.1.3 Como se puede advertir, la jurisprudencia constitucional ha protegido los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho a formar una familia de las personas en situación de discapacidad, incluidos los menores de edad que se encuentran en esta condición. El amparo de dichos derechos cobija el derecho y el deber de ejercer una progenitura responsable por parte de los padres, ámbito que ha sido regulado por el Legislador (Ley 1412 de 2010, art. 7), con base en los mandatos de la propia Constitución (art. 42 C.N.).

En el caso de la posibilidad de practicar la anticoncepción quirúrgica como uno de los contenidos específicos del derecho y deber de la paternidad responsable, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de analizar casos en los que ha debido ponderar el derecho a la autonomía personal con el de la vida misma de las personas en situación de discapacidad y menores de edad en tal condición. En estos casos, la Corte ha determinado

que deben observarse dos variables: (i) la posibilidad de otorgar consentimiento futuro respecto de la intervención quirúrgica, y (ii) la condición médica del paciente.

Ahora bien, respecto al estudio de fondo de los casos puestos a su consideración, la Corte ha encontrado de manera genérica que ante la existencia de medidas menos lesivas de la autonomía de la persona que la intervención quirúrgica, se debe optar por la utilización de mecanismos no definitivos de anticoncepción que no restrinjan de forma irreversible el ejercicio de los derecho a la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres y menores en situación de discapacidad.

Por su parte, en el estudio de casos particulares, la Corte ha ido decantando las eventuales hipótesis en las que puede resultar admisible excepcionalmente la autorización del procedimiento de esterilización quirúrgica en menores en situación de discapacidad, bajo el entendido de que existen razones constitucionalmente válidas para ello. Así, ha encontrado (primera excepción) que si existe un riesgo a la vida de la paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios, se preferirá salvaguardar la vida e integridad de la menor en condición de discapacidad siempre que esta, de manera reflexiva y consiente, no decida lo contrario.

Esta subregla presupone los siguientes requisitos: (i) que la decisión sea consentida por la menor; (ii) que un grupo interdisciplinario certifique que la misma conoce y comprende las consecuencias de la intervención quirúrgica; (iii) que exista un concepto médico interdisciplinario que establezca que la operación es imprescindible para proteger su vida porque no exista otra alternativa; y (iv) que, en todo caso, se otorgue autorización judicial para garantizar el respeto de los derechos del menor, con especial énfasis en determinar la posibilidad para consentir o no el procedimiento médico.

El otro caso (segunda excepción), lo constituye la circunstancia de discapacidad severa o profunda en la que puede presentarse la situación de inexistencia de capacidad para emitir consentimiento futuro, caso en el que parte de la jurisprudencia constitucional[21] ha considerado que no se atenta contra el derecho a la autonomía del menor porque este no la puede ejercer, dado que el menor no comprende las implicaciones de la operación ni el significado de la maternidad o paternidad.

En este caso la intervención quirúrgica se ha estimado procedente bajo el cumplimiento de

los siguientes requisitos: (i) que la solicitud sea presentada por ambos padres –titulares de la patria potestad–; (ii) que exista certificación médica interdisciplinaria en la que conste que existe un grado profundo y severo de discapacidad; y (iii) que se autorice el procedimiento por el juez competente, quien en cada caso tomará la decisión que mejor salvaguarde los derechos del menor evaluando (i) y (ii).

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que la sentencia C-131 de 2014 precisó que la posibilidad de realizar el procedimiento de esterilización no incluye a los niños en situación de discapacidad menores de 14 años, debido a que, antes de esta edad, se presume que ellos no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a este tipo de procedimientos.

La anterior es la línea de precedente que ha sentado la Corte Constitucional en materia de esterilización quirúrgica a mujeres y adolescentes en situación de discapacidad. Aun cuando la Corte ha sentado criterios claros en la materia, la Sala Novena de Revisión estima importante precisar algunos elementos en materia de estándares internacionales en relación con la esterilización en mujeres y menores de edad en situación de discapacidad. Esto, debido a que las precisiones que se citarán resultan fundamentales para delimitar, tanto el alcance de las subreglas decisionales señaladas, como para analizar, no solamente el caso que ahora se revisa, sino futuras situaciones con identidad factual y jurídica.

4. Estándares internacionales en materia de esterilización quirúrgica, en mujeres y menores de edad en situación de discapacidad. Obligaciones en materia de garantía del derecho al consentimiento informado, la autonomía de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las menores en situación de discapacidad.

4.1 Como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte[22], los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos debidamente ratificados por Colombia, hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad en virtud de lo establecido en el artículo 93[23] de la Carta. Dichas normas, a pesar de no estar formalmente incluidas en el texto de la Constitución, se integran a ésta y son referentes a la hora de realizar, no solo control de constitucionalidad, sino como pautas interpretativas de las normas internas que regulan la aplicación de los derechos fundamentales[24].

En efecto, la jurisprudencia ha explicado que el bloque de constitucionalidad puede ser

entendido en dos sentidos.[25] En un sentido estricto (*strictu sensu*), está compuesto por aquellas normas y principios de rango constitucional que se integran junto con los tratados internacionales en materia de derechos humanos cuya limitación está prohibida incluso durante los estados de excepción (artículo 93 C.N. inciso 1º).[26] Y de otra parte, en sentido lato o amplio (*latu sensu*), el bloque de constitucionalidad hace referencia a todos aquellos instrumentos internacionales, de diversa jerarquía, que sirven como parámetros interpretativos para el ejercicio hermenéutico de los derechos fundamentales (artículo 93 C.N. inciso 2º) toda vez que los desarrollan.

Respecto de esta última expresión del bloque, la Corte ha señalado que tanto la jurisprudencia de las Cortes Internacionales de Derechos Humanos[27], como las recomendaciones de los organismos internacionales que tienen funciones de monitoreo, seguimiento o control respecto del cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, también tienen fuerza vinculante al momento de interpretar el alcance de los derechos fundamentales.[28]

4.2 Dentro de los instrumentos internacionales que sirven como pauta interpretativa respecto de los derechos fundamentales se encuentran aquellos referentes a las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos de la población en situación de discapacidad.[29] En esta perspectiva, los estándares internacionales en la materia, han buscado cambiar el enfoque bajo el cual se ha entendido la discapacidad. Para ello, se ha comprendido que la discapacidad se debe interpretar como una manifestación de la diversidad humana y no como una limitante o un motivo para restringir el goce y ejercicio de ciertos derechos. Igualmente, se ha entendido que la discapacidad es el resultado de la interacción entre la diversidad funcional y las barreras actitudinales, físicas, sociológicas, jurídicas y comunicacionales que encuentra dicha población en el entorno social.[30]

De forma particular, la normatividad internacional en la materia, ha determinado que las personas con alguna condición de discapacidad deben contar con los apoyos necesarios para su desarrollo pleno e integral. Ello supone, partir de la presunción de capacidad para ejercer su autonomía, y la implementación progresiva de las medidas tendientes para que logren su participación efectiva en las decisiones que los afectan, incluidas aquellas relacionadas con su intimidad, sexualidad y posibilidad de formar una familia.

4.2.1 En este tema, el artículo 12[31] de la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad de las Naciones Unidas[32], establece que éstas deben ser reconocidas en igualdad de condiciones ante la ley. Más aún, este instrumento establece que en materia de capacidad jurídica se debe eliminar cualquier presunción de incapacidad. Además, exige que no puede utilizarse como regla general en materia de capacidad legal, la sustitución de la voluntad, sino que se debe optar por fórmulas de apoyo en la toma de decisiones (modelo de apoyo a las decisiones). Así las cosas, en cumplimiento del anterior mandato, el Estado Colombiano tiene la obligación de tomar las medidas pertinentes y efectivas para garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de los demás, en todos los aspectos de su vida.

En esta línea, como pauta hermenéutica para valorar el alcance de los derechos de la población en situación de discapacidad, es necesario tomar en cuenta la interpretación que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha realizado del señalado artículo 12 de la Convención. Sobre este punto, el Comité ha advertido que del seguimiento al cumplimiento derivado de las obligaciones de la Convención, ha evidenciado que persisten las formas de sustracción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que contrarían lo dispuesto por la normatividad internacional en la materia. En particular, en el documento correspondiente al “examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35[33] de la Convención” adoptado en el octavo periodo de sesiones de dicho organismo, en sus observaciones finales señaló:

“el Comité urge a los Estados parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, los insta a que tomen medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. El Comité le recomienda además la puesta en marcha de talleres de capacitación sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad dirigida a jueces con la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo en la toma de decisiones en lugar de la tutela y la curatela”[34]

Por su parte, en diferentes mandatos la Convención (artículo 2, 5, 14, 24, 27) prescribe la obligación de los Estados y de la sociedad de garantizar los ajustes razonables necesarios

para que las personas en situación de discapacidad puedan acceder en iguales condiciones a todas las libertades y los derechos y servicios sociales. Dichos ajustes son entendidos (artículo 2 de la CDPD) como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. La implementación de estos ajustes debe aplicarse a todos los ámbitos de la vida social. De manera que, la denegación de los mismos constituye una manifestación de discriminación, que perpetúa las barreras de exclusión de dicha población a los diferentes servicios sociales, y el goce efectivo y en igualdad de condiciones de sus derechos.

En suma, los mandatos de la CDPD y las pautas hermenéuticas del Comité por ella creado, muestran que, en relación con los derechos de las personas en situación de discapacidad, existe un claro mandato que exige al Estado colombiano evitar la utilización y puesta en práctica de medidas que limiten o sustraigan la capacidad jurídica de este grupo poblacional. Más aún, exige que se adopten medidas tendientes a la implementación de apoyos en la toma de decisiones a través de los ajustes razonables necesarios para que dicha población pueda acceder en igualdad de condiciones a todas las oportunidades sociales y al goce efectivo de sus derechos.

4.2.2. Por otra parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)[35], en su artículo 12[36] establece que se deben adoptar todas las medidas tendientes a eliminar las formas de discriminación a la mujer, en lo que se refiere a la planificación familiar, marco dentro del cual incluyó a las mujeres en situación de discapacidad. Respecto a este tema, el Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la Discriminación contra la mujer, en la sesión celebrada en octubre del año 2013 en Ginebra (Suiza), se refirió a los riesgos de vulneración de derechos a raíz de la utilización de medidas de esterilización quirúrgica.[37]

El Comité instó a los Estados parte, en especial a Colombia, a eliminar las figuras normativas como la interdicción, que presumen la incapacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad, toda vez que no responden a las necesidades de protección y apoyo requeridas por este grupo poblacional. Incluso, el Comité recordó que, en muchas oportunidades, el uso de estas figuras conlleva la vulneración de los derechos de las

mujeres y niñas en situación de discapacidad cognitiva, en los casos en los que se aprueban, sin su consentimiento, medidas de esterilización forzada que, no solo constituyen actos de violencia basados en el género, sino que también pueden constituir formas de ejercer violencia sexual contra este grupo poblacional.[38]

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

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

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

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

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

Con base en el anterior recuento, tanto de los parámetros internacionales, como del desarrollo jurisprudencial en materia de solicitudes de esterilización quirúrgica a mujeres y menores en situación de discapacidad, procede la Sala a analizar el asunto que en esta oportunidad ha sido puesto a su consideración.

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

5. Síntesis del caso, elementos probatorios del proceso, y metodología de solución.

5.1 Para realizar un examen ordenado de los elementos de juicio que fundamentan la decisión que se va a adoptar, la Sala estima pertinente explicar la metodología de análisis y solución del caso concreto que ahora se estudia. Para el evento, la Corte encuentra que (i) de manera preliminar resulta necesario realizar una breve descripción de la evidencia material obrante en el proceso, con la finalidad de aclarar algunas circunstancias de hecho relevantes para la decisión; luego de ello, se procederá a (ii) analizar la procedencia o no de la acción de tutela que se revisa como mecanismo para autorizar la esterilización quirúrgica solicitada respecto de la menor, hija del demandante; posteriormente, la Sala (iii) realizará algunas aclaraciones en lo que respecta al proceso judicial de autorización de los procedimientos de esterilización quirúrgica en menores en situación de discapacidad; y, finalmente, (iv) se adoptarán algunas medidas pertinentes para salvaguardar los derechos de la menor sujeto del amparo tutelar solicitado.

5.2 En el caso puesto a consideración de la Sala Novena de Revisión, el accionante, como padre y representante legal de la menor María José Monsalve Sánchez, solicitó mediante petición[39] que la entidad accionada le realizara a su hija el procedimiento de esterilización quirúrgica de “ligadura de trompas”. En el caso, el actor alegó que la intervención médica fue autorizada por el médico especialista en ginecología que ha atendido a la menor, y que la entidad no respondió en su momento la solicitud.

Por su parte, la entidad accionada al contestar la demanda, sostuvo que del análisis de la historia clínica de la menor se encontró que no existía soporte médico para la realización de la cirugía solicitada. Señaló que sin contar con la orden médica para la esterilización quirúrgica pretendida se podría incurrir en el incumplimiento de la prohibición establecida en el artículo 7º de la ley 1412 de 2010, según la cual en ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica en menores de edad, más aún cuando la hija del accionante cuenta con 12 años de edad. Agregó, además, que la entidad le ha prestado todos los servicios médicos pertinentes y que ha cumplido sus obligaciones conforme a la normatividad vigente.

En el expediente consta que con posterioridad a la admisión de la tutela de instancia (5 de febrero de 2013)[40], el día 14 de febrero de 2013 el actor aportó una comunicación[41] efectuada por la entidad accionada en la que ésta le señalaba que debía adelantar un proceso de interdicción para acceder al proceso de esterilización quirúrgica de su hija. En

la comunicación mencionada, la entidad señaló adicionalmente que para acceder al procedimiento quirúrgico solicitado resultaba indispensable que la usuaria contara con 18 años de edad, razón por la que sugería optar por un implante subdérmico que tenía muy buena eficacia anticonceptiva, mientras adelantaba el proceso que le serviría para posteriores trámites. La entidad señaló que esta opción fue informada de forma verbal a la madre de la menor y que ésta respondió de forma negativa a la recomendación del implante subdérmico. Frente a dicha respuesta el accionante advirtió que ya contaba con la sentencia que había declarado a su hija interdicta y que le había otorgado la curaduría de la misma.

En el acervo probatorio obra la sentencia del 8 de agosto de 2013 del Juzgado 6º Civil de Familia de Medellín[42] mediante la que se declaró la interdicción judicial por discapacidad mental absoluta de la menor María José Monsalve Sánchez, y se nombró como curador provisorio a su padre, el señor Ricardo Alfredo Monsalve Zapata. En las consideraciones de la decisión judicial señalada, consta que la menor fue calificada por el Médico Rodrigo Corrales Hernández, quien determinó que “sí padece de SÍNDROME DOWN con RETARDO MENTAL MODERADO, con deterioro intelectual y cognitivo, que la convierten en una persona incapaz en forma total, permanente y absoluta para administrar y disponer de sus bienes y en tal sentido se impone la necesidad de nombrarse a alguien que asuma dichas funciones y además cuide de ella, quien por sus escasas herramientas intelectuales es incapaz de hacerlo.”[43] Adicionalmente, se aportó historia clínica con fecha del 29 de noviembre de 2012, expedida por el médico psiquiatra Jorge Calle, en donde se afirma: “se da cuenta, que la menor MARÍA JOSÉ MONSALVE SÁNCHEZ, presenta RETARDO MENTAL MODERADO, no está en capacidad de auto determinarse, sexualidad conservada, pero debido al RETARDO MENTAL tiende a ‘seguir sus instintos’ por lo que considera que una ligadura de trompas sería beneficioso ya que ella no está en capacidad de ejercer una maternidad responsable.”[44] Pese a las transcripciones anteriores, la decisión judicial referida no hace otro tipo de alusión a la posibilidad de realizar alguna intervención quirúrgica de esterilización a la menor.

6. Improcedencia de la acción de tutela para la autorización del procedimiento de esterilización quirúrgica de la menor sujeto de amparo. Competencia y deberes del Juez de familia como garante del respeto de los derechos de las mujeres y las jóvenes en situación de discapacidad.

Como se ha señalado, en el caso que se revisa, el señor Ricardo Monsalve solicitó mediante acción de tutela que se ordenara a la EPS Coomeva la práctica de esterilización quirúrgica a través del procedimiento de “ligadura de trompas” a su hija María José Monsalve Sánchez de 12 años de edad.

Por su parte, en los fundamentos de esta decisión se indicó que la esterilización quirúrgica en menores en situación de discapacidad está prohibida, salvo en dos casos excepcionales[45]: (i) cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz de un eventual embarazo, certificado médicamente, y autorizado judicialmente; y (ii) cuando se trate de una discapacidad profunda y severa[46], certificada médicamente, que le impidiera a la paciente consentir en el futuro, sujeta también a autorización judicial. Adicionalmente, en la sentencia C-131 de 2014 se determinó que estas excepciones no aplican en el caso de menores de 14 años, comoquiera que “antes de esa edad, se presume que los niños no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a dicha intervención.”

6.1 En el caso que se revisa, la Sala encuentra que no es posible autorizar, mediante tutela, el procedimiento quirúrgico de esterilización solicitado en tanto no se cumple 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 evidencia que la menor respecto de la que se solicita 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.

6.1.1 En efecto, la Sala pudo corroborar que en el sub examine, no se cumple con ninguno de los requisitos para autorizar el procedimiento de esterilización quirúrgica. Así, no se encontró ninguna certificación médica que advirtiera la necesidad de practicar la intervención a raíz de una condición que comprometiera de forma inminente la vida de la menor. Al examinar el expediente del proceso de tutela adelantado por el padre de la menor se evidencia que este solicitó el procedimiento de “ligadura de trompas” de su hija por recomendación de la médico especialista en ginecología tratante de la niña. En todo caso, no consta ningún concepto médico interdisciplinario que certifique debidamente que la intervención quirúrgica es imprescindible para evitar un riesgo a la vida de María José.

La Sala tampoco encuentra debidamente acreditado que se trate de un caso de discapacidad que imposibilite la emisión de consentimiento, certificada médicamente. Puesto que, pese a existir un concepto médico[47] en la sentencia que declaró la interdicción de la menor, este no sustituye el dictamen interdisciplinario que se requiere para determinar que no existe posibilidad de emitir consentimiento, menos aun cuando en el mismo no se indagó sobre la posibilidad de utilizar instrumentos de apoyo para poder formularlo.

Y, finalmente, tampoco se evidencia 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 menciona marginalmente la sugerencia médica de realizar un procedimiento de esterilización quirúrgica, esta situación de ninguna manera se equipara a las condiciones de análisis y prueba que se debe surtir en el proceso judicial especial establecido por la legislación (art. 6° de la ley 1412 de 2010) y la jurisprudencia constitucional para autorizar la práctica de tal intervención.

6.1.2 Ahora bien, lo que sí se encuentra debidamente acreditado en el proceso de tutela, es que se trata de una menor de 12 años de edad, de quien la jurisprudencia constitucional ha determinado que está prohibido de iure, la práctica de cualquier procedimiento quirúrgico de esterilización. En efecto, se debe recordar que según la argumentación expuesta en la sentencia C-131 de 2014 existe una prohibición de pleno derecho para la práctica de este tipo de procedimientos médicos a menores de 14 años, en la medida en que a esta edad el ordenamiento jurídico presume que los niños no han alcanzado la madurez biológica para este tipo de intervenciones.

6.1.3 Sumado a lo anteriormente expuesto, la Sala observa con preocupación que en ningún momento se ha optado por la utilización de instrumentos de apoyo para indagar respecto de la posibilidad de que la menor pueda emitir su consentimiento. Situación que como se precisará en los párrafos siguientes, constituye una vulneración de sus derechos a la autonomía e igualdad de trato, que al resultar contrarios a los estándares internacionales –criterios de interpretación vinculantes sobre la aplicación y desarrollo de los mismos–, invalida cualquier tipo de decisión (administrativa o judicial) que sobre su integridad hubiere podido adoptarse.

Particularmente, la Sala encontró con inquietud que al momento de negar la solicitud de esterilización quirúrgica solicitada por el accionante, la EPS Coomeva recomendó la implementación de otro tipo de tratamiento invasivo denominado “implante subdérmico”. Sobre la implementación de tal intervención, no se encuentra soporte médico, ni tampoco algún indicio de haber consultado el consentimiento de la menor sobre el tema, lo que a juicio de la Corte, puede constituir una vulneración de la autonomía personal, y sexual y reproductiva de la menor.

Como se ha señalado en los fundamentos de esta sentencia, todo tipo de intervención quirúrgica que implique una restricción a la autonomía de la voluntad, relacionada con derechos sexuales y reproductivos de los menores en condición de discapacidad está prohibida. En el mismo sentido, se debe recordar que a la luz de los estándares internacionales y de la jurisprudencia constitucional en la materia (que constituyen bloque de constitucionalidad), cualquier implementación de una medida, ya sea tratamiento o intervención quirúrgica que invada la órbita del ejercicio de la autonomía personal o sexual y reproductiva de una mujer o una menor en situación de discapacidad debe indagar el consentimiento de la misma.

Para ello, se deben utilizar todos aquellos apoyos técnicos, médicos, científicos y psicológicos necesarios para que la mujer o la menor en situación de discapacidad emita su consentimiento de forma autónoma, libre e informada. Y, como consecuencia de los mismos mandatos internacionales y constitucionales, se sigue que la adopción de cualquier medida, tanto administrativa como judicial, que contraría los estándares en relación con el deber de respeto de los derechos de las mujeres (incluidas por supuesto las menores de edad) en situación de discapacidad, es inválida por contrariar las obligaciones convencionales (art. 5, 6 y 12 de la CDPD) y constitucionales (arts. 13, 16 y 47) que regulan la materia. En este sentido, todos aquellos casos en los que se profiera cualquier decisión o medida que autorice un procedimiento de esterilización quirúrgica o cualquier otra intervención que sea invasiva de la autonomía personal o sexual y reproductiva de una mujer o una menor de edad, carece de efectos jurídicos.

Por estas razones, según la evidencia sub examine, esta Corte emitirá una orden para que la EPS accionada se abstenga de realizar cualquier procedimiento invasivo que no consulte el consentimiento de la menor de edad y que carezca de autorización judicial.

6.3. En el proceso que se revisa, la Sala evidencia que el padre de la menor desconoce el procedimiento administrativo y legal que se debe agotar frente a cualquier decisión que afecte la integridad sexual futura de su hija en situación de discapacidad. De manera que, vale la pena reiterar los parámetros esenciales que la Corte ha establecido en materia de procedimientos de esterilización quirúrgica en menores de edad en condición de discapacidad, en consonancia con las pautas establecidas por los estándares internacionales expuestos en los fundamentos de esta sentencia.

En primer lugar, el padre de la menor debe tener en cuenta que no es posible por expresa prohibición legal (arts. 6 y 7 de la ley 1412 de 2010) que su hija sea sometida a cualquier procedimiento quirúrgico que afecte el ejercicio de su autonomía sexual y reproductiva, sin que hubiere alcanzado la edad de 14 años.[48] Como se explicó en la sentencia C-131 de 2014, antes de esta edad se presume de iure –por razones de derecho– que los niños no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a esta clase de intervenciones.

Ahora bien, una vez cumplida esta edad, el padre de la menor debe tener en cuenta que sólo existen dos posibilidades excepcionalísimas para que sea permitida la intervención quirúrgica de esterilización sobre su hija menor de edad: (i) cuando existiera un riesgo inminente de muerte a raíz de un eventual embarazo y frente a la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios; y (ii) cuando se trate de una discapacidad, certificada médicamente, que le impidiera a la paciente emitir cualquier clase de consentimiento hacia el futuro. En cada caso, se deberán observar los parámetros expuestos en los fundamentos de esta sentencia[49], de forma tal que cuente con los conceptos médicos debidos y en todo caso con la autorización judicial que debe ser declarada por un juez de familia competente (numeral 8º del art. 48 Ley 1306 de 2009) en el proceso especial que autoriza la práctica de este tipo de procedimientos médicos.

Uno de los reproches del accionante en el escrito de tutela se fundó en que ya contaba con la sentencia que había declarado su interdicción y que nombraba a aquel como curador general y representante legal de la menor, razón que éste estimaba como suficiente para exigir la práctica del procedimiento de “ligadura de trompas” a la EPS accionada.

Frente a este asunto, el padre de la niña debe tener en cuenta que pese a cumplir con el

requisito de haber sido nombrado representante legal de la menor en el correspondiente proceso de interdicción, es igualmente necesario agotar otro proceso especial, en el que el juez de familia autorice la práctica del procedimiento de esterilización quirúrgica. Como se ha explicado en precedencia, la finalidad de este proceso se centra en garantizar el respeto de los derechos de las menores, y mujeres en general, en condición de discapacidad a la luz de los mandatos constitucionales e internacionales que las protegen[50]. Respecto a este proceso especial la Sala también quisiera realizar algunas precisiones.

6.4. En el proceso judicial de autorización de un procedimiento de esterilización quirúrgica a menores en situación de discapacidad, el juez competente debe observar todos los elementos de juicio que garanticen el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de estas. Dichos elementos de juicio por supuesto incluyen los estándares internacionales en materia de esterilización quirúrgica señalados en los fundamentos jurídicos de la presente sentencia.[51]

Así, el funcionario judicial que conozca de cada caso deberá tener en cuenta que se debe garantizar el respeto de la capacidad plena y el consentimiento libre e informado de las mujeres y menores en condición de discapacidad para autodeterminarse respecto a la posibilidad de decidir la conformación futura de su familia y del derecho a ser madres. En este sentido, debe recordar igualmente que se deben adoptar todas las medidas de apoyo, médicas, psicológicas y pedagógicas para que se logre emitir consentimiento (modelo de apoyo a la toma de decisiones), según las particularidades de la condición de discapacidad a la que esté sujeta cada mujer o menor de edad. Todo ello de manera que se garantice la optimización de su derecho fundamental a emitir su consentimiento libre e informado.[52]

Como ha señalado el Comité sobre Derechos de las Personas en situación de discapacidad, los Estados parte, como Colombia, en correspondencia con la obligación de adoptar medidas internas, deben realizar los ajustes razonables para garantizar el respeto de este grupo poblacional. Dentro de estas medidas, se deben poner en marcha talleres de capacitación sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad, dirigido a jueces, con la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo en la toma de decisiones, en lugar de los inadecuados mecanismos de curatela y tutela que restringen los derechos y la autonomía de las personas en condición de discapacidad.[53]

En consecuencia, esta Sala de revisión estima que también resulta necesario instar al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, para que ponga en práctica las recomendaciones del Comité con miras a garantizar el respeto de los derechos de la población en situación de discapacidad, en el marco del derecho al adecuado acceso y administración de la justicia. En este sentido, la Sala considera que se deben adoptar los ajustes razonables correspondientes al desarrollo de las medidas que permitan a los jueces de familia del país adquirir los conocimientos y apropiar las herramientas que responden al “modelo de apoyo a la toma de decisiones” que se aplica en los juicios que se relacionan con los derechos de las personas, mujeres y menores en situación de discapacidad.

En efecto, el juez garante de los derechos de las mujeres en condición de discapacidad, con base en los correspondientes instrumentos de apoyo, deberá evaluar las condiciones tanto de posibilidad de maximización de la emisión del consentimiento, como la situación médica de la persona, para así establecer las medidas menos lesivas de los derechos de ésta. En esta perspectiva, la intervención quirúrgica de esterilización constituye el caso límite por su excepcionalidad y por su intensa lesión de la autonomía sexual y reproductiva. De forma tal que, con una valoración amplia y completa, el juez competente pueda determinar el proceder que optimice de mayor forma los derechos de la mujer o la menor de edad en condición de discapacidad.

Así, para la Sala resulta fundamental advertir que las causales expuestas en la sentencia C-131 de 2014, resultan de carácter excepcionalísimo, toda vez que en todos los demás casos, en el trámite de la autorización mediante proceso judicial correspondiente, se deberá optar por las fórmulas de apoyo a la toma de decisiones acordes con los estándares internacionales en la materia, de los cuales el Juez de la causa se erige como garante del respeto de los derechos a la integridad sexual, la autonomía y la posibilidad de consentimiento informado de las mujeres y menores en situación de discapacidad.

Por consiguiente, al encontrar que: (i) no es permitido el procedimiento de esterilización quirúrgica en el caso de la niña Monsalve Sánchez, quien es menor de 14 años; (ii) que no está incurso en ninguna de las causales excepcionales que ponen en grave riesgo su integridad sexual y su autonomía personal; y (iii) que no existe la autorización judicial para realizar el procedimiento, no es procedente la acción de tutela para exigir que se ordene la

práctica de la intervención quirúrgica solicitada. En esta misma vía, se evidenció que el padre de la menor, representada en el proceso de tutela que se revisó, tampoco agotó el procedimiento ordinario establecido para la materia.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra que el caso que se revisa, requiere abordar de forma integral el amparo de los derechos fundamentales de la menor María José Monsalve Sánchez, debido a que puede estar en riesgo su integridad y autonomía personal. Por consiguiente, se dictarán algunas órdenes específicas a ciertas autoridades para que vigilen y asesoren su caso con el fin de evitar la lesión de sus derechos.

7. Medidas tendientes a un amparo integral.

Debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la niña Monsalve Sánchez, la Sala considera necesario su acompañamiento y asesoría, tanto a ella como a su familia, por parte de las autoridades competente para salvaguardar integralmente el respeto de sus derechos fundamentales, en particular sus derechos sexuales y reproductivos.

El ICBF tiene como misión velar por el desarrollo y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias Colombianas (Leyes 75 de 1968 y 7ª de 1979). Por su parte, tanto la Defensoría del Pueblo, como la Procuraduría General de la Nación dentro del marco de sus competencias constitucionales (arts.282 y 277 C.N.), cumplen con la función de velar por la protección, garantía y respeto de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

En estos términos, la Corte ordenará al ICBF que preste la asesoría integral a la familia de la niña María José Monsalve Sánchez para que se instruya dentro de los diferentes métodos de apoyo para emisión de consentimiento informado y su relación con los métodos de planificación sexual acordes a su situación de discapacidad. Igualmente, deberá orientarlos sobre los estándares en la materia que rigen los eventos autorizados de esterilización quirúrgica y sobre los requisitos que se deben cumplir para el mismo.

Adicionalmente, se ordenará tanto a la Defensoría como a la Procuraduría delegadas para la infancia y la adolescencia para que acompañen el proceso de orientación, y para que vigilen que no se vulneren los derechos de la niña Monsalve Sánchez y se proteja su autonomía personal y la posibilidad de emitir consentimiento futuro. El monitoreo a estas órdenes

deberá ser acorde con los lineamientos señalados en la presente sentencia y se rendirán ante el juez de primera instancia del proceso de tutela, esto es, el Juzgado 4º Civil Municipal de Medellín, quien en el marco del cumplimiento de las competencias prevista en los artículo 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991 deberá garantizar el cumplimiento de las órdenes emitidas en esta sentencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo de diecisiete (17) de febrero de dos mil catorce (2014) proferido por el Juzgado Cuarto (4º) Civil Municipal de Medellín en instancia única, dentro de la acción de tutela instaurada por Ricardo Alfredo Monsalve Zapata como representante legal de su hija María José Monsalve Sánchez contra la EPS Coomeva, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la autonomía y la integridad personal, a la salud sexual y reproductiva, y al consentimiento libre e informado de María José Monsalve Sánchez, con base en las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

Segundo.- ORDENAR a la EPS Coomeva que: (i) se abstenga de realizar cualquier procedimiento médico invasivo que no consulte el consentimiento de la menor de edad y que carezca de autorización judicial según sea el caso; (ii) preste todos los servicios de asesoría y acompañamiento psicológico y médico en materia de métodos de planificación sexual y reproductivos de acuerdo a su situación de discapacidad. Para el cumplimiento de esta última orden, deberá tomar en cuenta los estándares internacionales en la materia y utilizar los métodos y herramientas para indagar el consentimiento de María José Monsalve Sánchez sobre las orientaciones y servicios que se le estén brindando.

Tercero.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF para que, en el término de 8 días, contadas a partir de la notificación de esta providencia, y dentro del ámbito de sus competencias, asesore e instruya a la familia de la niña María José Monsalve Sánchez respecto de los diferentes métodos, instrumentos y herramientas de apoyo para emisión de consentimiento informado y su relación con los métodos de

planificación sexual acorde a la situación de discapacidad de la menor.

Cuarto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo –Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y Adulto Mayor– y a la Procuraduría General de la Nación –Procuraduría Delegada para la Defensa de los derechos de la Infancia, adolescencia y Familia–, para que vigile la protección de los derechos fundamentales de la menor María José Monsalve Sánchez en los términos expuestos en esta sentencia. Para el efecto deberán rendir sendos informes sobre el cumplimiento de las ordenes precedentes al juez de primera instancia el proceso de tutela de la referencia, esto es, al Juez Cuarto (4º) Civil Municipal de Medellín.

Quinto.- INSTAR al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, para que ponga en práctica las medidas necesarias y los ajustes razonables ordenados por la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, correspondientes al desarrollo de los talleres que permitan a los jueces de familia del país adquirir los conocimientos y apropiar las herramientas que responden al “modelo de apoyo a la toma de decisiones” que se deben aplicar en los juicios que se relacionan con los derechos de las personas, las mujeres y las menores en situación de discapacidad, según las consideraciones expuestas en este fallo.

Sexto.- DESE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Secretario

[1] En este apartado se relacionan tanto los hechos descritos por el accionante en la demanda de tutela como algunos elementos fácticos y jurídicos que obran en el expediente.

[2] Es importante precisar que la petición se respondió con posterioridad al momento en que se instauró la acción de tutela de la referencia. Según obra en el expediente, la acción de amparo se presentó el día 4 de febrero de 2014 (folios 1 a 2), en tanto la respuesta a la petición elevada se realizó el 12 de febrero (folio 15).

[3] En la sentencia referida se relacionan tanto la calificación de discapacidad mental realizada por el Médico Rodrigo Corrales Hernández, en la que se determinó que la menor “sí padece de SÍNDROME DOWN con RETARDO MENTAL MODERADO, con deterioro intelectual y cognitivo, que la convierten en una persona incapaz en forma total, permanente y absoluta para administrar y disponer de sus bienes y en tal sentido se impone la necesidad de nombrarse a alguien que asuma dichas funciones y además cuide de ella, quien por sus escasas herramientas intelectuales es incapaz de hacerlo”; adicionalmente se aportó la historia clínica con fecha del 29 de noviembre de 2012, expedida por el médico psiquiatra Jorge Calle, en donde se afirma que “se da cuenta, que la menor MARÍA JOSÉ MONSALVE SÁNCHEZ, presenta RETARDO MENTAL MODERADO, no está en capacidad de auto determinarse, sexualidad conservada, pero debido al RETARDO MENTAL tiende a ‘seguir sus instintos’ por lo que considera que una ligadura de trompas sería beneficioso ya que ella no está en capacidad de ejercer una maternidad responsable.”

[4] Igualmente denominada “ligadura de trompas.”

[5] En efecto, como se verá en el acápite correspondiente al análisis del caso concreto, en el acervo probatorio consta que con posterioridad a la admisión de la tutela de instancia (5 de febrero de 2013), el día 14 de febrero de 2013 el actor aportó la comunicación de la entidad accionada en la que le respondió su petición elevada señalando que debía adelantar un proceso de interdicción para acceder al proceso de esterilización quirúrgica. No obstante,

frente a dicha respuesta el accionante manifestó que ya contaba con la sentencia que había declarado a su hija interdicta y que le había otorgado la curaduría de la misma. Así las cosas, respecto del fenómeno de la carencia actual de objeto por hechos superado en acciones de tutela, el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 dispone que en aquellos eventos en los que “estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes”. Al respecto consultar las sentencias T-597 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-952 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-396 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.)

[6] La Sala precisa que en adelante, debido al asunto que se debate en la presente sentencia, únicamente se referirá a la situación de discapacidad en relación con condiciones mentales y cognitivas. De manera que, al leer situación de discapacidad, el lector deberá advertir que se hace referencia a ésta especie de discapacidad dentro de la diversidad de las mismas.

[7] En el presente apartado se sigue, en parte, el recuento jurisprudencial elaborado en las sentencia C-131 de 2014 (M. P. Mauricio González Cuervo) y T-063 de 2012 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[8] Respecto al consentimiento debe hacerse una precisión. Por un lado, la jurisprudencia ha utilizado el concepto de consentimiento orientado hacia el futuro (sentencias T-850 de 2002, T-988 de 2007, T-248 de 2003 y T-492 de 2006), para referirse a las circunstancias en que se debe “proteger la decisión que mejor preserve la integridad de las condiciones físicas necesarias para que la persona que aún no cuenta con la autonomía suficiente para tomar decisiones sobre su propia vida y salud, pueda decidir cómo va a ejercer dicha libertad en el futuro.” Ahora bien, este consentimiento (orientado hacia el futuro) no debe confundirse con el consentimiento libre e informado que constituye un contenido esencial del derecho a la autonomía personal y al ejercicio de la misma. Respecto al alcance del consentimiento libre e informado en la sentencia T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte explicó que: “[t]oda persona es autónoma y libre para elegir y decidir cuál opción seguir, entre las diversas alternativas que se le presentan con relación a aquellos asuntos que le interesan. La obligación de garantizar el cumplimiento efectivo de

estos principios, implica fijar condiciones especiales para la manifestación del consentimiento en los casos en que la expresión libre y autónoma de la voluntad, con relación a un ámbito celosamente protegido por la Constitución Política, depende de poder hacerlo en determinada oportunidad, de acuerdo con un conjunto de conocimientos específicos o con base en el uso de ciertas habilidades. Por eso, en ocasiones, se exige que el consentimiento sea informado, es decir, apoyado en la información necesaria que le permita a la persona comprender el significado, el riesgo, el alcance y los efectos principales de su decisión.” Sobre el consentimiento informado igualmente consultar las sentencias SU-337 de 1999, T-1025 de 2002, T-510 de 2003 y T-653 de 2008. Así las cosas, en la diferenciación entre consentimiento orientado hacia el futuro, y consentimiento libre e informado, debe tenerse en cuenta que el primero constituye la excepción y el último la regla general; mientras en el primero existe una restricción al ejercicio de la autonomía personal, en el segundo ésta se ejerce de forma plena.

[9] T-248 de 2003.

[10] En efecto, en la sentencia T-243 de 2003 la Corte señaló que “la protección de la autonomía, demanda proteger el derecho a decidir sobre su propio cuerpo que, ante la ausencia de una real capacidad de decisión sobre la intención de convertirse en madre, no puede basarse en el prejuicio según el cual toda mujer desea, por razones biológicas, ser madre. De aceptarse esta tesis, nuevamente estaríamos frente a una pseudo – autonomía, determinada biológicamente. Es decir, la degradación de la persona la mera condición de ser humano en capacidad de reproducirse. Ante la posibilidad de llegar a semejante situación, no queda otra opción, a fin de brindar una protección efectiva a una persona en una situación de debilidad manifiesta y en aras de un respeto genuino por los derechos de la mujer, que el juez, en el proceso que para ese fin ha de iniciarse, pueda autorizar, si existen argumentos razonables (v.gr. seguridad personal), la práctica de la tubectomía a pesar de la ausencia de consentimiento previo.”

[11] Respecto a esta subregla decisional referente a la legitimación por activa, la Sala encuentra que los mismos requisitos resultan aplicables con mayor razón (a fortiori), al caso de mujeres menores en situación de discapacidad. De tal forma que, para acreditar la legitimación por activa en estos casos también se requiere: (i) la calidad de curador o representante derivada del proceso de interdicción; y (ii) la obtención de la debida

autorización judicial producto del adelantamiento del correspondiente proceso especial ante el juez competente. Respecto al argumento a fortiori, Giovanni Tarello señala que este se presenta cuando "(...) dado un enunciado normativo que predica una obligación u otra cualificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, debe concluirse que valga (que sea válido, que exista) otro enunciado que predique la misma cualificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentran en una situación tal que se merecen, con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la cualificación que el enunciado otorga a los primeros (...)." Al respecto, Cfr. Dorantes Díaz, Francisco Javier, "Algunos argumentos jurídicos especiales. La analogía y la abducción: Los argumentos 'a contrario' y 'a fortiori'", Alegatos, Universidad Autónoma de Madrid, 2012, Pp. 736-737.

[12] T-063 de 2012.

[13] Al respecto sostuvo la Corte en la referida sentencia: "la circunstancia de que no se hubiera adelantado el trámite judicial de discernimiento de la guarda ni la autorización prevista en la Ley 1412 de 2010, como quedó claramente expuesto en las consideraciones de esta providencia, son razones más que suficientes para concluir que el peticionario no se encuentra legitimado por activa, motivo por el cual no le corresponde al juez constitucional, en esta oportunidad, disponer la esterilización de la agenciada, procedimiento que, valga indicar, resulta altamente invasivo y que en caso de que sea autorizado sin mayores consideraciones, pone al descubierto una flagrante vulneración de los derechos fundamentales a la autonomía individual y a la dignidad humana." Cfr. T-063 de 2012.

[14] Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, "artículo 23: Respeto del hogar y de la familia // 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: // a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; // b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que

debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; // c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás. 2. // Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. // 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias. // 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. // 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.”

[15] Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, “artículo 25: Salud. // Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: // a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y

programas de salud pública dirigidos a la población; // b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; // c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales; // d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; // e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; // f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

[16] Constitución Política de Colombia, artículo 16: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”

[17] Ley 1412 de 2010, artículo 7°. “Prohibición. En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.”

[18] En la sentencia en comento la Corte explicó que la edad constituía una categoría semi-sospechosa de discriminación “cuando la ley impone edades máximas para el ejercicio de ciertos derechos o prerrogativas, ya que en estos casos la edad se convierte en un rasgo permanente de la persona del que esta no puede prescindir voluntariamente.”

[19] Sentencia C-131 de 2014.

[20] Sentencia T-492 de 2006.

[21] Cfr. Sentencia C-131 de 2014.

[22] Cfr. Sentencias C-774 de 2001, T-1319 de 2001, C-067 de 2003 y C-488 de 2009.

[23] Constitución Política de Colombia, artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. // El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. // La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

[24] Consultar entre otras las sentencias T-1635 de 2000, T-256 de 2000, C-774 de 2001, T-268 de 2003 y C-488 de 2009.

[25] Cfr. Sentencias C-750 de 2008, C-941 de 2010 y C-664 de 2013.

[26] Al respecto consultar las sentencias C-191 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-582 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-774 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

[27] Cfr. Sentencias T-568 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-010-00 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y C-067 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

[28] Consultar las sentencias T-568 de 1999 (MP: Carlos Gaviria Díaz) y C-038 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett). En la sentencia T-1319 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes) la Corte explicó el alcance de la expresión contenida en el artículo 93 de la constitucional, que dispone que los derechos y los deberes consagrados en la Carta "(...) se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Explicó entonces: "[e]llo obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas

características. Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales.”

[29] El principal instrumento internacional en la materia es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (CDPD), que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, ratificada por Colombia en 2009, aprobada mediante la Ley 1346 de 2009 y revisada por esta Corporación mediante la sentencia C-293 de 2010.

[30] Cfr. sentencias C-076 de 2006, T-644 de 1996, T-556 de 1998, T 134 de 2001, T-786 de 2002, T-065 de 1996, T-700 de 2002, C-531 de 2001, T 117 de 1995, T-473 de 2002, T-620 de 1999; T-513 de 1999; T-559 de 2001, T-288 de 1995, T-823 de 1999, T-595 de 2002, C-410 de 2001 y T- 1639 de 2000 y T-551 de 2011, entre otras.

[31] Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, Artículo 12: “IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY. // 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. // 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. // 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. // 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán

proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. // 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

[32] Convención aprobada mediante la Ley 1346 de julio 31 de 2009. De conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 45 de la Convención, este Instrumento Internacional entró en vigor para Colombia, el 10 de junio de 2011.

[33] Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, Artículo 35: Informes presentados por los Estados Partes // 1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate. // 2. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite. // 3. El Comité decidirá las directrices aplicables al contenido de los informes. // 4. El Estado Parte que haya presentado un informe inicial exhaustivo al Comité no tendrá que repetir, en sus informes ulteriores, la información previamente facilitada. Se invita a los Estados Partes a que, cuando preparen informes para el Comité, lo hagan mediante un procedimiento abierto y transparente y tengan en cuenta debidamente lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 de la presente Convención. // 5. En los informes se podrán indicar factores y dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la presente Convención.

[34] Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizado en el examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Octavo período de sesiones, Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012.

[35] Aprobada mediante la ley 51 del 2 de junio de 1981.

[36] Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 12: “// 1. 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. // 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

[38] Sobre el tema consultar el auto A-173 de 2014 de la Sala especial de seguimiento al cumplimiento de las órdenes emitidas en la sentencia T-025 de 2004.

[39] Derecho de petición presentado el 19 de diciembre de 2013 a la EPS Coomeva por parte del actor obrante a folio 6 del expediente de tutela.

[40] Auto admisorio de la acción de tutela instaurada por Ricardo Monsalve Zapata contra Coomeva EPS. Folio 7 del expediente de tutela.

[41] Comunicación CNSC_JA2572 del 12 de febrero de 2014 remitida por la Central Nacional de Servicio al Cliente de Coomeva al señor Ricardo Monsalve Zapata, aportada a folios 15 y 16 del expediente de tutela.

[42] Providencia judicial obrante a folios 19 a 24 del expediente de tutela.

[43] Ídem, folio 20.

[44] Ídem.

[45] Cfr. sentencia C-131 de 2014.

[46] Ídem.

[47] Como se señaló anteriormente, en el acervo probatorio obra la sentencia del 8 de agosto de 2013 del Juzgado 6º Civil de Familia de Medellín mediante la que se declaró la

interdicción judicial por discapacidad mental absoluta de la menor María José Monsalve Sánchez. En ella se relacionan tanto la calificación por el Médico Rodrigo Corrales Hernández, en la que se determinó que la menor “sí padece de SÍNDROME DOWN con RETARDO MENTAL MODERADO, con deterioro intelectual y cognitivo, que la convierten en una persona incapaz en forma total, permanente y absoluta para administrar y disponer de sus bienes y en tal sentido se impone la necesidad de nombrarse a alguien que asuma dichas funciones y además cuide de ella, quien por sus escasas herramientas intelectuales es incapaz de hacerlo”; como la historia clínica con fecha del 29 de noviembre de 2012, expedida por el médico psiquiatra Jorge Calle, en donde se afirma que “se da cuenta, que la menor MARÍA JOSÉ MONSALVE SÁNCHEZ, presenta RETARDO MENTAL MODERADO, no está en capacidad de auto determinarse, sexualidad conservada, pero debido al RETARDO MENTAL tiende a ‘seguir sus instintos’ por lo que considera que una ligadura de trompas sería beneficioso ya que ella no está en capacidad de ejercer una maternidad responsable.”

[48] Cfr. sentencia C-131 de 2014.

[49] Supra, síntesis de la jurisprudencia constitucional en materia de esterilización quirúrgica a menores de edad en situación de discapacidad.

[50] Sentencia C-131 de 2014.

[51] Supra, numeral 4 de los fundamentos de esta sentencia, “Estándares internacionales en materia de esterilización quirúrgica, en mujeres y menores de edad, en situación de discapacidad. Obligaciones en materia de garantía del derecho al consentimiento informado, la autonomía de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos de mujeres y menores en situación de discapacidad.”

[52] Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizado en el examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Octavo período de sesiones, Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012.

[53] Ídem.