

Honorable Magistrados y Magistradas
Corte Constitucional
Sala Plena
E. S. D.



Paola Gallo
4:40 pm.

Ref. Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 y solicitud de acumulación con la Demanda Radicado D-11007.
Despacho Magistrada Gloria Stella Ortiz

I. PRESENTACIÓN

ANDREA PARRA FONSECA, en calidad de directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, JUAN DAVID CAMACHO SANTOYO, MARÍA JOSÉ MONTOYA LARA y JUAN SEBASTIÁN JAIME PARDO, en calidad de asesores jurídicos de PAIIS y MARÍA ROCÍO VARGAS CARRASQUILLA en calidad de estudiante de PAIIS, mayores de edad, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en nuestra calidad de ciudadanos en ejercicio y haciendo uso de nuestros derechos y deberes ciudadanos consagrados en el numeral 6 del artículo 40, y en virtud del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, nos dirigimos ante ustedes de forma respetuosa con el fin de DEMANDAR LA CONSTITUCIONALIDAD del artículo 6º de la Ley 1412 de 2010.

El Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) se fundó en el año 2007 como una de las clínicas de derecho de interés público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes con el fin de generar conocimiento y acciones de incidencia legal y política para el avance de los derechos humanos, la igualdad y la inclusión social de personas pertenecientes a grupos históricamente marginados. Actualmente, PAIIS desarrolla acciones en favor de grupos y personas discriminadas en razón de su discapacidad, género, identidad de género u orientación sexual.

PAIIS desarrolla su trabajo a través de cinco tipos de estrategias de acción: Pedagogía en Derechos, apoyo técnico en diseño e implementación de políticas públicas, litigio estratégico y representación directa, investigación socio-jurídica y formación en la práctica de derecho de interés público de estudiantes de derecho.

Además, trabaja en red con la academia, entidades estatales y organizaciones asociativas de personas con discapacidad tanto en Colombia, como en otras partes de la región y del mundo.

II. NORMA ACUSADA

*“Ley 1412 de 2010
(Octubre 19)*

Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable.

(...)

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

III. COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer las demandas de constitucionalidad contra las leyes. Al respecto este artículo consagra:

“ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”

Esta demanda versa sobre los vicios de contenido material del artículo 6 de la Ley 1412 de 2010. En este sentido, en virtud del numeral 4 del artículo previamente citado la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda.

Adicionalmente se aclara que sobre el artículo demandado no opera la cosa juzgada constitucional pues aún no hay sentencia sobre la constitucionalidad del artículo demandado. Sin embargo, cabe anotar que actualmente se encuentra bajo consideración la demanda con Radicado D-11007 ante el despacho de la Magistrada Gloria Stella Ortiz que al igual que la presente demanda solicita que se declare la inconstitucionalidad del mismo artículo. Sin embargo, los argumentos presentados en dicha acción distan mucho de los que presentamos en esta acción. Por ello, solicitamos que se acumulen los dos procesos teniendo igual consideración por los argumentos aquí presentados.

IV. NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS.

El artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 vulnera los derechos contenidos en los artículos 1, 12, 13, 16, 42 inciso 9 y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, cuya primacía en el orden interno se consagra en el artículo 93 de la Constitución.

En el artículo 1 de la Constitución se definen los lineamientos y obligaciones generales de Colombia como un Estado Social de Derecho, dentro del cual se encuentra específicamente el respeto por la dignidad humana:

“ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” (Destacado fuera del texto)

El artículo 12 de la Constitución contiene la prohibición de tortura en contra de las personas:

“ARTICULO 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.” (Destacado fuera del texto)

En el artículo 13 de la Constitución se consagra el derecho a la igualdad, al respecto la Carta Constitucional dispone:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por

razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”
(Destacado fuera del texto)

Por su parte, el artículo 14 de la Constitución Política establece el derecho a la personalidad jurídica en los siguientes términos:

“ARTICULO 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

Por otro lado, en el artículo 16 de la Constitución se consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad:

“ARTICULO 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.” (Destacado fuera del texto)

El artículo 42 de la Constitución consagra el derecho a la familia como núcleo esencial de la sociedad:

“ARTICULO 42. Desarrollado parcialmente por la Ley 25 de 1992. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

(...)

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

(...).”(Destacado fuera del texto)

El artículo 44, por su parte, establece los derechos fundamentales de los niños y su prevalencia sobre los derechos de los demás, así:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”
(Destacados fuera de texto)

En el artículo 49 de la Carta, se encuentra establecido al derecho a la salud en los siguientes términos:

ARTICULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

(...)

Por último, el artículo 93 de la Constitución consagra la figura de bloque de constitucionalidad y la obligatoriedad de los tratados internacionales de protección de derechos humanos:

“ARTICULO 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.

(...)” (Destacado fuera del texto)

V. MODELOS DE DISCAPACIDAD Y CONTEXTO HISTÓRICO DE LA ESTERILIZACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PRÁCTICA EUGENÉSICA

Antes de proceder a detallar el concepto de la violación argumentado en la presente demanda, consideramos de gran importancia poner de conocimiento de la Corte un contexto histórico que pone de presente la manera en que las personas con discapacidad han sido sometidas de manera sistemática y generalizada a prácticas de esterilización forzada como mecanismo de materialización de prácticas y políticas eugenésicas en múltiples regímenes del mundo.

Como bien lo ha reconocido la Corte en su reciente jurisprudencia sobre la discriminación contra las personas con discapacidad, podemos hablar de tres modelos que han coexistido a lo largo de la historia y que hacen referencia a tres aproximaciones

conceptuales a la discapacidad: el modelo de prescindencia o asistencialista, el modelo médico y el modelo social¹.

Bajo el primer modelo, la discapacidad se concibe como un castigo o una maldición, un desvío de la naturaleza, generalmente atribuido a alguna actuación desviada de la madre². Así, una sociedad puede y debe prescindir de las personas con discapacidad porque no son útiles. Por tanto, las personas con discapacidad bajo este modelo, no son nada distinto a objetos de caridad y esta visión se traduce en políticas públicas orientadas a su segregación y aislamiento de la vida en sociedad; al uso de términos como “minusválido” (menos válido) o “inválido” (no-válido); a visiones primariamente inspiradas en la lástima.

La vida de las personas con discapacidad ha estado altamente influenciada y dirigida por conceptos científicos, médicos; se les concibe como personas que padece una deficiencia, una enfermedad, con causas biológicas; limitaciones que hacen que la persona no cumpla con ciertos estándares de normalidad³. Así, la respuesta principal ha sido la curación, la normalización, la institucionalización, la medicalización y la prevención; la impartición de terapias, medicamentos y cirugías sin importar la edad, contexto o voluntad de la persona⁴.

Bajo el modelo médico, que surgió, según Palacios, en el Siglo XIX, el indicado para diagnosticar la discapacidad y definir el valor de la persona era, y sigue siendo, el profesional médico. Este profesional era el que decidía si una persona podía o no pertenecer a la sociedad, si debía ser institucionalizada o incluso, si se debía prevenir su nacimiento o su reproducción⁵. Esta decisión implicaba la pérdida de las libertades y derechos fundamentales de la persona; según la autora, un claro ejemplo de lo anterior era la esterilización forzada de cientos de mujeres institucionalizadas. Como se lee en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana en el año 1927:

“Es mejor para todos, que en vez de esperar a justificar el crimen por nacimiento degenerativo, o dejarlos morir de hambre a causa de su imbecilidad, la sociedad pueda evitar a aquellos que se encuentren manifiestamente incapaces de continuar su especie. Tres generaciones de imbéciles son suficientes.”⁶

Como afirma Acevedo, la ley, bajo este modelo, analiza la sexualidad y la reproducción de las personas con discapacidad bajo argumentos médicos que varían desde un determinismo biológico y genético, hasta la regulación de quién es apto o no para reproducirse⁷. Resultando en medidas como la esterilización forzada, segregación e institucionalización de cientos de personas con discapacidad en diversos países⁸.

Por su parte, el modelo social de la discapacidad conceptualiza la discapacidad como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las características

¹ Ver sentencias C-066 de 11 de febrero de 2013, M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva; C-935 de 11 de diciembre de 2013, M. P. Dr. Alberto Rojas Ríos; T-139 de 14 de marzo de 2013, M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva; T-109 de 20 de febrero de 2012, M. P. Dra. María Victoria Calle; T-933 de 9 de diciembre de 2013, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

² PALACIOS Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Grupo Editorial CINCA, Madrid, 2008.

³ *Ibidem* Pg. 81

⁴ *Ibidem* Pg. 82

⁵ *Ibid.* Pg. 92

⁶ Caso de *Carrie Buck*, citado por SHAPIRO, J. En: *Ibid* Palacios. Pg 93.

⁷ ACEVEDO Natalia. *The medical discourse and the sterilization of people with disabilities in the United States, Canada and Colombia: From eugenics to the present*. Facultad de Derecho. Universidad de McGill, Montreal. Agosto de 2015 Pg. 6

⁸ KLINE Wendy, *Building a Better Race: Gender, Sexuality, and Eugenics from the Turn of the Century to the Baby Boom*. Universidad de California, Berkeley, 2001. En: *Ibid*, pg. 6.

funcionales de una persona y las barreras en su entorno⁹. Así, una sociedad que verdaderamente transversalice e incorpore esta conceptualización no tendrá ninguna política pública destinada a normalizar a las personas con discapacidad o a segregarlas sino a incluirlas en todos los aspectos de la vida en sociedad. Los recursos y las prácticas estarán orientados a la eliminación de barreras en el entorno de tipo físico, comunicacional y sobre todo, actitudinal.

En Estados Unidos, uno de los modelos eugenésicos que más predominó y que duró 50 años, la esterilización, institucionalización y segregación fueron permitidas legalmente para las personas con “deficiencia mental”. Esto, bajo argumentos peligrosistas, racistas, morales y sexistas¹⁰ predominantes durante el Siglo XX. La eugenesia era usada como una forma de mejorar la población, disminuyendo el número de personas con rasgos hereditarios no deseados¹¹. Era necesario entonces determinar quién era apto para reproducirse y esto se solucionó a través de exámenes mentales, estadísticas y clasificación por inteligencia y capacidad¹².

Además de la capacidad mental, controlar los principios morales era esencial dentro de la legislación reproductiva. La moral reproductiva era algo esencial para que una mujer pudiera tener hijos; los defectos morales y la promiscuidad eran criterios para medir la inteligencia y la capacidad mental de las mujeres¹³. No sólo las mujeres, debido a las tensiones raciales y de clase que se deban en el momento, se afirmaba que determinadas razas, etnias y clases tenía predisposiciones biológicas y genéticas frente a enfermedades mentales. Esto resultaba en la degradación social¹⁴. Se creía que invirtiendo en métodos eugenésicos, así como en educación que promovía la reproducción de las personas consideradas “normales”, la esterilización forzada o la institucionalización, se iban a reducir los costos en prevención del crimen y en la salud. Las cirugías de prevención de la reproducción no consentidas fueron una de las formas de eugenesia más comunes¹⁵. Se estima que cerca de 500.000 personas fueron esterilizadas forzosamente solo en California¹⁶.

Durante la Segunda Guerra Mundial, el movimiento eugenésico en Estados Unidos cuyos principios fueron adoptados por el nazismo, se vio forzado a cambiar su argumentación. Las esterilizaciones ya no se hacían por motivos de raza, clase o etnia, se hacían argumentando la restricción de la maternidad, como una forma de control de natalidad¹⁷.

En Canadá sucedió algo similar durante el Siglo XX, aunque en menor escala y sólo con medidas dirigidas a los inmigrantes¹⁸. Al igual que Estados Unidos, el movimiento eugenésico se basaba en la genética y tenía un carácter hereditario¹⁹. Curiosamente las organizaciones de mujeres, en búsqueda de la protección de la niñez y la prevención de enfermedades, estuvieron fuertemente ligadas a este movimiento. La llegada al país de los llamados dementes, prostitutas, criminales y personas defectuosas preocupaba a las organizaciones que, decidieron promover la aprobación de la esterilización como medida legal²⁰. Estas poblaciones indeseadas eran consideradas como deficientes mentales y por lo tanto no eran aptos para la reproducción²¹. Las revisiones médicas a las personas que inmigraban a Canadá se institucionalizaron como forma de prevenir que las personas

⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo (e) y art. 1

¹⁰ Ibidem g. 55

¹¹ Ibid pg. 56

¹² Ibid. Pg 58

¹³ CURREL Susan y COGDELL Christina. *Popular Eugenics. National Efficiency and American Mass Culture in the 1930s*. Universidad de Prensa de Ohio, Ohio 2006. En: Ibid

¹⁴ Op Cit. ACEVEDO. Pg. 60

¹⁵ Ibid. pg. 61

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid. Pg. 68

¹⁹ Ibid. Pg. 69

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid. Pg. 70

“defectuosas” entraran al país a través de la Ley de Inmigración de 1910²². Incluso, se promulgó la Ley de Inmigración de China para imponer barreras de entrada esta población y específicamente a las personas con discapacidad mental²³.

Además de esto, medidas de esterilización forzada e institucionalización fueron adoptadas. La primera se veía como la forma más humana de control pues permitía que las personas que no fueran mentalmente aptas pudieran vivir una vida regular sin el peligro de la reproducción y propagación de sus genes. De esta forma se promulgó la Ley de la Esterilización Sexual²⁴. Ésta, determinaba que una junta eugenésica compuesta por dos médicos y dos personas ajenas a las ciencias de la salud determinara si se debía hacer el procedimiento quirúrgico después de una entrevista con el paciente. Entrevista que duraba 15 minutos en promedio y en donde se aplicaban exámenes de inteligencia. Los principales candidatos eran los internos de los hospitales psiquiátricos, pues se corría el riesgo de que tuvieran hijos con discapacidad y se debía prevenir ese mal²⁵.

Colombia no ha sido ajena a este tipo de medidas. Al igual que otros países de Latinoamérica, el movimiento eugenésico se basó en ideologías racistas, de higiene y la prevención de la degeneración de la sociedad. Sin embargo, en el país no se institucionalizaron medidas tan claras o explícitas como en Norteamérica. La influencia de la Iglesia Católica, que se oponía a todas las formas de control de natalidad y al determinismo hereditario, tuvo un gran impacto en las esferas políticas y científicas del país²⁶.

Sin embargo, varios científicos se basaron en la teoría de la degeneración racial como una forma de explicar los problemas de pobreza y falta de progreso del país y se afirmó que se estaba pasando por una época de degeneración mental e intelectual²⁷. Sin embargo, las medidas adoptadas para enfrentar estos problemas se basaron en programas de educación, infraestructura en salud y normas de inmigración²⁸.

Así, en el país no se aprobaron leyes dirigidas específicamente a esterilizar o prevenir la reproducción de determinados tipos de población. Sin embargo, no hay evidencias de que no se realizaran este tipo de cirugías pues el sistema de salud no era público y dependía de comunidades religiosas y de la caridad. Por lo tanto, no había información oficial ni estadísticas relacionadas con el tema²⁹.

Incluso en la actualidad las cifras son inexactas e incompletas. PAIIS, como parte de un proyecto dirigido a materializar los derechos sexuales y reproductivos de mujeres con discapacidad, encontró que, no hay una obligación de reportar si las personas con discapacidad que han sido esterilizadas están bajo medida de interdicción ni quién consintió al procedimiento³⁰. Según respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social al derecho de petición enviado por PAIIS, entre 2009 y 2011 fueron esterilizadas quirúrgicamente 505 mujeres con discapacidad y 127 hombres³¹.

²² *The Immigration Act of 1910*, C, 1910. En: *Ibidem*

²³ Luke Kersten. “Canada passes “Chinese Immigration Act”, *Eugenics Archives*. Universidad de Alberta, 2010. En: *ibid*. Pg. 70

²⁴ *The Sexual Sterilization Act*, A, 1928. En: *ibid*. Pg. 71

²⁵ *Ibid*

²⁶ Carlos Ernesto Noguera, *Medicina y Política. Discurso médico y prácticas higiénicas durante la primera mitad del siglo XX en Colombia.*: Fondo Editorial Universidad EAFIT, Medellín, Colombia 2003. En: *ibid*. Pg. 82

²⁷ *Ibid*. Pg. 83

²⁸ *Ibid*.

²⁹ *Ibidem*. Pg. 96

³⁰ HERNÁNDEZ Beldys. JAIME Juan Sebastián. PARRA Andrea. *Capacidad jurídica, derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres con discapacidad intelectual y con discapacidad psicossocial en Colombia*. ASDOWN COLOMBIA, BRÚJULA COMUNICACIONES, FUNDAMENTAL COLOMBIA, PAIIS, Profamilia. Colombia. 2014

³¹ Derecho de petición presentado por PAIIS en el año 2012.

A través de nuestro trabajo en la prestación de servicios legales y educación comunitaria, hemos conocido de múltiples casos en que las personas con discapacidad, en su mayoría mujeres, son esterilizadas sin siquiera su conocimiento, procedimiento que en general solicitan sus familias por recomendación de un profesional de la salud o de una institución. Se recomienda con el pretexto de que la esterilización de las personas con discapacidad les protege contra el abuso sexual. Sin embargo esta afirmación es completamente falsa. De hecho, en países en donde hay estudios al respecto, se ha determinado que la esterilización es de hecho un factor que aumenta el riesgo de violencia sexual, que en la mayoría de los casos es cometida por alguien en el círculo de cuidado de la persona con discapacidad³². Adicionalmente, es importante anotar que respecto de ningún otro grupo social se sugiere la esterilización como medida para protegerla contra la violencia sexual y ello sería probablemente rechazado ampliamente. Sin embargo, que se considere aceptable respecto de las personas con discapacidad es solo un indicador del profundo prejuicio que permea nuestra conceptualización de la discapacidad.

Con lo anterior, la historia de la eugenesia evidencia que la legislación y la política pública han estado altamente permeadas por conceptos han sido considerados como científicos y por lo tanto objetivos. Sin embargo, son conceptos que han estado influenciados por la situación económica y social de cada país; por las creencias religiosas, la lucha de clases, la discriminación racial, situaciones coyunturales que llevan a cuestionarse la objetividad y los criterios para determinar la veracidad de los dictámenes médicos que establecen una necesidad médica para proceder con la esterilización solo con base en la discapacidad de una persona.

VI. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

1. Las violaciones a los derechos constitucionales enunciados deben construirse a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia del bloque de constitucionalidad en dos dimensiones. La primera es el reconocimiento del carácter vinculante de su contenido, es decir, de la incorporación de los tratados de derechos humanos y su estatus frente al ordenamiento interno. La segunda dimensión es su estatus como criterio hermenéutico para el control abstracto de constitucionalidad. En ese sentido, en la presente demanda no sólo se deben analizar las violaciones de tratados de derechos humanos, sino de la Constitución misma interpretada a la luz de estos.

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial clara en donde ha establecido, con fundamento en los artículos 54, 93 y 241 de la Constitución, que el texto de la misma no se limita a los 380 artículos que la componen, sino que se extiende a través de la noción de bloque de constitucionalidad, por lo cual se ha entendido que:

“[e]l control constitucional de una ley deberá verificarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones con carácter “supralegal” que tienen relevancia constitucional. En otras palabras, el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de Constitucionalidad. Por consiguiente, existen ocasiones en las cuales las normas que, por su naturaleza, se convierten en parámetros para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una ley, pueden integrar el bloque de constitucionalidad.”³³

³² MONTOYA Valentina, PARRA Andrea. *Modelo de respuesta estatal frente a casos de violencia sexual contra personas con discapacidad*. Universidad de los Andes- Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS). Bogotá, 2014. Pg. 12

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-582 de 1999. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

En esa medida, las disposiciones legales cuya constitucionalidad se impugna deben ser analizadas a través de parámetros tanto del texto constitucional como de aquellos instrumentos internacionales que comprenden el bloque de constitucionalidad, el cual, a su vez, cuenta con distintas modalidades, como lo expone la Corte en su jurisprudencia:

“Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional -bloque de constitucionalidad estricto sensu-, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control -bloque de constitucionalidad lato sensu-.

En este contexto, se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias.”³⁴ (Destacado fuera del texto)

Así, la Corte Constitucional ha logrado, a través de la figura del bloque de constitucionalidad, ampliar la protección de los derechos fundamentales y constitucionales haciendo uso de las herramientas jurídicas internacionales que demarcan la estandarización global de los mínimos legales que se entienden inherentes a las personas. Este desarrollo no ha sido desconocido por la doctrina, la cual ha afirmado que:

“[e]l uso específico del bloque de constitucionalidad en el ejercicio de la justicia constitucional, es no solo innegable sino evidente, hasta el punto de poder afirmar que en todos los casos constitucionales complejos relacionados con derechos fundamentales, la variable del bloque de constitucionalidad resulta determinante en la decisión final. Prueba de ello es la Sentencia C-370 de 2006, que examinó la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, sobre los beneficios a los paramilitares, donde la evaluación fue hecha desde los estándares de protección fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; o la Sentencia C-355 de 2006, sobre penalización del aborto, en la que la normativa internacional y las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resultaron también determinantes.”³⁵

Más aun, el bloque de constitucionalidad bien sea en su sentido estricto o lato, no comprende la totalidad de las herramientas hermenéuticas con las que cuenta el alto tribunal a la hora de interpretar las normas constitucionales, ya que dentro de estas se encuentran también las providencias emitidas por los tribunales internacionales, como lo dejó sentado la Corte en la anteriormente mencionada sentencia C-355 de 2006, cuando afirmó que:

“De conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato. La jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, la

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-200 de 2002. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

³⁵ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas. Ibañez, Bogotá, D.C., 2008. Pág. 104.

*Corte ha sido enfática en referirse a la jurisprudencia proveniente de instancias internacionales, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano.*³⁶ (Destacado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, en el desarrollo de la demanda se expondrá cómo el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 viola las distintas disposiciones constitucionales señaladas, teniendo como parámetro interpretativo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como los parámetros internacionales de interpretaciones de los derechos humanos contemplados en diversos instrumentos internacionales, pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

Esto se suma a la obligación estatal de control de convencionalidad dispuesto en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ratificada por Colombia, y que proscriben lo siguiente:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

En virtud de las anteriores obligaciones, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) ha desarrollado la figura de control de convencionalidad en los siguientes términos:

*“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”*³⁷
(Destacado fuera del texto).

³⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 de 2006, M. P.: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

³⁷CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párrafo 124.

Posición que ha sido ratificada y sostenida por la Corte IDH en su jurisprudencia como se muestra a continuación:

“219. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”³⁸ (Destacado fuera del texto)

En esta medida, y como corolario del desarrollo jurisprudencial antes anotado, se tiene entonces que la Corte Constitucional, en virtud del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, debe situar el análisis de los derechos vulnerados en el contexto de las obligaciones y los parámetros internacionales que se desarrollarán a lo largo de la demanda. De igual manera, el desconocimiento que hace el artículo 6º de la Ley 1412 de 2010 a dichos parámetros, desconocen la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno, y por ende es violatoria del artículo 93 de la Constitución Política.

2. Violación a la Dignidad Humana

El artículo 1º de la Constitución Política establece que

“Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. (Subrayado adicionado al texto original).

La dignidad humana constituye, entonces, uno de los pilares de la organización del Estado constitucional colombiano y fundamento necesario para el goce de los demás derechos que se reconocen a lo largo de la Constitución. Esta afirmación encuentra eco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando afirma que:

“[e]sta Sala no vacila en reconocer que la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información, es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial, a la vez, del Estado social de derecho en que se ha transformado hoy Colombia, por virtud de lo dispuesto en el artículo primero de la Carta de 1991.”³⁹ (Destacado fuera del texto)

La dignidad humana, conforme a la jurisprudencia que esta Corporación ha elaborado alrededor de la misma noción, ha sido desarrollada “desde el punto de vista del objeto de

³⁸ Corte INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rosendo Cantú y otros vs. México. Sentencia del 31 de Agosto de 2010. Párrafo 219.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-414 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón.

protección (i) y desde el punto de vista de la función de dicho enunciado normativo (ii)⁴⁰.

Desde el punto de vista de la dignidad humana como objeto de protección, la Corte Constitucional ha identificado en su jurisprudencia tres lineamientos principales:

“(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).”⁴¹

De esta manera, afirmamos que el artículo 6º de la Ley 1412 de 2010 es violatorio de la dignidad humana como derecho fundamental autónomo⁴² por atentar contra la dimensión de dicho derecho consistente en “vivir como se quiera” puesto que asume que las personas con discapacidad no tienen la posibilidad de ejercer esa dimensión del derecho.

Sin embargo, el cambio de paradigma que implica la ratificación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad exige que comprendamos que aún si una persona requiere los apoyos de otras personas para cumplir con tareas básicas en su vida, si no se comunica de manera verbal o requiere de apoyos cognitivos para comprender la información, no pierde su derecho a la dignidad en el aspecto de “vivir como se quiera”, pues todas las personas con discapacidad tienen derecho a tener un proyecto de vida propio.

Al tiempo, este artículo atenta contra la dignidad humana como principio constitucional⁴³, pues implica un incumplimiento del deber de abstención respecto del cuerpo de otros seres humanos, lo que degenera en últimas en un desconocimiento de la dignidad humana como base axiológica del ordenamiento nacional⁴⁴.

2.1 Dignidad Humana como Derecho Fundamental Autónomo.

Los derechos fundamentales como derechos individuales, es decir, como prerrogativas personales sujetas a su reclamo o tutela individual, implica el reconocimiento de un elemento (derecho) como esencial a la noción de humano. Así, “[e]l concepto antropológico o teológico de la persona humana, se traduce normativamente en los derechos fundamentales. Dicho en otras palabras, desde una perspectiva jurídica, la persona humana, depositaria de una dignidad, significa sus derechos fundamentales (o derechos humanos)”⁴⁵. Los derechos fundamentales constituyen, entonces, la contrapartida jurídica al reconocimiento de las cualidades intrínsecas de la humanidad.

La Corte Constitucional, de esta manera, ha reconocido que “[l]a dignidad (artículo 1o. Constitución Política) es un atributo de la persona y, en cuanto tal, todos tienen derecho a que sean tratados conforme a esa dimensión específicamente humana”⁴⁶. Es decir, reconoce como inherente a la cualidad humana su dignidad. Dicho reconocimiento

⁴⁰QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas. Ibañez, Bogotá, D.C., 2008. Pág. 75.

⁴¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-881 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

⁴²En relación con la dignidad humana como derecho fundamental autónomo, sentencias T-796 de 1998, M.P.: Hernando Herrera Vergara, T-170 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, T-888 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

⁴³En relación con la dignidad humana como principio constitucional, sentencias T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, T-461 de 1998, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra y T-958 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

⁴⁴En relación con la dignidad humana como valor constitucional, sentencias T-499 de 1992, T-011 de 1993 y T-338 de 1993, entre otras.

⁴⁵CASTILLO CORDOVA, Luis Fernando. Derechos fundamentales y procesos constitucionales. Grijley, Lima, 2008. Pág. 5.

⁴⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-124 de 1993, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

condujo al reconocimiento “de la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad”⁴⁷, reconocimiento que se ha cimentado a través de la extensa jurisprudencia que así ha reconocido a la dignidad como componente de la humanidad y, por ende, derecho fundamental.

2.2 Violación al Derecho a la Dignidad Humana como Derecho a “Vivir como Quiera”.

El reconocimiento de la dignidad como un derecho fundamental implicó, a su vez, el reconocimiento de distintas modalidades del mismo derecho. Así, una de las líneas jurisprudenciales que desarrollan la dignidad humana como objeto de protección hace especial énfasis en la relación entre dignidad humana y autonomía individual, éste es el derecho a “vivir como quiera”, el cual se traduce en un reconocimiento a la autonomía personal.

De esta forma, la Corte ha reconocido el ordenamiento jurídico colombiano como “un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica”⁴⁸, relacionando de manera directa la dignidad humana con la capacidad de autodeterminación de la vida propia. Este reconocimiento de la autonomía individual como dimensión del derecho a la dignidad humana encuentra asidero en varias sentencias de la misma Corporación⁴⁹, pues de la capacidad de determinarse a sí mismo en sus decisiones se extrae el reconocimiento del otro como persona.

Esta presuposición de la autodeterminación como elemento de la dignidad humana es especialmente cierto en materia médica, pues:

“[e]l principio general es que el médico, en un Estado social de derecho, debe contar con el consentimiento informado de su paciente para adelantar tratamientos terapéuticos, ya que éstos pueden afectar la dignidad humana de éste último. Esto significa que la labor médica no puede orientarse únicamente por la búsqueda de resultados que la ciencia médica considere óptimos, sino que debe respetar la dignidad y la autonomía de los pacientes, tal y como esta Corte ya lo ha reconocido en diversos fallos.”⁵⁰ (Destacado fuera del texto).

De esta manera, la subrogación de la autonomía de la persona con discapacidad a cualquier otra persona, en este caso su tutor y al juez, constituye una violación a la autonomía como dimensión del derecho a la dignidad humana, por tanto implica desconocer por completo la capacidad de autodeterminación que, en sentido de la Corte Constitucional, implica el reconocimiento mismo de la persona como sujeto y contrapartida de sus derechos fundamentales.

Este reconocimiento a la vitalidad de la autonomía como expresión de la dignidad, es especialmente cierto para las personas con discapacidad cognitiva, a quienes históricamente se les ha desconocido su derecho a la autonomía, al punto que es reconocido en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) dentro del literal n) del preámbulo de la siguiente manera:

“n) Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones,”

⁴⁷CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-477 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁸CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁹En relación con el reconocimiento de la autonomía individual como dimensión del derecho a la dignidad, sentencias T-472 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, C-239 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-461 de 1998, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

⁵⁰CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-477 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

De la misma forma, la dignidad y la autonomía toman tal importancia en materia de los derechos de las personas con discapacidad, que son parte igualmente de los principios generales de la CDPD, como se desprende del artículo tercero de la misma:

“Artículo 3

Principios generales

Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;”

En otras palabras, la subrogación de la autonomía de las personas con discapacidad, como resultado de la aplicación del artículo 6° de la Ley 1412 de 2010, es un desconocimiento implícito de la autonomía mínima de una persona con discapacidad y, por tanto, un desconocimiento de la dimensión de la dignidad humana comprendida como la autodeterminación, es este caso, de su capacidad reproductiva.

2.3 Violación al Principio de la Dignidad Humana.

Entender la dignidad humana como principio constitucional acarrea entender el respeto por la dignidad humana como *“deber positivo del Estado, como mandato de optimización”*⁵¹. De esta manera, las acciones del Estado, y de manera subsecuente su normatividad, deben propender por la realización de los principios constitucionales que se convierten en verdaderos mandatos de optimización ya que *“el orden jurídico es un desarrollo de las exigencias regulativas de la Constitución”*⁵².

El reconocimiento de la dignidad humana como principio, y consecuentemente como mandato de optimización, dentro del ordenamiento nacional ha sido adoptado por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, así:

*“El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ético(sic) sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (...). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como ‘vida plena’.”*⁵³

Lo anterior implica que el Estado, a través de todas las ramas del poder público, está en la obligación de maximizar y materializar la capacidad humana como expresión del principio de la dignidad humana, esto es, llevar a cabo acciones positivas que propendan por desarrollar los postulados mínimos que componen este principio. De esta forma, siendo la autonomía una de las dimensiones subjetivas del derecho a la dignidad humana, como se expuso anteriormente, el principio de la dignidad humana impone en cabeza del Estado la obligación de actuar de tal manera que permita y fomente la autonomía de las personas como expresión de su dignidad.

Cuando el Estado, entonces, en vez de propugnar por la autonomía de las personas, abroga el consentimiento de las personas con discapacidad cognitiva, el cual constituye la expresión básica de la autonomía personal, no sólo obvia el mandato de optimización contenido en el principio de la dignidad humana, sino que lo viola de manera directa al impedir el ejercicio de la dignidad humana como derecho. Más aún, cuando los procedimientos sobre los cuales recae la sustitución del consentimiento son procedimientos que modifican de manera permanente el cuerpo de las personas con discapacidad, y siendo el cuerpo propio un especial ámbito de la identidad y, por ende, de

⁵¹QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas. Ibañez, Bogotá, D.C., 2009. Pág. 88.

⁵²AGUILÓ, REGLA, Josep. La constitución del estado constitucional. Temis, Bogotá, D.C., 2008. Pág. 56

⁵³CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-499 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

la determinación autónoma de las personas, mayor invasión a la individualidad y dignidad de las personas se extrae de la norma demandada.

3. Violación del Derecho a la Igualdad.

El derecho a la igualdad, en su expresión más básica, implica una prohibición constitucional a la discriminación y un correlativo derecho a la igualdad de trato. Esto, sin embargo, no impide el tratamiento desigual o diferenciado de personas o grupos poblacionales en donde las situaciones de hecho generen la necesidad de una diferenciación que permita materializar el derecho objetivo a la igualdad, en contraposición a una simple enunciación formal de este derecho. Así ha sido establecido por la jurisprudencia de la Corte cuando ha afirmado que:

“La igualdad de las personas ante la ley, a fin de recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, no puede estar sujeta a razones de diferenciación relativas al sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, proscritas en el ordenamiento superior por carecer de ese sustento razonable. Sin embargo, lo anterior no significa que el Estado para dar cumplimiento al cometido que le impone la misma Carta Política (art. 13), no pueda generar en una circunstancia específica una diferenciación de trato basada en esas condiciones, a fin de promover que la igualdad se produzca en forma real y efectiva, en armonía con los mandatos superiores, en la medida en que persiga un objetivo constitucionalmente válido.”⁵⁴

En esta medida, la Corte ha entendido que la igualdad, como principio y como derecho, implica una comprensión amplia del derecho al trato igualitario que trae como corolario la necesidad de justificar los tratos diferenciados. Así, el mismo artículo 13 de la constitución trae en su inciso segundo y tercero salvedades a la concepción clásica de la igualdad, referenciando dos tipos de tratos diferenciados que son constitucionalmente válidos: la adopción de acciones afirmativas contemplada en el inciso segundo y la protección a personas en circunstancia de debilidad manifiesta.

Esta relación entre igualdad y discriminación tiene además un importante asidero en el ámbito del derecho internacional, que ha resaltado la importancia del derecho a la igualdad y no discriminación, al punto que la Corte IDH ha establecido que éste configura una norma de ius cogens, como se muestra en la opinión consultiva OC 18 de 2003 de esta corporación:

“100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-079 de 1999, M.P.: Martha Sábica Méndez.

negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.”⁵⁵ (Destacado fuera del texto).

De igual manera, esta posición ha sido sostenida por la misma Corte en su jurisprudencia, dentro de las cuales se destaca la sentencia del caso Atala Riffo, en donde se afirmó:

“79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”⁵⁶

3.1 La Discapacidad como Barrera Social y No como Debilidad Manifiesta.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en materia relacionada con los derechos sexuales y reproductivos de personas con discapacidad cognitiva, ha girado en torno a la noción de la protección de personas en circunstancia de debilidad manifiesta. Así, la extensa jurisprudencia de la Corte en materia de esterilización ha fundamentado el tratamiento diferenciado a las personas con discapacidad cognitiva sobre las bases del mandato de protección especial contenido en el inciso tercero del artículo 13 de la Constitución⁵⁷.

Sin embargo, dicha fundamentación responde a una incorrecta concepción de la discapacidad, que presupone que la discapacidad es algo inherente a la persona y no una consecuencia de las barreras culturales, comunicativas y comportamentales de la sociedad frente a las personas con discapacidad tal y como se concibe en el modelo social de la discapacidad arriba referenciado. Así, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el literal “e” del preámbulo reconoce que:

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-18/2003, de 17 de Septiembre de 2003, “Condición jurídica y derecho de los migrantes indocumentados”.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Atala Riffo vs. Chile. Sentencia del 24 de Febrero de 2012. Párrafo 79.

⁵⁷ En relación con este tipo de argumentación, Sentencia T-248 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia T-850 de 2002, M. P. Rogrigo Escobar Gil; Sentencia T-492 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otros.

“la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” (Destacado fuera del texto),

Es decir, la discapacidad no es una condición propia de las personas con discapacidad, sino el efecto de la interacción entre dichas personas y el entorno.

Este entendimiento de la discapacidad como resultado de la interacción con las barreras que impone la sociedad, ha sido denominado el modelo social de discapacidad, y ha sido igualmente reconocido como el método interpretativo adecuado a la hora de abordar temas relativos a los derechos de las personas con discapacidad por la Corte IDH, como se muestra en el caso Furlán vs. Argentina:

“133. Al respecto, la Corte observa que en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas.

(...)

135. Asimismo, la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación.”⁵⁸ (Destacado fuera del texto).

Así, la discapacidad no es una situación que se sitúe en el ámbito de la protección especial del inciso tercero del artículo 13, pues no se trata de una condición de debilidad manifiesta, sino que se trata de los efectos de una discriminación histórica hacia un grupo poblacional específico, cual es aquellas personas con diversidades funcionales que se enfrentan a una serie de barreras sociales que impiden su participación plena en la sociedad.

La misma Corte Constitucional ha reconocido, en otros ámbitos distintos a los derechos sexuales y reproductivos, que la población de personas con discapacidad se enmarca dentro de aquellas que han sido históricamente discriminadas y marginadas. Así, esta corporación ha manifestado:

“Las personas que se encuentran en alguna circunstancia de discapacidad pertenecen a una población históricamente invisibilizada y excluida, debido a la falsa idea de que no pueden realizar aportes a la sociedad. Ésta puede ser una razón que explique su baja o casi inexistente participación en ámbitos de la vida pública, en particular, en el sistema público educativo. A lo anterior se suman los sentimientos de vergüenza, lástima, incomodidad por compartir los mismos espacios con personas con diferentes

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Furlan vs Argentina. Sentencia del 31 de Agosto de 2012. Párrafos 133 y 135.

discapacidades, ignorancia, prejuicios, etc., que ahondan aún más la indiferencia y la marginación a la que ha sido sometida esta población durante siglos. Debido a la exclusión social que ha tenido que soportar injustificadamente esta población, aunque tardíamente, han surgido grupos organizados de personas en situación de discapacidad y diferentes organizaciones en el mundo que se han comprometido con la defensa de sus derechos, lo cual se ha expresado en diferentes instrumentos internacionales y otros documentos con fuerza jurídica a través de los cuales se les exige a los Estados el reconocimiento de todas las garantías de esta población como plenos sujetos de derechos.”⁵⁹ (Destacado fuera del texto).

De manera correlativa, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 5° establece el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en los siguientes términos:

*“Artículo 5o
Igualdad y no discriminación*

- 1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.*
- 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.*
- 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.*
- 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.”*

La noción de igualdad que trae la CDPD, en particular lo relacionado con los numerales 3° y 4°, deja ver cuales son los criterios de diferenciación admisibles y no discriminatorias en relación con las personas con discapacidad. Así, los tratos diferenciados conforme a la CDPD son aquellos relacionados con la realización de ajustes razonables, entendidos estos según la misma convención 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.”⁶⁰

Igualmente, no son discriminatorias las medidas que pretenden lograr la igualdad de las personas con discapacidad, conforme a lo establecido en el numeral 4° del artículo 5° de la CDPD, previamente citado. Ambas opciones, entonces, se sitúan, no en el ámbito de la diferenciación en razón a una protección especial del estado, sino en la necesidad de adoptar acciones afirmativas que permitan materializar la igualdad material.

Esta diferenciación entre los dos formas de trato diferenciado incluidos en el artículo 13 de la Constitución no es sutil ni superflua. Mientras que la noción de protección especial inmersa en el inciso segundo del artículo 13 acarrea la idea de debilidad de la persona con

⁵⁹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-551 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁶⁰Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2°.

discapacidad, acompañada de políticas y nociones paternalistas y asistencialistas que maximizan y ahondan los prejuicios frente a la población de personas con discapacidad, la noción de promoción de acciones afirmativas implícita en el inciso tercero del mismo artículo reconoce la necesidad de promover condiciones de igualdad para poblaciones históricamente discriminadas.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, erraba al entender el trato diferenciado desde la óptica de una especial protección para las personas con discapacidad, al referenciar que “[e]sta protección resulta exigible especialmente tratándose de “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” (C.N. art. 13 inc. 3º)”⁶¹. Dicha diferenciación debe entenderse, y su admisibilidad sujetarse a que responda a una medida de acción afirmativa que pretenda lograr el goce efectivo de los derechos de una población históricamente discriminada. Esto debe ser compatible con el inciso segundo del artículo 13 de la Constitución, por lo cual dicha diferenciación no puede redundar en la adopción de políticas paternalistas que supriman o minimicen la autonomía y libertad de las personas con discapacidad, sino en ajustes razonables que logren eliminar las barreras que impiden el efectivo goce de los derechos de autonomía y libertad de las personas con discapacidad.

3.2 Test estricto de igualdad del artículo 6º de la Ley 1412 de 2010.

Con base en lo anterior, se debe determinar si el trato diferenciado que trae el artículo 6º de la Ley 1412 de 2010 se trata de una diferencia de trato constitucionalmente justificada, a la luz del inciso segundo del artículo 13º de la Constitución o si, por el contrario, se trata de un trato discriminatorio y, por ende, contrario a la Carta Magna.

Así, se hace necesario aplicar un juicio integrado de igualdad para determinar la constitucionalidad de la diferenciación referida al artículo demandado. En términos de esta misma corporación,

“[el]juicio integrado de proporcionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los tests de distinta intensidad estadounidenses, implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad.”⁶²

En este orden de ideas, se hace imperativo determinar el grado de intensidad con el cual se debe realizar el análisis de igualdad de la norma demandada.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado, en relación con dicho tema, lo siguiente:

“En el control de constitucionalidad la Corte aplica, por lo general, un test leve de razonabilidad en examen de una medida legislativa.

(...)

Aunque el test de razonabilidad leve es el ordinario, cuando existen razones de peso que ameriten un control más estricto se ha aumentado su intensidad al evaluar la constitucionalidad de una medida. En principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la

⁶¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-850 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁶²CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093 de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad.

Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.⁶³ (Destacado fuera del texto)

Siguiendo entonces los parámetros establecidos por esta corporación en relación con la graduación del análisis de igualdad aplicable al caso actual, se tiene que, por tratarse de una diferenciación que se hace frente a un grupo históricamente discriminado, cual es el caso de las personas con discapacidad, como ha sido reconocido por la misma Corte Constitucional en jurisprudencia previamente relacionada, se deriva que el grado de intensidad aplicable al artículo 6º de la Ley 1412 de 2010 es aquel aplicado a un test estricto de razonabilidad.

Así, los elementos que componen dicho test son; (i) el fin de la medida sea imperioso, (ii) la necesidad de la medida y (iii) un juicio de proporcionalidad estricto.

Frente al primero de estos criterios, la Corte indica que el “*fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso*”⁶⁴, esto es, califica el nivel de legitimidad e importancia de la finalidad que persigue la diferenciación realizada. Así, si la finalidad prevista por el legislador frente a la diferenciación de trato establecido en la norma demandada redundaba en la protección especial a las personas con discapacidad, se podría considerar un trato legítimo e importante desde la perspectiva de la discapacidad como un agente de minusvalía de las personas.

Sin embargo, dicha concepción, como se anotó con anterioridad, es errada, pues no solo mantiene y perpetúa los estereotipos que se han construido históricamente frente a la población de personas con discapacidad, sino que además no atiende a una realidad reconocida por la Corte Constitucional en otras instancias y reafirmada por la CDPD y relativa al modelo social de discapacidad, según el cual la discapacidad es el resultado de la interacción de las personas con diversidades funcionales y un entorno hostil.

En esa medida, la protección especial incorporada en el inciso 3º del artículo 13 constitucional ya no puede ser entendida como parámetro de legitimidad de las políticas públicas dirigidas a las personas con discapacidad, sino que ésta debe ser entendida bajo

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-673 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁴ Ibid.

la idea de acciones afirmativas que busquen derrotar las barreras sociales que generan la discapacidad.

Precisamente bajo dicho presupuesto erróneo, se ha entendido tradicionalmente que la esterilización es una medida de protección para las personas con discapacidad, pero en realidad se trata de medidas eugenésicas que violan los derechos a la intimidad, a la autonomía, a los derechos sexuales y reproductivos y, en la medida en que la esterilización está fundamentada en la discapacidad misma, violan el derecho a la igualdad y no discriminación. Así, no puede entenderse como constitucionalmente legítima una medida paternalista o asistencialista frente a la población con discapacidad pues resulta contraproducente en la materialización de la igualdad por la cual debe propugnarse el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, se debe analizar la necesidad de la medida, entendida esta como que el *“medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo”*⁶⁵. El medio, entonces, sobre el cual debe recaer el análisis de necesidad puede ser entendido, bien como el mecanismo de sustitución de la personalidad jurídica, o bien como el mecanismo de esterilización. Frente al primero, no puede entenderse bajo ningún parámetro que un mecanismo de sustracción de la personalidad jurídica sea un mecanismo adecuado, en tanto representa en sí mismo la violación a un derecho humano reconocido en los instrumentos de derecho internacional y que, conforme a lo relacionado en el acápite relativo al derecho a la personalidad jurídica, hace parte íntegra de la Constitución Nacional por vía del bloque de constitucionalidad stricto sensu. Así, no puede predicarse ningún grado de adecuación, mucho menos de necesidad, en un medio que implica la anulación de un derecho fundamental inherente a las personas, más aún cuando está dirigida hacia un grupo poblacional históricamente discriminado.

Si se toma, en cambio, que el medio sobre el cual recae el análisis de necesidad no es el mecanismo de sustitución de la capacidad, sino el mecanismo anticonceptivo de esterilización forzosa, entonces resulta también inadmisibles en relación con el criterio de necesidad, pues las cirugías de ligaduras de trompa de Falopio y de vasectomía consisten, precisamente, en procedimientos quirúrgicos irreversibles. Lo anterior implica que, tanto el procedimiento, por tratarse de una cirugía invasiva, como el resultado, cual es la incapacidad permanente de procrear, son precisamente los medios más lesivos posibles, en contraposición a la exigencia derivada del criterio de necesidad que reclama el uso del medio menos lesivo. Es decir, de todos los posibles métodos anticonceptivos, el más lesivo es precisamente aquel que es irreversible. De igual manera, resulta también siendo más lesiva en la medida en que, en tanto supone la negación de su capacidad para decidir sobre la propia autonomía reproductiva, afecta una serie de diferentes dimensiones de sus derechos a la sexualidad, como son los de recibir información veraz y completa sobre las consecuencias de el procedimiento, lo que se traduce en una vulneración simultánea de varios derechos constitucionales.

Por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto exige *“que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.”*⁶⁶. Los beneficios que persigue la medida diferenciadora, según el informe de ponencia de segundo debate del proyecto de ley, consisten en que *“[e]stos mecanismos tienen la finalidad de proteger en mayor grado los derechos de quien no tiene la facultad de autodeterminarse.”*⁶⁷ Es decir, la finalidad que persigue la diferenciación radica en proteger unos derechos que, en el marco de los informes de ponencias, no se especifican. Por el contrario, la noción de protección, en particular frente a la población con discapacidad, se transforma en una especie de mantra

⁶⁵Ibid.

⁶⁶Ibid.

⁶⁷Informe de Ponencia de Segundo Debate Proyecto de Ley 50 de 2007 Senado, disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=050&p_consec=18679#_ftn11

que se repite incesantemente como justificación a los tratos y las políticas, en oportunidades segregacionistas, en otras eugenésicas como es el caso de la esterilización forzada. Así, estudios realizados en Estados Unidos muestran que, contrario a la percepción generalizada, la mayoría de las personas con discapacidad cognitiva que fueron sometidos a este tipo de procedimientos rechazaron la cirugía posteriormente. Igualmente se notó en el estudio que una vez las personas se casaban, su percepción sobre los beneficios de la cirugía anticonceptiva cambiaba⁶⁸. Todo esto apunta, entonces, a desvirtuar las falsas nociones existentes frente a supuestos “beneficios” de las esterilizaciones sin consentimiento, las cuales realmente afectan de manera permanente los proyectos de vida de las personas con discapacidad.

Aún así, los objetivos que persigue la medida, ambiguos como lo son, no pueden llegar a exceder, mucho menos de manera clara, las restricciones impuestas a principios y valores constitucionales como la dignidad humana, la cual, como se señaló con anterioridad en el acápite relativo a dicho principio, funge como axioma de la totalidad del ordenamiento jurídico nacional. Más aun, no puede predicarse tampoco una beneficio que exceda el quebranto de normas de *ius cogens* como las reseñadas anteriormente. En últimas, la medida sacrifica derechos, valores y principios, de mayor rango constitucional que aquellos que pretende proteger.

Todo lo anterior conduce a determinar la falta de razonabilidad constitucional suficiente para justificar el trato diferenciado que trae el artículo 6° de la Ley 1412 de 2010 frente a un grupo poblacional históricamente discriminado, por lo que dicha norma viola el derecho a la igualdad comprendido en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991.

Esta vulneración al derecho a la igualdad se evidencia, aún en mayor grado, cuando se tiene de presente que a las personas con discapacidad cognitiva es al único grupo poblacional al cual se le hace un examen *ex ante* de su idoneidad y suficiencia en relación con su maternidad o paternidad, como lo ha hecho la Corte Constitucional en su jurisprudencia relativa a las cirugías anticonceptivas de personas con discapacidad, cuando ha afirmado:

“Por el contrario, alguien que no está en posibilidad de comprender en qué consiste y cuales son las consecuencias de la operación de esterilización, como en el caso de discapacidades mentales severas y profundas, difícilmente estará en capacidad de asumir la responsabilidad de la maternidad o de la paternidad porque no comprende las implicaciones de poder o no procrear.”⁶⁹

Así, esta serie de diferenciaciones injustificadas configuran una discriminación estructural que violenta el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

4. Violación al Derecho a la Personalidad Jurídica.

La personalidad jurídica cobra especial relevancia para el análisis de constitucionalidad del artículo 6° de la Ley 1412 de 2010, en tanto el procedimiento establecido en este artículo, presupone la existencia de una sentencia de interdicción, lo que conlleva a que sea el representante legal quien otorgue el consentimiento para la realización del procedimiento de esterilización. Así, la interdicción como mecanismo de supresión de la capacidad jurídica, hace imperativo que se analice el derecho a la personalidad jurídica en el marco de los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En el ámbito del derecho nacional, la Corte ha generado una jurisprudencia que reconoce la importancia del derecho a la personalidad jurídica, particularmente en aquellos grupos poblacionales que han sido históricamente discriminados, y cuya limitación a este

⁶⁸Roos, P. (1975). Psychological Impact of Sterilization on the Individual. *Law & Psychology Review*, 45, 45-56.

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-131 de 2014, M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

derecho comprende acciones incompatibles con el Estado Social de Derecho promulgado por la Constitución Política. Así, esta corporación ha expresado lo siguiente:

“El derecho a la personalidad jurídica reconocido a toda persona postula, como se ha dicho, una radical reivindicación del principio de igualdad jurídica, y se endereza a hacer de todo miembro de la sociedad - independientemente de su raza, sexo, edad y condición- un sujeto dotado de capacidad jurídica e inmune a la degradación legal de su indisputada personalidad, lo que no fue así históricamente en la sociedad esclavista y en los oprobiosos regímenes totalitarios de este siglo. Del mismo modo el derecho fundamental a la personalidad jurídica no se concilia con las limitaciones generales a la capacidad general y la consagración de incapacidades especiales que en cierta época se predicaron de la mujer casada y de los hijos extramatrimoniales.”⁷⁰ (Destacado fuera del texto).

En este sentido, el derecho a la personalidad jurídica funge como mecanismo protector de las poblaciones marginadas y discriminadas, contra quienes la limitación de éste derecho coraprende un desconocimiento al mismo principio de igualdad, fundamento axiológico del ordenamiento jurídico.

En relación al ámbito internacional, el derecho a la capacidad jurídica está consagrado en artículo 3 la CADH. Al respecto dicho artículo consagra:

*“Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica
Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”*

Este derecho recobra tal nivel de importancia, que es precisamente de aquellos que se entienden incorporados al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, ya que no se pueden suspender en estado de excepción como se desprende del artículo 27 de la CADH, la cual dice:

“Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.” (Destacado fuera del texto).

Este derecho a la personalidad jurídica ha sido entendido la Corte IDH como:

“188. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos

⁷⁰CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-496 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

de que se trate, y si los puede ejercer. La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones, y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de los mismos por parte del Estado o de particulares.

189. Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.”⁷¹ (Destacado fuera del texto)

La anterior definición ha sido reiterada por la Corte en sus pronunciamos, como en el caso Anzulado Castro vs Perú de la siguiente forma:

“88. Este derecho representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer, por lo que desconocer aquel reconocimiento hace al individuo vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares.”⁷²

De acuerdo a los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales es clara la protección general del derecho a la personalidad jurídica y las consecuentes obligaciones de los Estados de procurar su ejercicio libre e igualitario. Especialmente, cuando se trata de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados, tal como ha sido el caso de la población de personas con discapacidad, el derecho a la capacidad jurídica y el correlativo deber de protección de este derecho se entiende de manera amplia⁷³ y, por lo tanto, los Estados deben asegurar las condiciones jurídicas y administrativas que procuren su ejercicio en igualdad de condiciones a las demás personas.

Frente al derecho a la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, la CDPD desarrolla de manera particular este derecho a través del artículo 12, el cual consagra:

“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*

⁷¹CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Párr. 188 y 189.

⁷²CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Anzulado Castro vs Perú. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Párr. 88

⁷³CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Anzulado Castro vs Perú. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Párr. 89

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.” (Destacado fuera del texto)

De este artículo se desprende que, desde el enfoque del modelo social de discapacidad, las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones a las demás personas. Por esto, la CDPD supone que los procesos de sustitución de la voluntad son *per se* violatorios de derechos humanos, motivo por el cual aboga por un sistema de toma de decisiones con apoyo⁷⁴ en contraposición a los procesos de subrogación de la capacidad, como lo es la interdicción.

La evolución y rechazo de estos procesos, resultante de la incorporación interpretativa del artículo 12 de la CDPD, ha sido acogida incluso por la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS). Así, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) realizó la “*Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, en respecto concluyó:

“Que el artículo 12 de la Convención sobre reconocimiento de la personalidad jurídica, y de la capacidad jurídica y de obrar reviste un carácter central en la estructura del tratado, por su valor instrumental para el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y su significación en el proceso de transformación de la legislación interna (de fondo y de forma, civil y penal) y que la mayoría de los países miembros de la OEA han suscripto la Convención de Naciones Unidas;

Por este motivo, y en el marco del artículo 4.1 inciso a) y b) citado y con la finalidad de aplicar adecuadamente la Convención una de las primeras medidas que deben adoptar los Estados es el necesario examen a fondo de la legislación y de las políticas nacionales locales, a la luz del instrumento ratificado, que habrá de considerarse no sólo artículo por artículo sino

⁷⁴Art. 12.3 de la CDPD y Documentos temático CommDH/IssuePaper(2012)2 . Publicados por el Comisario para los Derechos Humanos. ¿QUIÉN DEBE DECIDIR?. Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Estrasburgo, 20 de febrero de 2012. Disponible: http://www.sindromedown.net/adjuntos/cTexto/109_1_quiendebe_0.pdf ; De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad Manual para parlamentarios sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo. Preparado conjuntamente por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (NU-DAES), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la Unión Interparlamentaria (UIP). GINEBRA 2007. Página 97. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/documents/toolaction/handbookspanish.pdf>

principalmente en su significado global como corpus iuris del derecho internacional, teniendo como guía sus propósitos (artículo 1 de la Convención citada) y sus principios generales (artículo 3), siempre en el marco de una concepción integral de los derechos humanos –civiles y políticos, económicos, sociales y culturales- reconociendo su interdependencia e indivisibilidad (Preámbulo de la Convención).

(...)

El artículo 12 reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su capacidad jurídica, en sus dos sentidos, es decir como capacidad goce y como capacidad de ejercicio. Los Estados Parte reconocen la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, así como su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones con los demás en todos los ámbitos de su vida. En los párrafos 3 y 4 los Estados se comprometen a proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo o asistencia que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica, así como salvaguardias adecuadas y efectivas para evitar abusos.

(...)

Desde esta aseveración el artículo 1.2 inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la O.E.A necesita ser reinterpretado a la luz del nuevo paradigma del artículo 12 citado.”
(Destacado fuera del texto)

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto y por regla general, de acuerdo a las convenciones internacionales sobre derechos de las personas con discapacidad, éstas deben gozar del derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones a las demás personas, lo que implica que deben tener el derecho a tomar decisiones jurídicas por sí mismos, tal como lo es una intervención médica y especialmente si se trata de intervenciones que pueden afectar directamente otros derechos humanos como el derecho a la vida privada, autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

Se tiene, entonces, que el artículo 6° de la Ley 1412 de 2010, no solo coarta en términos absolutos el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad para decidir sobre la realización del procedimiento de esterilización, lo cual supone una vulneración del derecho a la capacidad jurídica consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política, y el artículo 3° de la CADH en relación con el artículo 12 de la CDPD, sino que además presupone un mandato implícito de interdicción, figura que es por demás contraria al desarrollo internacional del derecho a la capacidad jurídica.

La vulneración que supone modelos sustitutivos de la voluntad, como es el caso de la interdicción, han sido reconocidos, no solo por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y las observaciones realizadas por el Comité de la CDPD, sino que también ha sido reconocido por esta Corporación, cuando sostuvo:

“Por medio de la figura de la interdicción judicial, se ha mantenido la sustitución de la capacidad jurídica de estas personas, limitando no solo su autonomía para tomar decisiones de tipo jurídico y patrimonial, sino también afectando directamente su independencia para decidir asuntos personalísimos. La posibilidad de decidir sobre sus intereses y proyectos vitales, sobre sus relaciones personales, su sexualidad, su libertad y en general, sobre sus expresiones como seres humanos diversos, se han visto limitadas históricamente. A pesar de que la motivación de dichas medidas es el denominado “bienestar” o “mejor interés” de la persona con discapacidad, en algunos casos, estas medidas pueden generar la vulneración grave de la autonomía como derecho fundamental, justificado por

la percepción de la “incapacidad” o la “menor capacidad” para tomar decisiones de cualquier tipo.”⁷⁵

Este avance por parte de la Corte Constitucional en el reconocimiento del derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad ha venido cimentándose en su jurisprudencia en los últimos años. De esta manera, esta Corte: “(...) *ya se había referido a la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso de las personas en situación de discapacidad mental, especialmente de aquellas respecto de quienes se solicita la interdicción, reconociendo que no por el hecho de estar bajo esa condición (sic) debía afirmarse la incapacidad para discernir sobre lo que le es conveniente o no (...)*”⁷⁶.

Este reconocimiento parte, precisamente, de la necesidad de armonizar la interpretación de los derechos fundamentales y, consecuentemente, la legislación nacional, con los estándares de derechos humanos internacionales que, por vía del bloque de constitucionalidad, se entienden incorporados al ordenamiento interno. De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo la tensión entre los parámetros internacionales y constitucionales del derecho a la capacidad legal, entendidos en el marco de la CDPD, con el proceso de interdicción aún vigente en nuestra legislación. En esta medida, la Corte Constitucional ha evidenciado dicha tensión en los siguientes términos.

“En este punto es importante hacer referencia al proceso de interdicción promovido por la familia. Sin calificar la decisión que tomaron sus progenitores, la Corte quiere poner en evidencia la contradicción entre la nueva forma en que se ha abordado la discapacidad por trastornos mentales –como la del hijo del peticionario– a la luz de la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, que integra el bloque de constitucionalidad, frente al proceso legal de interdicción judicial. Por un lado, el artículo 12 de la Convención establece que debe privilegiarse la toma de decisiones de la población en situación de discapacidad con independencia y autonomía, como también elevar al máximo las potencialidades de esta población, y de otro lado, se está declarando que las personas con discapacidad mental pueden ser privadas de la capacidad para obligarse por sí mismas, luego de que se acrediten los requisitos establecidos en la norma, de la cual se destaca, no existe participación de quien va a ser declarado interdicto dentro del proceso judicial para que exprese sus opiniones”⁷⁷.

La antinomia identificada ya por la Corte Constitucional entre los estándares de derechos humanos en relación con el reconocimiento del derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad, y la existencia o, en este caso, exigencia, de un proceso de sustracción de la capacidad legal, sugiere una vulneración al derecho a la personalidad jurídica por parte de la norma demandada en cuanto trae implícito un mandato de interdicción hacia las personas con discapacidad que se van a someter sin su consentimiento a procedimientos de esterilización. Así, el requisito de autorización judicial para la realización de la esterilización en personas con discapacidad, surge en el artículo como un resultado de la incorporación de la jurisprudencia constitucional al proyecto de ley durante su trámite legislativo. En esa medida, el proyecto de Ley presentado a consideración durante la ponencia para primer debate en el Senado tenía una redacción del artículo 6º que no requería la autorización del juez, presentado de la siguiente manera:

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto 173 de 6 de junio de 2014, M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-684 de 11 de septiembre de 2014, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-933 de 9 de diciembre de 2013, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“Artículo 6°. *Incapaces*. Cuando se trate de personas incapaces, la solicitud la hará el respectivo tutor o curador.”⁷⁸

Sin embargo, las observaciones realizadas por la Senadora Gloria Inés Ramírez a dicho artículo, en relación con la necesidad de incluir la autorización de un juez de familia para realizar el procedimiento, llevó a que en el informe de segunda ponencia para el Senado el artículo 6° se modificara, para adoptar la forma que ahora está presente en la Ley, después de un pormenorizado estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre esta materia⁷⁹.

En este sentido, el artículo 6° de la Ley 1412 de 2010 está estrechamente ligado a la jurisprudencia de la Corte, la cual venía modulando los procedimientos de esterilización de personas con discapacidad con anterioridad a la expedición de la Ley. Así, esta Corporación, mantenía la posición consistente en afirmar que para lograr “sustituir” la voluntad de una persona se requería una autorización judicial que derivaba de un proceso de interdicción. En este sentido, la Corte ha afirmado que cuando “*se trata de un mayor de edad, tampoco debe olvidarse, la ley exige declaración previa de su estado, por medio de una interdicción de sus derechos.*”⁸⁰

Esta posición se fue posteriormente cimentando en la jurisprudencia constitucional, como se demuestra en la sentencia T-492 de 2006, la cual estableció:

*“Por tal razón, la Sala reitera su jurisprudencia conforme a la cual la práctica de procedimientos quirúrgicos tendientes a lograr la esterilización definitiva de una mujer incapaz requiere de autorización judicial previa, lograda a través de un proceso distinto del de tutela, dentro del cual quede acreditada la utilidad y la necesidad concreta de esta particular medida de protección y no de otra, la conveniencia de adoptar medidas complementarias, etc., según las condiciones particulares de la mujer, su grado de autonomía, sus posibilidades de recuperación, etc. Tal licencia judicial debe ser solicitada por la persona que ostente la representación legal de la mujer, ya sea por ministerio de la ley como sucede con las mujeres menores respecto de sus padres y madres, ya sea en virtud del discernimiento de una guarda a través de un proceso de interdicción, dentro del cual se haya comprobado la existencia de la incapacidad.”*⁸¹
(Destacado fuera del texto).

La declaración de la interdicción como requisito previo logró tal importancia que en la misma sentencia previamente citada, se declaró la improcedencia de la tutela, en parte, debido a que “*al no estar acreditado que la madre sea la representante legal de la mujer incapaz, por no haberse agotado el trámite judicial de interdicción y discernimiento de la guarda*”⁸², faltaba legitimación en la causa por activa para presentar la tutela.

En esta medida, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que consiste en el fundamento que llevó al legislador a exigir la autorización judicial para la realización del procedimiento, se tiene que la declaración de interdicción previa funge como un mandato implícito a la realización de procesos de esterilización. Lo anterior implica que el proceso de anticoncepción quirúrgica sin el consentimiento de la persona con discapacidad contraviene directamente el derecho a la personalidad jurídica. En este sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, anotó que:

⁷⁸Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 50 de 2007 senado, disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=50&p_consec=17085#_ftn3

⁷⁹Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de ley 50 de 2007 senado, disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=050&p_consec=18679#_ftn11

⁸⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-248 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸¹CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-492 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸²Ibid.

“8. El artículo 12 de la Convención afirma que las personas con discapacidad tienen capacidad legal plena. La capacidad legal ha sido perjudicialmente denegada a muchos grupos a lo largo de la historia, incluyendo mujeres (especialmente en relación con el matrimonio) y a las minorías étnicas. Sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo cuya capacidad legal es más comúnmente denegada en los sistemas legales a lo largo del mundo. El derecho al reconocimiento igualitario ante la ley implica que la capacidad legal es un atributo inherente a todas las personas en virtud de su humanidad y debe ser reconocido a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás. La capacidad legal es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Esta adquiere un significado especial para las personas con discapacidad cuando ellas deben tomar decisiones fundamentales en relación con su salud, educación y trabajo. (La negación de la capacidad legal de personas con discapacidad ha llevado, en muchos casos, a la privación de muchos derechos fundamentales, incluyendo el derecho a votar, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, derechos a la maternidad y a la paternidad, el derecho a dar consentimiento para las relaciones íntimas y tratamientos médicos y el derecho a la libertad)

9. Todas las personas con discapacidad, incluyendo aquellas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad legal y la sustitución en la toma de decisiones. Sin embargo, las personas con discapacidad mental y psicosocial han sido y siguen siendo, afectadas desproporcionadamente por los regímenes de sustitución en la toma de decisiones y por la negación de la capacidad legal. El Comité reafirma que el status de una persona como persona con discapacidad, o que la existencia de una deficiencia (incluyendo las deficiencias físicas y sensoriales) nunca deben suponer la negación de la capacidad legal ni ninguno de los derechos provistos en el artículo 12. Todas las prácticas que por propósito o resultado violen el artículo 12 deben ser abolidas con la finalidad de asegurar que la capacidad legal plena sea restablecida a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones a las demás.”⁸³ (Destacado fuera del texto, traducción libre).

⁸³ Observación general número 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad al artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. El texto original en inglés es el siguiente: “Article 12 of the Convention affirms that all persons with disabilities have full legal capacity. Legal capacity has been prejudicially denied to many groups throughout history, including women (particularly upon marriage) and ethnic minorities. However, persons with disabilities remain the group whose legal capacity is most commonly denied in legal systems worldwide. The right to equal recognition before the law implies that legal capacity is a universal attribute inherent in all persons by virtue of their humanity and must be upheld for persons with disabilities on an equal basis with others. Legal capacity is indispensable for the exercise of civil, political, economic, social and cultural rights. It acquires a special significance for persons with disabilities when they have to make fundamental decisions regarding their health, education and work. (The denial of legal capacity to persons with disabilities has, in many cases, led to the deprivation of many fundamental rights, including the right to vote, the right to marry and found a family, reproductive rights, parental rights, the right to give consent for intimate relationships and medical treatment, and the right to liberty.)

All persons with disabilities, including those with physical, mental, intellectual or sensory impairments, can be affected by denial of legal capacity and substitute decision-making. However, persons with cognitive or psychosocial disabilities have been, and still are, disproportionately affected by substitute decision-making regimes and denial of legal capacity. The Committee reaffirms that a person’s status as a person with a disability or the existence of an impairment (including a physical or sensory impairment) must never be grounds for denying legal capacity or any of the rights provided for in article 12. All practices that in purpose or effect violate article 12 must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others.”

Por todo lo anterior, se tiene que el artículo 6º demandado viola el derecho a la capacidad jurídica, tanto de manera especial frente a la esterilización, como de manera general al incentivar procedimientos de negación de la capacidad jurídica contrarios a los estándares internacionales impuestos por los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

5. Violación al Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad.

El libre desarrollo de la personalidad se constituye como un derecho fundamental inmerso dentro de aquellos que buscan proteger la libertades de la esfera interna⁸⁴. Así, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene como acometida principal garantizar la libertad de todos los individuos en la configuración de su vida conforme al reconocimiento que se hace de sí mismo. En esta medida, el derecho al libre desarrollo de la personalidad está íntimamente ligado a la prohibición del Estado y la sociedad de interferir en la realización del proyecto de vida de cada persona. De esta manera ha sido igualmente reconocido por la Corte Constitucional en su jurisprudencia cuando ha afirmado:

"Al interpretar el artículo 16 constitucional que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el intérprete debe hacer énfasis en la palabra "libre", más que en la expresión "desarrollo de la personalidad", pues esta norma no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala "que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnerar el orden constitucional". Por ello esta Corte y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecten derechos de terceros.

(...)

El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana."⁸⁵ (Destacado fuera del texto).

Esta protección que da la Constitución a la autodeterminación a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ha sido también protegido de manera concreta frente a las intervenciones médicas. Es así como esta misma corporación ha reconocido el derecho al libre desarrollo de la personalidad ante la determinación de someterse o no, de manera voluntaria, a un tratamiento médico, como es el caso de la sentencia T-493 de 1993, en donde se consideró que

"Tanto los peticionarios de la tutela, como el fallo del Juzgado Promiscuo del Circuito de Itango Antioquia, desconocen el mandato constitucional del artículo 16, que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico", en cuanto coartan la libertad que posee María Libia Pérez

⁸⁴Categorización adoptada del libro de Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Ediciones Doctrina y Ley.

⁸⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-481 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Duque de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida.

La decisión de María Libia Pérez Duque de no acudir a los servicios médicos en la ciudad de Medellín, entre otras razones, por lo costosos que ellos resultan, su razón valedera de no querer dejar sola a su hija en la casa, su especial convicción de que "Cristo la va a aliviar", y de que se siente bien de salud, no vulnera ni amenaza los derechos de los demás, ni el orden jurídico; por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁸⁶

El libre desarrollo de la personalidad, entonces, funge como mecanismo de protección de la autonomía humana como dimensión de su dignidad y su capacidad ética. Así, reconocer el derecho al libre desarrollo de la personalidad como la capacidad de tomar decisiones autónomas frente a su proyecto de vida, y aún frente a su propia salud, corresponde a reconocer en el otro el elemento de autodeterminación que imprime la noción de dignidad humana. De esta manera, las decisiones sobre la corporalidad, su funcionamiento y su capacidad reproductiva son elementos de la órbita de los derechos personalísimos, cuya intromisión por parte del Estado es inaceptable y constituye una violación indebida al ámbito más íntimo de los sujetos.

En relación con los límites que la Constitución impone a la injerencia del Estado en las decisiones personalísimas de los ciudadanos, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatárle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige.”⁸⁷

En este orden de ideas, el artículo 6º de la Ley 1412 de 2010, que sustituye la voluntad de la persona con discapacidad por el consentimiento emitido por el juez de familia y el representante legal, implica una violación directa al libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, quienes se les priva, mediando autorización estatal, de las decisiones relativas a su cuerpo y su capacidad reproductiva.

Este aspecto de la corporalidad como expresión del libre desarrollo de la personalidad está inmerso en la jurisprudencia que sobre la materia se ha elaborado por esta

⁸⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-493 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

⁸⁷CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corporación, bien en relación con la apariencia personal⁸⁸, bien en relación con el consumo de sustancias que puedan considerarse nocivas⁸⁹. Esto es, que existe una relación directa entre el cuerpo como átomo básico de lo individual, y por ende, como objeto elemental de las decisiones libres frente a su desarrollo, lo que sitúa al cuerpo en una posición de protección privilegiada frente a la Constitución. En este sentido, la Corte ha dicho;

“Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso. Por ello, el derecho constitucional contemporáneo ha hecho suya la vieja idea del derecho civil continental, así como del Common Law, según la cual el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito.”⁹⁰ (Destacado fuera del texto).

Los modelos de sustitución de la voluntad, especialmente en materia de aspectos íntimos relacionados con el modelo y proyecto de vida de cada persona, y más aun, con la determinación de su propio cuerpo como santuario de la autonomía y dignidad propia, contrarían el entendido básico del derecho al libre desarrollo de la personalidad en tanto la

“Constitución opta por un orden jurídico que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (CP art. 1º y 16), por lo cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal.”⁹¹

La esterilización forzosa, entonces, supone una intromisión excesiva en la capacidad de autodeterminación del proyecto de vida, en tanto anula la capacidad reproductiva de las personas, al tiempo que representa uno de los actos más invasivos a la corporalidad como núcleo del libre desarrollo de la personalidad, por lo que la permisión de modelos sustitutos de la voluntad hecha por el artículo 6º de la Ley 1412 de 2010, representa una violación al artículo 16 de la Constitución.

6. Violación a los Derechos Sexuales y Reproductivos.

El inciso 9º del artículo 42 de la Constitución Política establece que “[l]a pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos (...)”, enunciado que denota un claro derecho constitucional a la libertad de procreación, bajo los postulados de la libertad y la responsabilidad.

Las líneas jurisprudenciales en relación con tratamientos de fertilidad ha dejado claro que existe un derecho en cabeza de las personas a decidir libremente sobre sus capacidades procreativas y que impone, de manera correlativa, una prohibición al Estado de intromisión en los aspectos personalísimos relativos a la capacidad de reproducción de las personas. En este sentido, se pronunció la Corte en sentencia T-525 de 2011 cuando afirmó:

“Este tribunal constitucional, al analizar varias acciones de tutela sobre el derecho a la salud, específicamente sobre tratamientos de fertilidad, ha expresado que la acción de tutela no es procedente, debido a que este tipo de tratamientos están expresamente excluidos del POS, por otra parte; (i) el costo excesivo de estos tratamientos supone una disminución en el

⁸⁸Ver sentencias SU-641 de 1998, M.P.: Carlos Gaviria Díaz y sentencia SU-642 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁰CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁹¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-309 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

cubrimiento de servicios de salud prioritarios; (ii) el derecho a la maternidad supone una abstención del estado para incidir en la decisión relativa a la procreación, es decir, de ninguna manera se le podría pedir a una pareja que se realice algún tipo de procedimiento médico encaminado a producir la esterilización, por el contrario, en el caso de la mujer gestante, el Estado tiene la obligación de brindarle una protección especial para lo cual, entre otras razones jurídicas, el derecho a la estabilidad laboral reforzada; (iii) en virtud de la libertad de configuración legislativa, es posible la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad, es decir, que esto es un ejercicio legítimo del desarrollo de dicha facultad.”⁹² (Destacado fuera del texto).

Así, esta corporación ha identificado un verdadero derecho subjetivo en cabeza de todas las personas relativo a su libertad de procreación, que si bien encuentra límites establecidos de manera jurisprudencial, particularmente en lo relativo a la no exigibilidad de llevar a cabo acciones tendientes a restablecer o garantizar la maternidad biológica, si haya su núcleo fundamental en la proscripción categórica al Estado para provocar injerencias indebidas en la intimidad reproductiva de las personas. Esto, entonces, ha sido expresado por la Corte en los siguientes términos;

“Debido a esto, el derecho a la procreación - aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce.”⁹³ (Destacados adicionados al texto original).

Los derechos sexuales y reproductivos encuentran mayor desarrollo en instrumentos internacionales, pertenecientes por demás al bloque de constitucionalidad. Así, en la CADH se consagra el derecho general de las personas a fundar una familia. Al respecto el artículo 17 dispone:

“Artículo 17. Protección a la Familia

- 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*
- 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*
(...)”

Por su parte, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) se establece lo siguiente:

“Artículo 10

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

(...)

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.

(...)

Artículo 12

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-525 de 2011, M.P.: Mauricio González Cuervo.

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-935 de 2010, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

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.*

(...)

Artículo 16

1. *Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:*

(...)

- e. *Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;"*
(Destacado fuera del texto)

Ahora bien, en lo relativo a los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, la CDPD consagran los siguientes derechos:

"Artículo 6

Mujeres con discapacidad

1. *Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*
2. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención*

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:*

(...)

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."*(Destacado fuera del texto)

Los derechos sexuales y reproductivos están relacionados con el derecho a la salud, pero además con el derecho a la información y a la autonomía en relación con la maternidad y la paternidad, es decir, a decidir tener o no hijos, el número de hijos y el momento de tenerlos.

Por lo tanto, desde un análisis de las diferentes disposiciones internacionales que protegen los derechos sexuales y reproductivos, puede establecerse que éstos se relacionan con una multiplicidad de derechos humanos, entre los cuales se encuentran el derecho a la autonomía individual, al libre desarrollo de la personalidad, a fundar una familia, a la salud y al derecho a la información.

Frente al derecho a la autonomía personal, al libre desarrollo de la personalidad⁹⁴ y a fundar una familia, en relación con los derechos sexuales y reproductivos, la Corte IDH ha dicho:

“143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

(...)

145. En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

⁹⁴También ver *Gelman vs Uruguay*, sentencia en la que se dijo: “Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Párrafo 97

146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

(...)

148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genética significa que “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud”.⁹⁵ (Destacado fuera del texto)

Con respecto a los derechos de la salud sexual y reproductiva y el derecho a la información, Naciones Unidas en el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 2006, estableció lo siguiente:

“7.2 La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Párrafo 142, 145, 146 y 148.

7.3 Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.(...)⁹⁶

Conforme al desarrollo internacional de los derechos sexuales y reproductivos, se tiene entonces, no sólo el reconocimiento a la libertad procreativa como un derecho humano, sino que se tiene que el derecho a la información se relaciona, a su vez, directamente con la posibilidad de otorgar un consentimiento libre e informado. En esa medida, el consentimiento es un elemento esencial dentro de la relación de diferentes procedimientos médicos relacionados con la salud sexual y reproductiva y en general para cualquier tipo de procedimiento médico.

En el 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realizó el documento sobre "ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA REPRODUCTIVA DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS", del cual se destacan los siguientes pronunciamientos:

"El derecho al acceso a la información es especialmente relevante en el ámbito de la salud y específicamente en el área de la sexualidad y la reproducción ya que contribuye a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y fundadas respecto de aspectos íntimos de su personalidad.

(...)

15. Ahora bien, el derecho de acceso a la información se inserta dentro del marco general de la libertad de expresión. Según ha sido interpretado por la Comisión Interamericana, el artículo 13 de la Convención Americana comprende una obligación positiva en cabeza del Estado de brindar a los ciudadanos acceso a la información que está en su poder, y un derecho correlativo de las personas a acceder a la información en poder del Estado;(...)

25. La CIDH considera que la obligación de suministrar oficiosamente información (llamada también obligación de transparencia activa), aparece el deber de los Estados de suministrar información pública que resulte indispensable para que las personas puedan ejercer sus derechos fundamentales o satisfacer sus necesidades básicas en este ámbito. Ello es particularmente relevante cuando la información versa sobre temas relacionados con la sexualidad y la reproducción, ya que con ello se contribuye a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y fundadas respecto de estos aspectos tan íntimos de su personalidad.

(...)

⁹⁶ NACIONES UNIDAS. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. A/CONF.171/13/Rev.1

Asimismo, la CIDH ha establecido que la información y la educación habilita a las mujeres a adoptar decisiones a todos los niveles en todas las esferas de sus vidas, especialmente en el terreno de la salud, sexualidad y reproducción.

(...)

43. La CIDH reconoce que el acceso a la información es un elemento indispensable para recibir tratamiento médico. El consentimiento constituye un principio ético de respeto a la autonomía de las personas que requiere que éstas comprendan las diferentes opciones de tratamiento entre las cuales puede elegir.(...)

44. (...) La CIDH destaca algunos elementos que son parte integrante de un proceso de consentimiento informado: i) informar sobre la naturaleza del procedimiento, opciones de tratamiento y alternativas razonables, que incluye los posibles beneficios y riesgos de los procedimientos propuestos; ii) tomar en cuenta las necesidades de la persona así como asegurar que la persona comprenda la información brindada; y iii) asegurar que el consentimiento que se brinde sea libre y voluntario.⁹⁷

El desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos en relación al derecho de acceso a la información y salud ha sido también estudiado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Al respecto, en su recomendación número 24 de 1999 dijo:

"20. Las mujeres tienen el derecho a estar plenamente informadas por personal debidamente capacitado de sus opciones al aceptar tratamiento o investigación, incluidos los posibles beneficios y los posibles efectos desfavorables de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles.

(...)

22. Además, los Estados Partes deben informar sobre las medidas que han adoptado para garantizar el acceso a servicios de atención médica de calidad, lo que entraña, por ejemplo, lograr que sean aceptables para la mujer. Son aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas. Los Estados Partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento o las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como condición para el empleo, que violan el derecho de la mujer a la dignidad y dar su consentimiento con conocimiento de causa.

(...)

25. Con frecuencia, las mujeres con discapacidad de todas las edades tienen dificultades para tener acceso físico a los servicios de salud. Las mujeres con deficiencias mentales son especialmente vulnerables, y en general se conoce poco la amplia gama de riesgos que corre desproporcionadamente la salud mental de las mujeres por efecto de la discriminación por motivo de género, la violencia, la pobreza, los conflictos armados, los desplazamientos y otras formas de privaciones sociales. Los Estados Partes deberían adoptar las medidas apropiadas para garantizar

⁹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA REPRODUCTIVA DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61 22 noviembre 2011

que los servicios de salud atiendan las necesidades de las mujeres con discapacidades y respeten su dignidad y sus derechos humanos.”⁹⁸
(Destacado fuera del texto).

Este mismo Comité en la recomendación general número 19 de 1992 dijo:

“22. La esterilización y el aborto obligatorios influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos.”⁹⁹

Por lo tanto, el derecho a la salud sexual y reproductiva contiene no solo el acceso a métodos y procedimientos médicos, sino también el derecho a la información sobre éstos tratamiento. Así, parte del derecho de la información en materia de salud sexual y reproductiva se relaciona directamente con la posibilidad del paciente de dar su consentimiento libre e informado, como elementos esencial del derecho a la salud.

En virtud del derecho de libre desarrollo de la personalidad y autonomía del que son titulares las personas con discapacidad y en especial de acuerdo con el artículo 23 de la CDPD, según el cual los Estados deben respetar los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, disposiciones como el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 son contrarias a los estándares internacionales sobre la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, especialmente teniendo en cuenta el mandato general e imperativo del respeto al derecho de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad frente a los demás.

En este sentido, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) expidió la guía sobre esterilización femenina¹⁰⁰. El principio No. 7 dispone:

“Solamente las mujeres por sí mismas pueden dar un consentimiento éticamente válido para su esterilización. Ni los familiares incluyendo esposos, padres, guardas legales, personal médico ni, por ejemplo, funcionarios públicos, pueden consentir en nombre de ninguna mujer o niña.” (destacado fuera del texto)

Así, la obligación de que el consentimiento sea necesariamente dado por la persona que será sometida al procedimiento no tiene excepción alguna y ello incluye a las personas con discapacidad.

En el mismo sentido, en el “Pronunciamiento inter-agencias de Naciones Unidas para la Eliminación de la esterilización forzada, coercitiva o de cualquier manera involuntaria”¹⁰¹ se plantea lo siguiente:

“Con mucha frecuencia, las personas con discapacidad son percibidas como asexuales o sexualmente inactivas. Sin embargo, son seres sexuales de la misma forma que otras personas y pueden desear ejercer la maternidad o paternidad y no debería ser privadas de sus derechos sexuales y reproductivos. Varias formas de control sobre el comportamiento sexual y la reproducción, incluyendo la esterilización coercitiva e involuntaria son usadas como métodos de regulación de la

⁹⁸ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 20º período de sesiones 1989. Recomendación general Nº 24. La mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)

⁹⁹ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 11º período de sesiones (1992). Recomendación general Nº 19. “La violencia contra la mujer”.

¹⁰⁰ FIGO, Female Contraceptive Sterilization Guidelines. Junio 2011. Disponibles en: <http://www.figo.com/female-contraceptive-sterilization-figo-guidelines/>

¹⁰¹ OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF, WHO. *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization An interagency statement.* (2014). Disponible en: http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf

fertilidad de las personas con discapacidad, con frecuencia sin que obre su consentimiento informado.

Las mujeres con discapacidad intelectual son particularmente vulnerables a ser sometidas a esterilización coercitiva e involuntaria, aunque los hombres con discapacidad intelectual también pueden ser sometidos a esterilización y tratamientos que suprimen su deseo sexual, en algunos casos incluyendo la castración. (108). Las mujeres con discapacidad intelectual con frecuencia son tratadas como personas que no tienen control o que no deberían tener control sobre sus decisiones sexuales y reproductivas; pueden ser esterilizadas forzosamente u obligadas a interrumpir embarazos deseados, con base en la justificación paternalista de que es "por su propio bien". En lugar de indicar una opción individual, las tasas de esterilización generalmente reflejan las políticas de instituciones residenciales o servicios ofrecidos en la comunidad.

La esterilización o la anticoncepción de largo plazo con frecuencia se realizan en personas con discapacidad con una base de precaución. Los órganos de derechos humanos han reconocido que la esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento constituye discriminación, una forma de violencia y de tortura, trato cruel, inhumano o degradante. Han hecho un llamado a los Estados para que prohíban dichas prácticas y adopten modificaciones legislativas que definan claramente el requisito de obtener el consentimiento pleno, libre e informado en la esterilización de mujeres con discapacidad, a la luz de los estándares internacionales relevantes.

En particular, la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) afirma la capacidad legal de las personas con discapacidad así como su derecho a la igualdad y no discriminación en todos los aspectos de la vida, incluyendo los derechos de fundar y mantener una familia y de mantener su fertilidad. La CDPD reconoce que las personas con discapacidad deben tener acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, que incluyen la esterilización voluntaria y otros métodos anticonceptivos en igualdad de condiciones con las demás personas y que estos servicios deben basarse en el consentimiento pleno, libre e informado de conformidad con los artículos 12 y 25. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha hecho un llamado para que los Estados revisen las leyes y medidas administrativas para prohibir la esterilización y el aborto forzados. El Comité también ha instado a los Estados a que adopten medidas adecuadas para permitir que las personas con discapacidad contraigan matrimonio y conformen una familia, incluyendo la garantía de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva.

Se aducen varios motivos para realizar esterilizaciones sin consentimiento en personas con discapacidad, las cuales no se encuentran justificadas a la luz de la CDPD. Los padres y guardas pueden tener diferentes motivos para persuadir a las personas con discapacidad, incluyendo las menores de edad de que decidan esterilizarse, con frecuencia en ausencia de un consentimiento pleno, libre e informado. Los padres y guardas pueden tener la preocupación de evitar un embarazo no deseado debido a la vulnerabilidad ante el abuso sexual. Sin embargo, la esterilización no protege contra el abuso sexual y no elimina la obligación de prestar protección contra dicho abuso. Adicionalmente, permitir a las personas con discapacidad mantener su fertilidad raramente se prioriza aunque otros métodos anticonceptivos menos permanentes estén disponibles. En lugar de proveer a las personas con discapacidad intelectual los apoyos necesarios que requieran para la crianza, se ofrece la esterilización como

mecanismo para evitar la angustia ocasionada por el potencial retiro de los niños de su cuidado.

El “manejo menstrual” no debe usarse como pretexto para la esterilización. La esterilización puede ser un resultado secundario de medidas solicitadas por las familias y los profesionales médicos para el objetivo de realizar manejo menstrual, que es un término clínico que se refiere a la supresión de la menstruación en mujeres que tienen o son percibidas como que tienen dificultades manejando la menstruación o cuyas condiciones de salud (como la epilepsia) o comportamientos se ven negativamente afectadas por el período menstrual. Las mujeres y niñas con discapacidad intelectual pueden recibir tratamientos quirúrgicos involuntarios tales como la ablación endometrial e histerectomía para inducir la amenorrea con fundamento en la necesidad de higiene o manejo menstrual, tratamientos que resultan en la esterilidad.

Dependiendo de la jurisdicción, los procedimientos que se llevan a cabo por razones clínicas en lugar de anticonceptivas pueden o no requerir autorización judicial. Sin embargo, la esterilización nunca es la única opción de manejo menstrual y cualquier procedimiento que resulte en la esterilización debe prestarse con base en el consentimiento pleno, libre e informado.

En algunos Estados, los familiares, guardas legales, las cortes, las juntas de revisión o los tribunales están autorizados bajo la legislación nacional a tomar decisiones en nombre de las personas con discapacidad; esto se conoce como toma de decisiones sustituta. El artículo 12 de la CDPD reafirma que las personas con discapacidad tienen el derecho al reconocimiento en cualquier lugar como personas ante la ley y que los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad tienen acceso a los apoyos que puedan requerir en el ejercicio de su capacidad legal. Ello puede incluir la toma de decisiones con apoyo, en la que los apoyos, acompañantes y otros sistemas asisten a las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones libres de conflicto de interés o influencia indebida y sin que se transfieran los derechos a tomar decisiones a terceras partes (lo cual es opuesto a la toma de decisiones sustituta tradicional, o curatela). El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha urgido a los Estados consistentemente, incluyendo en lo referido a la esterilización, que adopten leyes y políticas que reemplacen los sistemas sustitutivos de la toma de decisiones por un modelo de sistemas de toma de decisiones con apoyo que proteja la autonomía, los deseos y preferencias de los individuos involucrados. Ningún menor, incluyendo aquellos con discapacidad debe ser sujeto a esterilización no terapéutica sin su consentimiento pleno, libre e informado. El Comité de los Derechos del Niño se ha referido específicamente a la esterilización de las personas con discapacidad menores de 18 años como una forma de violencia física. El Comité ha urgido a los Estados a prohibir por ley la esterilización forzada de niños y niñas con base en su discapacidad y a proveerles información adecuada sobre las relaciones íntimas y la salud sexual y reproductiva, así como orientación y consejería.¹⁰²” (Traducción libre, sin citas)

De igual manera, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó al Estado colombiano en el año 2013 su preocupación por la existencia de casos de esterilización forzada de mujeres con discapacidad y recomendó modificara el marco reglamentario, así como la orientación al personal médico, para garantizar que los

¹⁰² Idem, pgs. 5-7

procesos de esterilización en Colombia se realizaran con el consentimiento libre e informado de las mujeres, incluidas aquellas con discapacidad¹⁰³.

Esta práctica que condena el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer no solo ha sido avalada por el artículo demandado, sino que ha sido igualmente permitido por la jurisprudencia constitucional, la cual, pese a sus esfuerzos por reducir paulatinamente los casos en donde se admite la esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento, aún mantiene la posibilidad de interferir en sus derechos sexuales y reproductivos sin contar con su consentimiento libre e informado. Ejemplo de lo anterior se encuentra en la sentencia T-740 de 2014, en donde la Corte manifestó que:

“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 (sic) 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.”¹⁰⁴

La anterior jurisprudencia, si bien ha limitado a escenarios excepcionales la posibilidad de realizar esterilizaciones sin el consentimiento de la personas con discapacidad, mantiene una visión anacrónica de la discapacidad, en donde el factor determinante para obviar el consentimiento de la persona que se somete al procedimiento es el “grado de severidad o profundidad” de la discapacidad, en contraposición a la determinación de la intensidad de los apoyos en la toma de decisión que requiere la persona para poder, efectivamente, consentir o no el procedimiento. Lo anterior implica desconocer la obligación estatal de proveer los apoyos necesarios para la toma de decisiones¹⁰⁵ y, en el proceso, desconocer los derechos reproductivos de las personas con discapacidad.

De esta manera, el reconocimiento a los derechos reproductivos de las personas con discapacidad que trae la CDPD, y las demás disposiciones internacionales, no sólo fungen como elementos hermenéuticos complementarios al entendimiento del derecho a la procreación antes reseñado, sino que igualmente impone una obligación especial al Estado. Esta obligación consiste en respetar los derechos reproductivos de las personas

¹⁰³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. 1161ª y 1162ª periodos de sesiones 2013. Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Colombia (CEDAW/C/COL/7-8).

¹⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-740 de 3 de Octubre de 2014, M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰⁵ CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Artículo 12, numeral 3º.

con discapacidad, en el entendido de no interferir con su decisión libre frente a su paternidad o en conservar el derecho sobre el cuerpo propio y sus capacidades reproductivas.

Los parámetros de esterilización impositiva por medio de la sustitución del consentimiento de las personas con discapacidad contemplados en la norma demandada, conllevan una evidente violación al derecho de procreación en tanto admite, si no impone, la determinación estatal de la interrupción de las capacidades procreativas de las personas con discapacidad. Así, el artículo demandado desconoce el derecho a la decisión libre frente a la paternidad, puesto que el consentimiento es sustituido por su representante legal, lo cual conlleva a una implantación obligatoria de la aquiescencia ajena sobre la autonomía procreativa de las personas con discapacidad. Más aún, dicho artículo acarrea también la violación manifiesta al mismo núcleo fundamental del derecho de procreación, pues sitúa ante un funcionario público la aprobación del ejercicio de intervenciones quirúrgicas que tienen como finalidad la esterilización de personas con discapacidad. En esa medida, se rompe la prohibición básica del derecho de procreación; impone una injerencia inadmisibles por parte del Estado en la restricción de la capacidad reproductiva de una persona, desconociendo el deber de abstención del Estado en esta materia. De manera adicional, la sustitución del consentimiento que acarrea esta norma demandada, implica necesariamente el desconocimiento de la obligación de obtener un consentimiento libre e informado como principio ético de reconocimiento a la autonomía reproductiva.

7. Violación a los Derechos de los Niños y Niñas.

Para el presente caso es imperativo analizar los derechos de los niños y niñas con discapacidad ya que, a pesar de la existencia de la prohibición general a la realización de procedimientos de esterilización a menores de edad del artículo 7º de la Ley 1412 de 2010, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial la reciente sentencia C-131 de 2014, avaló dichas prácticas. En ese sentido, cobra especial relevancia analizar estos procedimientos, no sólo bajo los parámetros antes expuestos, sino a través de un análisis focal frente a los derechos de los niños y niñas con discapacidad.

Los derechos de los niños, tanto en el ámbito de la normatividad interna como en de los instrumentos internacionales que la complementan, tornan a éstos en personas de especial protección del Estado. Así, el artículo 44 de la Carta establece, entre otros elementos, la obligación del Estado y la sociedad de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Enunciación que compagina con los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos de los niños dentro de los cuales se encuentran la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959) y la Convención sobre los derechos del niño (1989).

En el sistema internacional los derechos de los niños están consagrados a lo largo del *corpus iuris* que protegen sus derechos. En la CADH se establece de manera general el respeto y protección de los derechos de los niños de la siguiente forma:

“Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Específicamente, los derechos de los niños están contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual se destacan los siguientes artículos:

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el

nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. *Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.*

Artículo 3

1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*
(...)

Artículo 12

1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*
(...)"

En relación con este derecho a ser escuchado, el Comité de los derechos del niño ha expresado, en lo relativo a la expresión "que esté en condiciones de formarse un juicio propio", que tal terminología; "no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad."¹⁰⁶ Esto significa, entonces, que la capacidad del niño de formarse una opinión debe entenderse como un presupuesto del cual el Estado, dentro de sus obligaciones internacionales, debe partir, y no como la excepción a una regla derivada del perjuicio histórica por desestimar las opiniones de los menores.

En igual sentido, el Comité de los derechos del niño expresó que "la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias."¹⁰⁷ Lo anterior presupone una obligación por parte del Estado, no sólo de reconocer la capacidad de los niños de expresar su opinión, sino de adelantar los esfuerzos necesarios para darle entendimiento a la diversidad de expresión, en el entendido de que la opinión se puede formar y expresar de distintas maneras y es menester del Estado recogerlas aceptando su multiplicidad y variabilidad.

En relación con los niños y niñas con discapacidad, la misma Convención de los derechos de los niños, trae consigo en el artículo 23 lo siguiente:

Artículo 23

1. *Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren*

¹⁰⁶COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General número 12 de 2009: El derecho del niño a ser escuchado..

¹⁰⁷Ibid.

su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.” (Destacado fuera del texto)

Así, el Comité de los derechos del niño, es decir, el órgano de Naciones Unidas que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha tratado en específico los derechos de los niños y niñas con discapacidad. Al respecto en la Observación General No. 9 expuso:

“(1.) Reconociendo la importancia de los artículos 2 y 23 de la Convención, el Comité afirma desde el principio que la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad no debe limitarse a esos artículos

(...)

8. El artículo 2 requiere que los Estados Partes aseguren que cada niño sujeto a su jurisdicción disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención sin discriminación alguna. Esta obligación exige que los Estados Partes adopten las medidas apropiadas para impedir todas las formas de discriminación, en particular por motivo de la discapacidad. Esta mención explícita de la discapacidad como ámbito prohibido para la discriminación que figura en el artículo 2 es única y se puede explicar por el hecho de que los niños con discapacidad pertenecen a uno de los grupos más vulnerables de niños

(...)

11. El párrafo 1 del artículo 23 debe considerarse el principio rector para la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad: el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

(...)

32. Con bastante frecuencia, los adultos con o sin discapacidad formulan políticas y decisiones relacionadas con los niños con discapacidad mientras que los propios niños se quedan fuera del proceso. Es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución. Para respetar este principio, los niños deberían estar representados en diversos órganos, tales como el parlamento, los comités u otros foros donde puedan expresar sus opiniones y participar en la adopción de decisiones que los afectan en tanto que niños en general y niños con discapacidad en particular..

(...)

69. El Comité está profundamente preocupado por la práctica prevaleciente de esterilización forzada de los niños con discapacidad, en particular las niñas. Esta práctica, que todavía existe, viola gravemente el derechos del niño a su integridad física y produce consecuencias adversas durante toda la vida, tanto para la salud física como mental. Por tanto, el Comité exhorta a los Estados Partes a que prohíban por ley la esterilización forzada de los niños por motivo de discapacidad.”¹⁰⁸ (Destacado y subrayado fuera del texto)

¹⁰⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general nº 9: los derechos de los niños con discapacidad. 43º período de sesiones (2006)

En éste extracto de la Observación General No. 9 se aprecia la tajante desaprobación de la práctica de esterilización forzosa en menores de edad, puesto que éstas implican *per se* una violación de otros derechos humanos como el derecho a la integridad y a la salud. Debe también tenerse en cuenta que éstos procedimientos vulneran otros derechos de los niños y niñas con discapacidad como lo es el derecho a la igualdad frente a los demás niños y niñas, dado que estos procedimientos son discriminatorios en razón a su discapacidad, también se viola el derecho de los niños a ser escuchados, expresar su opinión y ser tenidos en cuenta dentro de las decisiones que puedan afectarlos y por último el deber de interés superior del menor.

De igual manera, las observaciones realizada por el Comité de los derechos del niño deben, a su vez, ser interpretadas de manera armónica con los enunciados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el análisis del artículo demandado, cuando se trate de menores de edad con discapacidad. En esa medida, se debe resaltar, primero, que el literal r) del preámbulo de la Convención reconoce *“que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño”*.

En este sentido la CDPD, dentro de su articulado, consagra los derechos de los niños con discapacidad de la siguiente manera:

“Artículo 7

Niños y niñas con discapacidad

- 1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.*
 - 2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño*
 - 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.*
- (...)

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:*
- (...)
- c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.”*
- (Destacado fuera del texto)

En este sentido, y teniendo como parámetro interpretativo a la CDPD, el desarrollo de la expresión de la voluntad del niño, cuando se trata de una persona con discapacidad, debe a su vez entenderse bajo la obligación estatal de adelantar los ajustes razonables necesarios para promover la igualdad y eliminar la discriminación incorporado en el numeral 3º del artículo 5º de la CDPD, en los siguientes términos:

*“Artículo 5
Igualdad y no discriminación*

(...)

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.”

La noción de ajustes razonables a los que alude el artículo anterior debe, a su vez, interpretarse conforme a las definiciones que la misma CDPD trae en su artículo 2º, en el siguiente entendido:

“Por “ajustes razonables” se entenderán 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”

En relación con este enfoque diferencial frente al derecho de expresión de los niños, el Comité de los derechos del niño resaltó igualmente que *“los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones.”*¹⁰⁹ Esto es, recoge la obligación en cabeza del Estado de adelantar los ajustes razonables necesarios para hacer valer el derecho de expresión de los niños.

7.1. El consentimiento de los niños y las niñas en los procedimientos médicos.

El consentimiento representa, indudablemente, una de las exteriorizaciones esenciales del derecho a la expresión, pues encierra la idea, no sólo de la expresión de una voluntad, sino especialmente de una que otorga legitimación a una acción ajena. Así, el consentimiento en procedimientos médicos cobra especial relevancia en tanto refleja la anuencia a prácticas que redundan tanto en la salud personal como en el cuerpo como centro de la intimidad. En este sentido, el consentimiento a los procedimientos médicos comprende un aspecto fundamental del derecho de expresión de los niños.

El consentimiento en materia médica recobra tal importancia que ha sido reconocido en algunas latitudes como un derecho propio, como es el caso del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos del Hombre y la Biomedicina que en su artículo 5º establece;

“Artículo 5.- Regla General

No podrá llevarse a cabo intervención alguna en una persona - en materia de salud- sin su consentimiento informado y libre. Dicha persona deberá ser informada antes, y de manera adecuada, sobre el objetivo y naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos. Podrá revocar el consentimiento en todo momento y con plena libertad.”

Esta importancia al consentimiento médico ha sido igualmente reconocida a nivel nacional por esta Corporación, quien ha procurado caracterizar dicho consentimiento de tal forma que logre proteger y garantizar la autonomía de las personas en la mayor medida posible, en ese sentido, la Corte Constitucional ha determinado que:

¹⁰⁹ Ibid.

“El citado acuerdo es libre e informado, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rechazar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de prejuicio o coacción que limite la suficiencia de la información e impida la expresión autónoma de una decisión médica. Se entiende que el consentimiento es cualificado cuando es necesario instaurar procedimientos que permitan constatar la autenticidad de la manifestación de voluntad, como ocurre, a manera de ejemplo, con los tratamientos invasivos de asignación de sexo, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional exige que el consentimiento debe constar como mínimo por escrito. Por último, se considera que el acuerdo de voluntades es persistente, para significar que la información médica debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio.

Desde esta perspectiva, es innegable que el consentimiento informado debe responder a la libre voluntad de quien busca mejorar su estado de salud, sujeto exclusivamente a un juicio de ponderación acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos del proceder médico, de tal manera que permita mantener con firmeza la decisión que requiera el cuidado y atención de un estado patológico, y por lo mismo, rechace cualquier determinación que responda a una situación irreflexiva o precipitada.”¹¹⁰

En el caso de los menores, particularmente en aquellos casos en los que se trata de procedimientos médicos en donde se presenta una alta afectación al cuerpo y la autonomía de los niños, es imprescindible contar con su consentimiento. Tal ha sido el caso, en la jurisprudencia constitucional nacional, de las cirugías de asignación de sexo, en los cuales esta Corporación ha definido:

“La calificación de estos tratamientos como procedimientos invasivos y riesgosos tiene consecuencias jurídicas trascendentales sobre la legitimidad del consentimiento sustituto de los padres de la menor. En efecto, como se vio en el fundamento jurídico No 12 de esta sentencia, la necesidad de consentimiento informado es todavía más importante en el caso de prácticas médicas invasivas y riesgosas, pues esa autorización es la única forma de proteger la dignidad de los pacientes. Esta exigencia especial resulta perfectamente acorde con la Constitución puesto que, como esta Corte lo ha señalado en numerosas oportunidades, los niños no son propiedad de sus padres sino que tienen una individualidad y dignidad propias, y constituyen una autonomía en desarrollo. Los derechos de los padres sobre sus hijos tienen entonces como único fundamento la protección de los intereses superiores del menor, a fin de que éste logre desarrollarse como persona autónoma. El artículo 18 de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada y ratificada por Colombia, establece que si bien incumbe “a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”, lo cierto es que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño.” Por ende, los padres no pueden someter a sus hijos a cirugías y tratamientos riesgosos, de los cuáles no se derive un beneficio directo para la salud del infante, por cuanto tal decisión afecta el interés superior del menor.”¹¹¹

Esta posición que respeta la autonomía de los menores en la determinación de su corporalidad, en particular lo relativo al consentimiento de procedimientos médicos altamente invasivos y cuyas consecuencias alteran de manera permanente y determinante el cuerpo de las personas, es desconocida por el artículo demandado, especialmente en lo relativo a la esterilización de menores de edad. Esto, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional recientemente admitió la esterilización de menores de edad cuando

¹¹⁰CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-560^a de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil

¹¹¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU- 337 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

examinó la constitucionalidad del artículo 7º de la Ley 1412 de 2010. De esta manera, a pesar de que el artículo 7º de la Ley 1412 de 2010 contiene la prohibición general de realizar éste tipo de procedimientos en niños y niñas con discapacidad, la Corte Constitucional ha permitido que la esterilización se realice en niños y niñas con discapacidad, previa autorización judicial, lo cual supone a todas luces una violación de los derechos humanos de los menores y además de las decisiones y observaciones de los diferentes organismos internacionales.

Ejemplo de esta jurisprudencia constitucional es la reciente sentencia C-131 de 2014, en donde la Corte determinó:

“En cuanto a la situación particular de los menores en situación de discapacidad, la Corte circunscribió su examen a la posibilidad de aplicar la anticoncepción quirúrgica a los menores en condición de discapacidad mental. Advirtió que el artículo 6o de la Ley 1412 de 2010 regula el procedimiento para someter a estas personas a este procedimiento quirúrgico sin distinguir entre mayores o menores de edad. Sin embargo, como la prohibición del artículo 7o de aplicar la anticoncepción quirúrgica es general, para todos los menores de edad, podría entenderse que el artículo 6o no sería aplicable para aquellos menores en situación de discapacidad mental.

Al respecto, la Corte recordó que la jurisprudencia constitucional ha establecido que, cuando se trata de menores en condición de discapacidad respecto de los cuales se haya comprobado la imposibilidad de que en el futuro otorguen su consentimiento para someterse a la esterilización, los padres o en todo caso el representante legal, deberán solicitar autorización al juez para practicar la anticoncepción quirúrgica. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que una persona que no está en capacidad de comprender en qué consiste y cuáles son las consecuencias de la esterilización, como en el caso de las discapacidades mentales, difícilmente estará en condiciones de comprender la responsabilidad que lleva consigo la maternidad o la paternidad y por ende, las implicaciones de poder o no procrear. De otro lado, la Corte encontró que existen casos en que la situación de grave riesgo para la vida del menor hace que la prohibición absoluta de aplicar ese procedimiento en menores de edad entre en tensión con la preservación del derecho a la vida. En la primera hipótesis, consideró que es aplicable el artículo 6o de la Ley 1412 de 2012, de manera que la persona en condición de discapacidad mental, independientemente de su edad, puede ser sometida al procedimiento de anticoncepción quirúrgica, para lo cual requiere de previa autorización judicial, a solicitud de su representante legal. En el segundo evento, la Corte estimó que debe realizarse una ponderación de los derechos involucrados, para permitir que el derecho a la vida prevalezca. En todo caso, esta permisión solo procederá previa autorización judicial, a solicitud de los padres o representante legal según el caso; y dado que se está ante una hipótesis diferente de la del menor con discapacidad mental, el procedimiento de autorización deberá involucrar a la menor al momento de la realización de la valoración médica y la autorización judicial.

Para la Corte, las dos circunstancias anteriores plantean situaciones límite más complejas, frente a las cuales, la prohibición prevista en el artículo 7o de la Ley 1412 de 2010 podría resultar, en casos concretos, contraria al deber del Estado de proteger a las personas en condición de discapacidad y a los menores de edad (arts. 44 y 47), cuyos derechos prevalecen sobre los demás. Por consiguiente, el Estado debe, en razón de debilidad manifiesta de estas personas garantizar la autodeterminación y permitirles acceder a todos los servicios y medios disponibles para que no deban someterse a situaciones que ellos no han escogido, esto es, desde el momento en que estén en

capacidad de procrear. La decisión de someterse a anticoncepción quirúrgica asegura condiciones de vida más dignas para quienes no pueden tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de su libertad reproductiva y que pueden verse expuestos a embarazos forzados en detrimento de su dignidad e integridad personal.

Por consiguiente, la Corte procedió a declarar la exequibilidad del artículo 7o de la Ley 1412 de 2010, precisando que en casos específicos de menores en situación de discapacidad mental severa y permanente que estén en imposibilidad de otorgar en el futuro su consentimiento libre e informado y de menores para quienes un embarazo implica un riesgo inminente para su vida, el juez puede evaluar si autoriza la práctica de anticoncepción quirúrgica a un menor en las dos hipótesis anteriores, a solicitud de su representante legal.”¹¹²

Debe dejarse claridad que por medio de la práctica jurídica que realiza PAIIS, la esterilización de los niños y niñas con discapacidad no es extraña y para tristeza de los demandantes, es muy común.

Por lo tanto el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010, viola los derechos de los niños y niñas con discapacidad pues por medio de la posibilidad de que éste artículo otorga se están realizando procedimiento de esterilización forzosa. Así, aunque por medio de la obligatoriedad de una orden judicial se quiera tratar de crear un filtro procesal para evitar la vulneración de derechos humanos, es importante recalcar que los procedimientos de esterilización, de acuerdo con los estándares internacionales, están prohibidos de manera general y no la condiciona a exigencias procesales.

8. Tortura

La tortura es definida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la siguiente manera:

“Artículo 2

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.”

La prohibición de la tortura es un principio básico e imperativo de derechos humanos que supone el respeto por el derecho a la integridad física y psíquica de las personas. Al respecto, ésta prohibición ha sido entendida por la Corte IDH como parte del *jus cogens* internacional. En el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri* de 2004, la Corte IDH dijo:

“111. La Corte ha indicado que la tortura está estrictamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, “lucha contra el terrorismo” y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad

¹¹²CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-131 de 2014, M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

112. *Se ha conformado un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio de jus cogens internacional.*¹¹³

El derecho a la integridad física y su correlativo deber de prohibición de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes, están contenidos en varios convenios internacionales. Al respecto, en la CADH establece:

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

- 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.*
- 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”*

A su vez, en la CDPD está contenida esta prohibición general de la siguiente manera:

“Artículo 15

Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

- 1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.*
- 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*

En virtud de lo anterior, las personas con discapacidad, en virtud del deber general de respeto por el derecho a la igualdad y no discriminación, tienen el derecho en igualdad de condiciones a las demás personas de no ser sometidas a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En relación con los procesos de esterilización forzosa en personas con discapacidad, estos han sido entendidos como tortura en el sistema internacional de los derechos humanos. Este entendimiento ha sido desarrollado ampliamente por el Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Al respecto ha dicho:

“38. Las personas con discapacidad son sometidas a experimentos médicos y tratamientos médicos alteradores e irreversibles sin su consentimiento (por ejemplo, esterilizaciones, abortos e intervenciones encaminadas a corregir o aliviar una discapacidad, como el electrochoque y la administración de fármacos psicotrópicos, en particular los neurolépticos).(...)

(...)

41. Preocupa al Relator Especial que en muchos casos esas intervenciones, cuando se practican en personas con discapacidad, pasen inadvertidas o se justifiquen y no se las considere una forma de tortura u otros tratos o penas

¹¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Párr. 111 y 112

cruelles, inhumanos o degradantes. Tras la reciente entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, sería oportuno examinar el marco contra la tortura en relación con las personas con discapacidad.

(...)

Elementos de la definición de tortura

46. La aplicación del artículo 15 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, relativo a la prohibición de la tortura y los malos tratos, puede basarse en la definición de la tortura que figura en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura. Para que un acto cometido contra personas con discapacidad, o una omisión respecto de éstas, constituya tortura, deben estar presentes los cuatro elementos de la definición de la Convención contra la Tortura, a saber dolores o sufrimientos graves, intención, propósito y participación del Estado. En virtud del artículo 16 de la Convención contra la Tortura, los actos que no queden abarcados en esta definición podrán constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

47. Para evaluar el nivel de sufrimiento o dolor (1), cuya naturaleza es relativa, es preciso tener en cuenta las circunstancias del caso, en particular la existencia de una discapacidad, y determinar si la adquisición o el deterioro de una deficiencia se deben al trato o las condiciones de detención de la víctima. Mientras que un tratamiento médico plenamente justificado puede provocar dolores o sufrimientos graves, los tratamientos médicos de carácter alterador e irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica o traten de corregir o aliviar una discapacidad, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente.

(...)

49. Además, podrá entenderse que se ha dado el requisito de intención(2) que figura en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura cuando se haya discriminado a una persona por motivos de discapacidad. Eso es especialmente pertinente en el contexto de los tratamientos médicos de personas con discapacidad, en que las violaciones graves y la discriminación contra estas personas pueden encubrirse en forma de “buenas intenciones” por parte de los profesionales de la salud. Una conducta meramente negligente carece de la intención que se exige en el artículo 1, pero puede constituir malos tratos si provoca dolores o sufrimientos graves.

(...)

Aborto y esterilización

57. Un número incalculable de adultos y de niños con discapacidad han sido esterilizados a la fuerza en virtud de políticas y leyes promulgadas al efecto. Las personas con discapacidad, y sobre todo las mujeres y las niñas, siguen siendo sometidas dentro y fuera de las instituciones, a esterilizaciones y abortos forzados sin su consentimiento libre e informado, una práctica sobre la que se ha expresado preocupación. El Relator Especial observa que, en virtud del párrafo c) del artículo 23 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás” y

velar por su derecho a decidir libremente y de forma responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro (párrafo b) del artículo 23).¹¹⁴ (Destacado y subrayado fuera del texto)

En el 2013, el Relator ratificó esta posición de considerar que los procedimientos de esterilización pueden constituir tortura de la siguiente manera:

“15. La conceptualización como tortura o malos tratos de los abusos cometidos en entornos de atención de la salud es un fenómeno relativamente reciente. En la presente sección, el Relator Especial asume esta evolución continua de un paradigma que, bajo el epígrafe de tortura, incluye de forma creciente formas diversas de malos tratos en entornos de atención de la salud. El Relator demuestra que, si bien en un principio la prohibición de la tortura puede haberse aplicado sobre todo en contextos como el interrogatorio, castigo o intimidación de detenidos, la comunidad internacional ha empezado a ser consciente de que la tortura también puede darse en otros contextos.

(...)

32. El titular del mandato ha reconocido que los tratamientos médicos de carácter invasivo e irreversible, en caso de que carezcan de finalidad terapéutica, pueden constituir tortura y malos tratos si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente (ibid., párrs. 40 y 47). Este es el caso especialmente cuando se somete a tratamientos invasivos, irreversibles y no consentidos a pacientes que pertenecen a grupos marginados, como las personas con discapacidad, independientemente de las alegaciones de buenas intenciones o de necesidad médica que se puedan realizar. Por ejemplo, el titular del mandato afirmó que el carácter discriminatorio de las intervenciones psiquiátricas forzadas, cuando se realizan en personas con discapacidad psicosocial, cumple los requisitos de intencionalidad y propósito recogidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura, pese a las protestas de "buenas intenciones" que puedan formular profesionales de la medicina (ibid., párrs. 47 y 48). En otros casos, la administración no consentida de medicamentos o la esterilización involuntaria a menudo se defienden afirmando que son tratamientos necesarios que redundan en beneficio del denominado interés superior de la persona afectada.

(...)

33. Sin embargo, en respuesta a las denuncias de esterilizaciones de mujeres en 2011, la International Federation of Gynecology and Obstetrics subrayó que la esterilización para la prevención de futuros embarazos no tenía justificación ética aduciendo razones de emergencia médica. Incluso en el caso de que un nuevo embarazo pudiese poner en peligro la vida o la salud de la madre, esta [...] debía disponer de tiempo y apoyo necesarios para sopesar su elección. Debía respetarse su decisión con conocimiento de causa, incluso si se consideraba que podía ser nociva para su salud.

(...)

35. La doctrina de la necesidad médica sigue obstaculizando la protección contra los maltratos arbitrarios en entornos de atención de la salud. Es, por

¹¹⁴ Asamblea General, A/69/175, 28 de julio de 2009. Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

lo tanto, importante aclarar que el tratamiento proporcionado de forma contraria a las disposiciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya sea mediante coacción o discriminación, no puede ser legítimo ni justificarse con arreglo a la doctrina de necesidad médica.

(...)

48. Algunas mujeres pueden sufrir múltiples formas de discriminación a causa de su sexo u otros motivos relacionados con su condición o identidad. Un problema cada vez más generalizado es la esterilización involuntaria de mujeres de minorías étnicas y raciales, mujeres de comunidades marginadas y mujeres con discapacidad a causa de la noción discriminatoria según la cual no son "aptas" para tener hijos. La esterilización forzada es un acto de violencia, una forma de control social y una violación del derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El titular del mandato ha afirmado que "los abortos y las esterilizaciones forzadas practicadas por funcionarios del Estado siguiendo leyes o políticas coercitivas de planificación de la familia pueden constituir tortura".

(...)

61. Numerosos llamamientos hechos por el titular del mandato a favor de examinar el marco de protección contra la tortura en relación con las personas con discapacidad siguen sin ser atendidos. Por lo tanto, es necesario reafirmar que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ofrece el conjunto más completo de normas sobre esos derechos, entre otras cosas, en el contexto de la atención de la salud, en el que las opciones de las personas con discapacidad suelen quedar invalidadas atendiendo a un supuesto "interés superior" y las violaciones graves y la discriminación contra estas personas pueden encubrirse aduciendo las "buenas intenciones" de los profesionales de la salud (A/63/175, párr. 49).

(...)

Legislación nacional que permite las intervenciones médicas forzadas

64. El titular del mandato sigue recibiendo informes sobre el uso sistemático de intervenciones médicas forzadas en todo el mundo. Al igual que los órganos de las Naciones Unidas, ha establecido que el tratamiento involuntario y otras intervenciones psiquiátricas en centros de atención de la salud son formas de tortura y malos tratos. Las intervenciones médicas forzadas, que suelen justificarse erróneamente alegando teorías de incapacidad y de necesidad terapéutica contrarias a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se ven legitimadas por las leyes nacionales, y pueden llegar a gozar de un amplio apoyo público al realizarse en aras del presunto "interés superior" de la persona afectada. No obstante, en la medida en que infligen dolor o sufrimientos graves, contravienen la prohibición absoluta de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes (A/63/175, párrs. 38, 40 y 41). Su preocupación por la autonomía y la dignidad de las personas con discapacidad hace que el Relator Especial inste a que se revise la legislación nacional que permite las intervenciones médicas forzadas. El pleno respeto de la capacidad jurídica de cada persona es un primer paso en la prevención de la tortura y los malos tratos

65. En todo el mundo millones de personas con discapacidad son despojadas de su capacidad jurídica debido a la estigmatización y la

discriminación, mediante una declaración judicial de incapacidad o sencillamente por una decisión facultativa, según la cual la persona "carece de capacidad" para tomar decisiones. Privadas de su capacidad jurídica, se asigna a estas personas un tutor u otro encargado de tomar decisiones en su lugar, cuyo consentimiento será considerado suficiente para justificar un tratamiento forzoso (E/CN.4/2005/51, párr. 79).

66. Como ya declaró con anterioridad el titular del mandato, los criterios que determinan los motivos para administrar un tratamiento sin que haya consentimiento libre e informado deben aclararse en la ley, y no deben hacerse distinciones entre las personas con discapacidad o sin ella. Solo en una situación de emergencia que ponga en riesgo la vida de una persona y en la que no haya desacuerdo con respecto a la falta de capacidad jurídica podrá un profesional sanitario realizar un procedimiento para salvar la vida sin obtener el consentimiento informado. Desde esta perspectiva, quizás sea necesario reconsiderar varios de los Principios de 1991 por contravenir las disposiciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/63/175, párr. 44)."¹¹⁵ (Destacado y subrayado fuera del texto)

Siguiendo con lo anterior, en relación con la vulneración del deber general protección de la integridad física y psicológica de las personas con discapacidad, la propia Asamblea General de Naciones Unidas dijo:

"73. Las políticas y las leyes que autorizan tratamientos no consentidos carentes de finalidad terapéutica o que tienen por objeto corregir o mitigar una discapacidad —con inclusión de las esterilizaciones, los abortos, la terapia electroconvulsiva y la terapia psicotrópica innecesariamente invasiva— vulneran el derecho a la integridad física y mental y pueden constituir tortura y malos tratos."¹¹⁶ (Destacado y subrayado fuera del texto)

De los anteriores extractos se desprende que la comunidad internacional considera que los tratamientos médicos invasivos irreversibles y no consentidos por los pacientes, como lo son los procedimientos de esterilización forzosa, especialmente si se trata de grupos históricamente discriminados como las personas con discapacidad pueden constituir actos de tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes. Esta tipificación se ve en muchos casos, tal como sucede en Colombia, enmascarada por supuestas "buenas intenciones" que en realidad perpetúan tratos discriminatorios y hace prevalecer teorías como la de la incapacidad. A pesar de lo anterior, estas finalidades supuestamente benéficas constituyen una violación al derecho a la integridad física y psicológica puesto que se desconocen en términos absolutos los derechos de las personas con discapacidad a decidir sobre su propio cuerpo.

Estas medidas eugenésicas a todas luces violatoria de derechos humanos deben ser revisadas por los Estados para evitar que se sigan vulnerando los derechos de las personas con discapacidad.

Así, el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 constituye una violación del derecho a la integridad de las personas y su correlativo deber de prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, el cual, tal como se dijo anteriormente constituye una norma imperativa de derechos humanos. Esta violación se fundamenta en la realización de procedimientos médicos definitivos sin contar con el consentimiento libre e informado de la persona a la cual se le va a realizar.

¹¹⁵ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. A/HRC/22/53. 1 de febrero de 2013. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez

¹¹⁶ NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL. A/64/272. 10 de agosto de 2009. Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

VI. SOLICITUDES

A partir de los argumentos precedentes solicitamos respetuosamente que la Corte Constitucional acceda a las siguientes pretensiones:

1. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 6º de la ley 1412 de 2010 por ser violatoria de los artículos constitucionales precitados y, como consecuencia,
2. Exhortar al Ministerio de Salud y a la Superintendencia de Salud a que expidan circulares y órdenes que prohíban la esterilización de personas con discapacidad sin su consentimiento libre e informado. De la misma manera, exhortar a estas instituciones a que construyan un protocolo de reconocimiento de decisiones de personas con discapacidad para procedimientos médicos.
3. Exhortar al Ministerio de Educación para que desarrolle e implemente programas enfocados a cumplir con su deber de información con respecto a los derechos sexuales y reproductivos de personas con discapacidad.

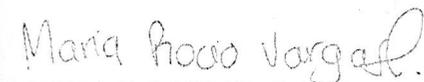
VI. NOTIFICACIONES

De la presente acción recibiremos notificación en la Carrera 5ª Número 15 – 37, Bogotá, D.C., Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes.

Con todo respeto,



ANDREA PARRA FONSECA
C.c. N.º. 52.257.961 de Bogotá D.C.
Tarjeta Profesional No. 114.863
Directora del Programa de Acción por
la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS)



MARIA ROCIO VARGAS
C.c. No. 1.144.041.699 de Cali



JUAN DAVID CAMACHO
C.c. No. 1.032.434.007 de Bogotá
Asesor Jurídico del Programa de
Acción por la Igualdad y la
Inclusión Social



JUAN SEBASTIÁN JAIME
C.c. No. 1.032.381.496 de Bogotá
Asesor Jurídico del Programa de Acción
por la Igualdad y la Inclusión Social



MARÍA JOSE MONTOYA
C.c. No. 1.020.745.739
Asesora Jurídica del Programa de
Acción por la Igualdad y la Inclusión
Social

