



CONCEPTO 37 DE 2017

(abril 19)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

10400-133268

Bogotá D.C.

MEMORANDO

PARA: Defensora de Familia
Grupo de Asistencia Técnica
Regional ICBF Nariño

ASUNTO: Solicitud de concepto radicado bajo el No. 133268 del 16 de marzo de 2017.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 6o, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta, sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuál es la interpretación que se debe dar frente al consentimiento sustituto referido en la sentencia C-182/2016 y la procedencia de que los padres puedan determinar métodos como ligadura de trompas en los hijos menores de 14 años cuando padecen alguna afección mental?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordará el tema analizando: (2.1) Derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad, (2.2) Desarrollo jurisprudencial en materia de práctica de procedimientos de anticoncepción definitivos en personas con discapacidad mental y (2.3) El consentimiento Sustituto.

(2.1) Derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad

De conformidad con la Constitución Política de 1991, el Estado se encuentra obligado a implementar una política pública de previsión, rehabilitación e integración social para las personas con discapacidad,^[1] así mismo se reconoce que las personas en situación de discapacidad son sujetos de los mismos derechos de que son titulares las demás personas y que además debe reconocérseles una naturaleza especial en atención a sus particularidades,^[2] esto, en virtud del derecho a la igualdad, el cual de conformidad con la jurisprudencia constitucional, impone que cuando se trate de la población en condición de discapacidad, la garantía de este derecho exige un esfuerzo por parte del Estado para superar la marginación a la que pueden verse expuestas estas personas afectándose el goce efectivo de todos sus derechos.

Esta necesidad de asegurar la igualdad real y de propiciar la inclusión efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad, ha sido reiteradamente resaltada por la Corte,^[3] quien, en lo que respecta a las relaciones familiares y derechos sexuales y reproductivos de esta población, ha indicado que estos conceptos abarcan los derechos a (i) contraer matrimonio y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de las personas en situación de discapacidad, (ii) mantener su fertilidad en las mismas condiciones que las demás personas, (iii) decidir sobre el número de hijos y (iv) tener acceso a información sobre reproducción y planificación familiar.

En cuanto a los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a tener una familia de las personas con discapacidad, existe un sin número de sentencias de tutela a partir de las cuales la Corte Constitucional se ha trazado de manera clara y reiterada, el precedente a seguir en materia de esterilización quirúrgica y ha indicado el alcance del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad y de la representación de sus padres o representantes legales, quienes no pueden atribuirse la facultad de decidir sobre la esterilización definitiva de sus hijos a menos que se declare la interdicción, en caso de los mayores de edad o exista una autorización judicial cuando se trata de menores de edad. Lo anterior con el fin de proteger la autonomía de la persona con discapacidad así como el consentimiento orientado al futuro. En este sentido, la Corte Constitucional ha explicado:

"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.^[4] 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. (...).^[5]

Así las cosas, es claro que nuestro ordenamiento jurídico hace un amplio reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad física o mental, y que en lo que respecta a sus derechos sexuales y reproductivos, tienen la capacidad de ejercitarlos de manera directa y autónoma, con las previsiones definidas por la jurisprudencia constitucional, las cuales en determinadas circunstancias, permiten que sean sus padres o representantes legales quienes tomen decisiones sobre el ejercicio de los mismos, como por ejemplo, que sea practicada una esterilización definitiva.

(2.2) Desarrollo jurisprudencial en materia de práctica de procedimientos de anticoncepción definitivos en personas con discapacidad mental

La Corte Constitucional ha construido una consistente y sólida línea jurisprudencia en materia de *Esterilización Quirúrgica de personas en situación de discapacidad*, la cual se ha fundado bajo el presupuesto de 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 de 18 años o adultos en situación de discapacidad o judicialmente declarados interdictos: situación que solo podrá ser diferente, en los eventos en los que se haya declarado por autoridad judicial la interdicción de adultos, o se haya conseguido la autorización judicial para tal procedimiento, cuando se trate de niños, niñas y adolescentes. Atendiendo a esto, nos permitimos citar algunas de las decisiones más relevantes sobre esta materia:

En la sentencia **T-248 de 2003** la Corte revisó un caso en el que solicitaba la esterilización de una niña en situación de discapacidad. En este pronunciamiento se reiteró lo considerado 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 debía analizar 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*"; explicando que: en caso (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), 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. En caso (i), 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. Caso (ii), 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. Así las cosas, terminó advirtiendo: *"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 la sentencia **T-1019 de 2006** la Corte estudió nuevamente un caso de una menor de edad 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 exista certeza sobre la capacidad de la menor de edad para emitir un consentimiento futuro, razón por la que decidió proteger esta posibilidad, e indicó: *"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. Por tanto, 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."*

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 que 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 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 debido a que la menor de edad no era *"apta para ser madre de familia"*. Este fallo recogió las reglas jurisprudenciales sobre representación en materia de anticoncepción quirúrgica de personas con discapacidad y concluyó que:

"(i) la madre de una menor de edad tiene la obligación de obtener autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica que conlleve la esterilización definitiva de una mujer, proceso judicial en el que "debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones"; (ii) si se trata de una mujer mayor de edad, debe adelantarse previamente, en trámite judicial diferente al de la tutela, la interdicción de sus derechos, es

decir, el discernimiento de la guarda; y (iii) respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres, "salvo que resulte imposible -por ejemplo, por ausencia o abandono-".

Ahora bien, en materia de control de constitucionalidad, la Corte en la sentencia **C-131 de 2014** 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. En este fallo, se determinó que la prohibición de someter a los menores de edad 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 progenitura 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.^[6]

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 de edad en condición de discapacidad a los tratamientos de infertilización quirúrgica: (i) 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 de edad, y autorizada judicialmente; y (ii) cuando se trate de una discapacidad profunda o severa, 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.

(2.3) El consentimiento Sustituto

La Corte constitucional ^[7] ha manifestado lo siguiente del consentimiento sustituto *"De este modo, el análisis sobre la legitimidad del consentimiento sustituto es complejo y la línea divisoria entre éste y el consentimiento informado autónomo no es tajante ni demarcada. Entonces, debe considerarse en cada caso concreto cuál del consentimiento sustituto, teniendo en cuenta que los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional "no son categorías matemáticas sino conceptos indeterminados, cuya concreción en un caso específico puede estar sujeta a discusión.*

Como se advirtió, para los casos de personas en situación de discapacidad mental, la jurisprudencia ha exigido la autorización judicial para permitir el consentimiento sustituto

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

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

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

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

Como se puede ver la normas establece la exigencia de autorización judicial para que pueda practicarse un procedimiento de esterilización quirúrgico definitivo, para lo cual deberán atenderse los parámetros suficientemente definidos en la línea jurisprudencial que sobre la materia a construido la Corte Constitucional con el fin de salvaguardar al máximo el respeto por la autonomía de la persona en situación de discapacidad y minimizar la intromisión de los padres o representantes legales en este tipo de decisiones, los cuales pasamos a indicar:

1. Las personas en condición de discapacidad son sujetos plenos de derechos.
2. Gozan de derechos sexuales y reproductivos y del derecho a fundar una familia y de asumir la progenitura responsable, siempre que así lo quieran de manera libre e informada.
3. El Estado no solo está en la obligación de proteger a estas personas, sino que debe también disponer de todos los medios para que estas puedan gozar de sus derechos, comprender las implicaciones de las decisiones relativas a la sexualidad y a la familia y promover la eliminación de barreras para favorecer su inclusión plena en la sociedad.

4. La representación de las personas en condición de discapacidad no tiene un alcance ilimitado y debe siempre ser compatible con la autonomía de los representados la cual no equivale a la capacidad civil de los mismos.

5. Para la esterilización quirúrgica la jurisprudencia ha reiterado que:

--En caso de que exista la posibilidad de que el sujeto pueda otorgar su consentimiento futuro para dicha intervención, podrá resguardarse su derecho a decidir, evento en el cual deberá contarse con: (i) certificación de un grupo interdisciplinario en la que conste que la persona conoce y comprende las consecuencias de la intervención quirúrgica; (ii) concepto médico interdisciplinario que establezca que la operación es imprescindible para proteger su vida porque no exista otra alternativa; y (iii) se otorgue autorización judicial para garantizar el respeto de sus derechos, con especial énfasis en determinar la posibilidad para consentir o no el procedimiento médico.

--En caso de que se compruebe que el sujeto no puede dar su consentimiento, se deberá proceder así: (i) ambos padres, titulares de la patria potestad sobre los hijos, deberán presentar la solicitud, (ii) contar con certificación médica interdisciplinaria en la que conste que existe un grado profundo y severo de discapacidad que impide al sujeto otorgar consentimiento y (iii) tener autorización para realizar el procedimiento por el juez competente, quien en cada caso tomará la decisión que mejor salvaguarde los derechos.

3. CONCLUSIONES

Primera. La jurisprudencia ha establecido las pautas necesarias para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad, de manera que, la norma debe ser interpretada y ejecutada atendiendo tales postulados la cual tendrá diferente aplicación dependiente de la situación concreta y particular que presente.

Segunda: La Sentencia C-182 de 2016, es clara en indicar que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter **excepcional** y solo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga, es decir que la misma no admite interpretación alguna, se debe acatar y tener en cuenta lo allí establecido.

Es importante precisar que para futuras solicitudes de concepto ante esta Oficina, las mismas debe cumplirse con lo establecido en la Circular No 002 del enero de 2012 en el sentido de indicar: i) la exposición suscita del asunto y sus antecedentes más sobresalientes, ii) motivación de la dificultad que ofrezca la interpretación o aplicación de la norma o la necesidad de fijar su alcance y ; iii) cuando la solicitud de concepto provenga de una Dirección Regional, debe ser suscrita por el Director Regional o por el Coordinador Jurídico, con el pronunciamiento del Coordinador.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto^[8] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el

desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1 Artículo 47: El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará a atención especializada que requieran.

2 El artículo 13 de la Constitución Política establece la cláusula de igualdad de todas las personas en cuanto a derechos, protección y trato de las autoridades. Así mismo, señala la obligación del Estado de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y medidas a favor de grupos discriminados o marginados, en especial respecto de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

3 Sentencias de constitucionalidad tales como la C-293 de 2010, C-824 de 2011, C-765 de 2012, C-066 de 2013, entre otras.

4 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-610 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.

5 Corte Constitucional T-740 de 2014.

6 En la sentencia en comento la Corte explico 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”*.

7 Sentencia C-182 de 2016

9 “Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad.(...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio.” Corte Constitucional. Sentencia C - 877 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonel.

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.