RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA GARANTÍA DE LA PERSONA EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD COGNITIVA A DECIDIR SOBRE SUS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD: UN ESTUDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CASO DE LA ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA

MARÍA TERESA LAGOS BÁEZ

Maestría en Derecho Constitucional

Director: Dr. Carlos Alberto López Cadena

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
BOGOTÁ D.C.
2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Rector:	Dr. Hernando Parra Nieto
Secretario General:	Dr. José Fernando Rubio N.
Decana Facultad de Derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Director Departamento Derecho Constitucional:	Dr. Humberto Sierra Porto
Director de Tesis:	Dr. Carlos Alberto López Cadena
Examinador:	Dr. Héctor Wiesner León

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 5

1. CONSIDERACIONES SOBRE LA DISCAPACIDAD DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS 8

1.1 MODELOS DE DISCAPACIDAD PARA ABORDAR LOS DERECHOS HUMANOS 9
1.2 RECONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL CONTEXTO DE LA DISCAPACIDAD: ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y LOS AJUSTES RAZONABLES 15
1.3. REPLANTEAMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA: REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 28

2. HACIA LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD PARA DECIDIR SOBRE SUS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO 37

2.1 INSTRUMENTOS PRELIMINARES DE LAS NACIONES UNIDAS: FUNDAMENTOS DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD 37
2.2 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ADOPCIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD Y RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA 42
2.4 DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO 49

3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE LA PERSONA EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD COGNITIVA A EJERCER Y DECIDIR SOBRE SUS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: EL CASO DE LA ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA 66

3.1 DESARROLLO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL 66
3.1.1 Sentencia hito fundadora de línea T-850 de 2002 66
3.1.2 Sentencia hito consolidadora de línea T-248 de 2003 70
3.1.3 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-492 de 2006 73
3.1.4 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-1019 de 2006 76
3.1.5 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-560A de 2007 79
3.1.6 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-063 de 2012 82
3.1.7 Sentencia hito modificadora de línea T-740 de 2014 85
3.1.8 Sentencia hito modificadora de línea C-182 de 2016 88

3.1.9 Sentencia hito modificadora de línea T-303 de 2016.....92
3.1.10 Sentencia hito modificadora de línea T-573 de 2016.....95
3.1.11 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-231 de 2019.....99
3.2 HALLAZGOS.....102

CONCLUSIONES 106

ANEXO 110

GRÁFICA LÍNEA JURISPRUDENCIAL 110

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....111

INTRODUCCIÓN

Al hacer referencia a la discapacidad como fenómeno social, es necesario comprender su complejidad, tanto desde una perspectiva social como jurídica. En el caso de Colombia, según el último censo poblacional, 7,2% del total de la población se encuentra en situación de discapacidad, en su mayoría ubicada en sectores socioeconómicos bajos y con dificultades para obtener ingresos propios, oportunidades laborales y de educación, lo que acrecienta la condición de vulnerabilidad, aunada al contexto histórico de marginación, exclusión, estigmatización y rechazo hacia la persona con diversidad funcional.

Lo anterior ha impactado en forma negativa el reconocimiento y ejercicio de garantías básicas, al relegar a las personas con discapacidad a ser sujetos de protección, mas no de derechos, negándoles la autonomía para decidir sobre su proyecto de vida. Esto a su vez ha permitido la adopción de prácticas de esterilización basadas en razones de tipo eugenésico, debido a la persistencia de creencias sociales que catalogan a la persona con discapacidad cognitiva como sujeto infantilizado, asexuado e incapaz de asumir la maternidad o paternidad.

Con el propósito de poner fin a tal situación, el desarrollo de los derechos humanos da paso al reconocimiento del modelo social de discapacidad que busca un cambio de paradigma en la forma de entender y abordar el fenómeno, superando con ello concepciones de prescindencia y rehabilitadoras, para situarlo en el discurso de los derechos humanos, donde se parte del respeto a la diversidad como característica intrínseca de la condición humana y se ahonda en las causas sociológicas que impiden el libre ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, con el fin de reivindicar el respeto por la dignidad humana y propender por la inclusión social bajo principios de accesibilidad, no discriminación y autonomía.

De esta manera, surge el reconocimiento del modelo social de discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos, a través de la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la cual fue precedida por un arduo proceso de luchas sociales de organizaciones de las población en tal situación, que buscaban principalmente la reivindicación de su dignidad humana, autonomía y efectiva participación en la toma de decisiones concernientes a su plan de vida. En este sentido, la convención impone a los Estados signatarios obligaciones claras relacionadas con la garantía de derechos y libertades, así como la implementación de acciones positivas encaminadas hacia la eliminación de barreras de tipo jurídico y social que limiten el ejercicio de derechos de las personas en condición de discapacidad, entre ellos, los sexuales y reproductivos.

En este orden de ideas, el presente trabajo de investigación analiza el desarrollo teórico y jurisprudencial alrededor del reconocimiento y la protección del derecho de las personas en condición de discapacidad a decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos, pretendiendo dar respuesta al interrogante sobre si la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia acoge en forma integral los mandatos derivados del modelo social de discapacidad, frente a la facultad de la persona con discapacidad cognitiva para decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos en condiciones de igualdad, particularmente en el caso de la esterilización quirúrgica.

Para ello, se presenta en el primer capítulo un estudio teórico-descriptivo, con la finalidad de develar la fundamentación del modelo social de discapacidad, etapa superior a los modelos de prescindencia y rehabilitador, y la manera como este influyó en la reconfiguración o reformulación de derechos como la igualdad, la dignidad humana y la autonomía. Todo ello encaminado a la reivindicación del derecho a la libre determinación de este grupo de personas, para ser reconocidas como sujetos morales completos y autónomos, con plena capacidad para tomar

decisiones sobre diferentes esferas que componen la existencia humana, conforme a sus propias necesidades, condiciones y aspiraciones.

Seguidamente, el segundo capítulo del trabajo se ocupa de exponer el contenido normativo del derecho internacional y el sistema jurídico colombiano, alrededor del tratamiento de los derechos de la población con discapacidad, en específico, las disposiciones relacionadas con la capacidad jurídica para ejercer en forma autónoma sus derechos y el reconocimiento de las prerrogativas sexuales y reproductivas. Lo anterior, persiguiendo visualizar cómo ha sido su desarrollo y el proceso de adecuación de la ley colombiana a los estándares establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo cual se constituye en la hoja de ruta para la protección de los derechos de este grupo poblacional.

Finalmente, el tercer capítulo de este estudio se centra en el análisis de la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional colombiana, atinente a la protección de la facultad de las personas en situación de discapacidad cognitiva para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos en condiciones de igualdad, frente a casos en los cuales se discute la procedencia de intervenciones quirúrgicas de esterilización. Con ello, se busca determinar el criterio del máximo tribunal constitucional del país sobre el reconocimiento de los derechos de las personas en situación de discapacidad, la capacidad jurídica para ejercer estos derechos y las condiciones en las que proceden injerencias de terceros para la toma de decisiones, en el marco del modelo social de discapacidad.

1. CONSIDERACIONES SOBRE LA DISCAPACIDAD DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Por mucho tiempo el fenómeno de la discapacidad no ocupó un espacio de discusión dentro de las teorías de los derechos. Si bien desde legislaciones incipientes se reguló su papel en la sociedad, el mismo se enfocó eminentemente en la consideración de ser objeto de protección, mas no en la persona en condición de discapacidad como sujeto plenamente capaz de ejercer sus derechos, concibiéndola únicamente como receptora del proteccionismo a partir de parámetros de asistencia o atención médica y, pese al reconocimiento de ciertas de sus garantías, aquellas no se justificaban desde la dignidad personal, lo cual le impidió la facultad para tomar decisiones sobre el diseño de su proyecto de vida.

Luego de un largo periodo en el que primó el excesivo paternalismo en el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, nace la necesidad de replantear la forma como se venía justificado dicha protección y se hace inevitable acudir al enfoque de derechos en la concepción y abordaje de la discapacidad, como una exigencia para alcanzar la justicia social. Al respecto, Martha Nussbaum precisa: “Una teoría satisfactoria de la justicia humana debe reconocer la igualdad de los ciudadanos con deficiencias, incluidas las deficiencias mentales, y proveer adecuadamente para su asistencia y educación, de un modo que dé respuesta también a las discapacidades asociadas”[1].

De esta manera, el primer capítulo del presente estudio aborda la perspectiva teórica de la reformulación de los principios básicos de derechos como la igualdad, la dignidad humana y la autonomía, derivados del enfoque social y los derechos

[1] NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 103

sobre la discapacidad, y se orienta a la reivindicación de la libre determinación de las personas en tal condición para ser sujetos morales autónomos, capaces de decidir sobre cuestiones básicas de su existencia, conforme a sus necesidades específicas y aspiraciones propias.

1.1 MODELOS DE DISCAPACIDAD PARA ABORDAR LOS DERECHOS HUMANOS

Como colectivo social, las personas con discapacidad históricamente han afrontado circunstancias de exclusión y rechazo, dando paso a la negación de sus derechos más básicos y a ser víctimas de tratos contrarios al respeto por su dignidad humana. Esta situación fue socialmente aceptada, con base en creencias tradicionales que descalificaron y subvaloraron el papel de esta población en la sociedad, y dichos prejuicios también se reflejaron en el tratamiento jurídico de sus derechos, el cual optó por un enfoque proteccionista desmedido, que anula por completo la posibilidad de control sobre el propio destino de cada uno de sus individuos.

Por supuesto, la forma de abordar el tema de la discapacidad desde el enfoque de derechos humanos ha sufrido variaciones conforme al contexto histórico, el cual influyó tanto en la forma de entender el fenómeno de la discapacidad como en la manera de afrontarlo. Diversos autores señalan tres etapas o modelos de discapacidad: el *modelo de prescindencia*, el *rehabilitador* y el *social de discapacidad*.

En primer lugar, en lo referente al *modelo de prescindencia*, en este se considera que la condición de discapacidad tiene un origen religioso. Concretamente, se trata de un “castigo divino” derivado del pecado o una manifestación de la furia de Dios. En este contexto, las personas con discapacidad fueron consideradas

innecesarias para la comunidad, dada su imposibilidad de contribuir a la sociedad[2] y ser una carga para la misma. Como resultado de tal concepción, se niega el sentido a su existencia y, por ende, el valor de su vida. Como es posible observar, a la luz de este enfoque se suprime todo derecho subjetivo y dignidad humana y, en razón a ello, "la sociedad decide *prescindir* de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, ya sea situándolas en el espacio destinado para los *anormales* y las clases pobres" [3].

Dentro del modelo de prescindencia, Palacios y Bariffi identifican dos submodelos desde los cuales se abordó el tema de la discapacidad: el *eugenésico* y el de marginación. Respecto al primero, la sociedad clásica contemplaba la inconveniencia de permitir el desarrollo y crecimiento de los niños con discapacidad, por tanto, la solución a esta situación se enfocaba en la eliminación de las personas, a través de medidas eugenésicas como el infanticidio, "siendo muchas veces el Estado el encargado de decidir sobre la vida o muerte de sus futuros ciudadanos"[4].

Aun cuando esta medida de prescindencia no tiene cabida en la actualidad bajo el contexto de los derechos humanos, vale hacer la reflexión sobre el mantenimiento de ciertas acciones eugenésicas que conservan concepciones negativas y de rechazo respecto de la discapacidad como situación indeseada que debe ser eliminada, en especial, a través de procedimientos de esterilización y aborto forzado.

---

[2] ROMAÑACH CABRERO, Javier. *Bioética al otro lado del espejo: la visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos*. [en línea]. Disponible en http://www.diversocracia.org/docs/Bioetica_al_otro_lado_del_espejo.pdf

[3] PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. [en línea]. Madrid: Ediciones Cinca, 2007, p. 14. [citado el 1° de marzo de 2021]. Disponible en https://www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2014/09/19L_ladiscapacidad.pdf

[4] VELARDE LIZAMA, valentina. "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico". [en línea]. *Revista Empresa y Humanismo*. 2012, vol. 15, núm. 1, p. 119. [citado el 10 de marzo de 2021]. Disponible en https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/29153/1/REYH%2015-1-12Velarde%20Lizama.pdf

El segundo submodelo tuvo auge en la Edad Media, pues en ese lapso no fue aceptable el modelo eugenésico que optaba por la eliminación del individuo, pero, quienes padecían discapacidades eran relegados a un papel de pobreza y marginación que derivó en la exclusión: "Ya sea como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o como advertencia de un peligro inminente"[5]. Bajo esta perspectiva, el trato brindado a la persona con discapacidad implicaba tanto uno de carácter misericordioso basado en la caridad cristiana como otro excluyente, que ubicaba a los individuos en un papel de mendicidad.

Seguidamente, se encuentra el *modelo rehabilitador,* el cual significó un cambio de paradigma, al considerar la discapacidad no como un castigo divino, sino como una situación de enfermedad a tratarse médicamente. En esta dirección, se pasa del papel marginal de la persona con discapacidad a ser considerada sujeto de asistencia por parte del Estado. De tal forma, el modelo no se concibe desde la negación del valor de la existencia de estas personas y, por el contrario, se dirige a su inclusión social, a través de medidas, de rehabilitación y terapia, que eliminen las circunstancias de deficiencia o limitación. Solo así el individuo es considerado útil para la vida en comunidad, "pues al entenderse como una deficiencia biológica con causa científica, la diversidad funcional no solo puede ser curada sino además prevenida"[6].

Vale mencionar, en este modelo la discapacidad es abordada como una problemática individual de la persona que la padece, lo cual limita el desarrollo de sus actividades cotidianas y requiere asistencia profesional médica para brindarle el cuidado necesario. Entonces, el mayor aporte del modelo rehabilitador tiene que ver con la proliferación de políticas públicas de asistencia social institucionalizada como obligación del Estado, así como con la gestión de medidas de derecho civil

[5] PALACIOS y BARIFFI, *op. cit.*, p. 15.
[6] VELARDE LIZAMA, *op. cit*., p. 123.

encaminadas a la limitación de la capacidad jurídica y adopción de figuras de tutela.

En palabras de Agustina Palacios y Francisco Bariffi, en la etapa en mención: “La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela. La atención sanitaria se considera la materia fundamental, y en el ámbito político, la respuesta principal es la modificación y reforma de la política de atención a la salud”[7].

Si bien, este modelo significó un avance en la dignificación de las personas con discapacidad, al reivindicar su valor y utilidad en la sociedad mediante la rehabilitación, varios autores han señalado enfáticamente sus falencias desde el enfoque de derechos. En primer lugar, se ha señalado cómo el esquema rehabilitador permite la estigmatización del individuo con discapacidad, por ser definido desde su enfermedad, lo cual conlleva a entender el no reconocimiento pleno de sus derechos como ciudadano, siendo la “normalización” presupuesto para el ejercicio de los mismos. Adicionalmente, “el modelo médico no ofrece una respuesta integradora a aquellas situaciones en las que no existe la posibilidad de lograr una rehabilitación completa”[8].

De igual manera, el modelo no responde a las necesidades específicas de la población con discapacidad, al partir de la imposición de creencias culturales sobre normalidad, eliminando con ello la diversidad funcional, bajo preceptos que tradicionalmente deben considerarse desde el aspecto médico como aceptables. Asimismo, en la etapa rehabilitadora se adoptan medidas paternalistas que

[7] PALACIOS y BARIFFI, *op. cit*, p. 17.
[8] GUTIÉRREZ COLOMINAS. David. *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas. Programa de Doctorado en Derecho, 2018, p. 31.

relegan a la persona a una situación de dependencia, siendo sujeto de protección y no de plenos derechos, al limitar la posibilidad de ejercer sus capacidades.

Posteriormente, se encuentra el *modelo social de discapacidad***,** el cual significó una revolución en la forma de entender el fenómeno, así como de abordarlo desde una óptica de derechos humanos. Dicho cambio de paradigma surgió a partir de las demandas sociales de los movimientos de colectivos, quienes reclamaban el reconocimiento pleno de la titularidad y ejercicio de sus derechos universales y la superación de enfoques meramente asistenciales y paternalistas para reivindicar su papel en la sociedad como verdaderos sujetos de derechos.

Uno de los presupuestos más importantes de esta etapa tiene que ver con la superación de la concepción de la discapacidad como asunto asociado a fuentes individuales, religiosas y científicas, para centrarse en las causas sociales. Bajo dicha perspectiva, la discapacidad tiene su origen en las limitaciones de la sociedad cuando impiden a las personas con diversidad funcional acceder a los servicios indispensables para la satisfacción de sus necesidades básicas. “Así, este paradigma cuestiona la discapacidad concebida como limitación individual o deficiencia, y la caracteriza como un fenómeno resultante de la interacción entre una patología y un entorno no adaptado”[9].

Bajo la anterior línea de análisis, la respuesta frente a la situación de discapacidad no se orienta al individuo que debe superar su “deficiencia”, sino a la sociedad, quien debe adoptar mecanismos y acciones dirigidas a la superación de obstáculos y la promoción de la equiparación de oportunidades. “De ahí que, a diferencia del modelo médico que se asienta sobre la rehabilitación de las personas con discapacidad, el modelo social ponga el énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las

[9] *Ibidem*, p. 35.

necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad"[10].

El modelo social de discapacidad toma como punto de partida el reconocimiento de valores intrínsecos: la dignidad humana, la igualdad material, la autonomía y la inclusión social, en aras de la consecución de objetivos específicos como la vida independiente, la prohibición de discriminar, la accesibilidad y adecuación de los espacios y el reconocimiento de la capacidad de las personas con diversidad funcional para tomar decisiones válidas sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales[11].

Este enfoque no considera la discapacidad como defecto a esconderse o corregirse, sino que reconoce en la diferencia parte de la naturaleza intrínseca del ser humano, con el objetivo de rescatar y potencializar las capacidades diversas de la población discapacitada, mediante la implementación de acciones que contribuyan a su desarrollo y el apoyo idóneo para alcanzar una vida independiente. En suma, "desde el modelo social se defiende que toda persona, cualquiera sea la naturaleza o complejidad de su diversidad funcional, debe poder tener la posibilidad de tomar las decisiones que le afecten en lo que atañe a su desarrollo como sujeto moral, y por ende debe permitírsele tomar dichas decisiones"[12].

La vigencia de este último modelo de discapacidad implica entonces repensar la realidad social y la concepción de ciertos principios, en especial los de igualdad y dignidad humana, los cuales deben ajustarse para dar respuesta a las demandas y necesidades de un grupo poblacional específico, con el fin de superar cuestiones

---

[10] VELARDE LIZAMA, *op. cit.*, p. 128.
[11] PALACIOS y BARIFFI, *op. cit.*, pp. 103 y ss.
[12] PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. [En línea]. Madrid: Cermi - Ediciones Cinca. 2008, p. 141. Disponible en http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/3624/El%20modelo%20social%20de%20discapacidad.pdf?sequence=1&rd=0031247922945168

jurídicas que nieguen o limiten el pleno goce de sus derechos y libertades, aspectos que serán abordados en los siguientes acápites.

1.2 RECONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL CONTEXTO DE LA DISCAPACIDAD: ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y LOS AJUSTES RAZONABLES

Una de las bases fundantes del Estado Social de Derecho es el principio de igualdad, el cual se ha constituido en exigencia de justicia y presupuesto para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales y la ciudadanía. “La igualdad entendida como igualación de los diferentes es un ideal permanente y perenne de los hombres que viven en sociedad. Cada superación de esta o aquella discriminación representa una etapa de progreso”[13]. Ello supone el reconocimiento de un valor igualitario de los individuos independientemente de sus diferencias.

Así, la igualdad representa un mecanismo al cual pueden acudir las personas para acceder en forma equitativa a los bienes e intereses jurídicos, sin distinción arbitraria, con el fin de satisfacer sus necesidades básicas y pretensiones conforme a su propio proyecto de vida. En últimas, la igualdad “no es otra que la igual consideración de los sujetos morales en el discurso sobre los derechos. La exigencia del respeto a la libertad de elección en el ámbito del dinamismo de la libertad, exige situar a todos los sujetos en iguales condiciones para la determinación de los instrumentos que permitan el logro de una vida humana digna”[14].

Al ahondar en el contenido conceptual de la igualdad, vale mencionar en principio lo desarrollado por Dworkin, quien establece que aquella comprende dos tipos de

[13] BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Editorial Paidós, 1993, p. 93.
[14] ASÍS ROIG, Rafael de. *Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*. [en línea]. Madrid: Editorial Dykinson, 2007, p. 41. [citado el 3 de marzo de 2020]. Disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9401/derechos_asis_2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y

derechos: el primero, relacionado con el derecho a *igual tratamiento*, refiere la igual distribución de beneficios, oportunidades y cargas entre los ciudadanos. El segundo derecho, *ser tratado como igual* o *trato igualitario*, implica recibir un tratamiento paritario sin distinción de ningún tipo, esto es, "con la misma consideración y respeto que cualquiera"[15].

Por su parte, Bobbio aborda el contenido de la igualdad a partir de dos preguntas: ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué? Respecto a la primera, el autor habla de la exigencia de que las humanidades sean consideradas iguales y reciban un trato igual sobre todo aspecto que constituye la esencia de la humanidad o su naturaleza intrínseca, como el uso de la razón, la libertad, la dignidad humana o la capacidad jurídica[16].

En relación con el segundo interrogante sobre la igualdad, el mismo autor plantea ciertas dimensiones que la componen: la *igualdad frente a la ley* significa la eliminación de discriminaciones arbitrarias por parte de jueces o legisladores, salvo que existan diferencias relevantes que ameriten un trato desigual. La *igualdad de derechos* supone el goce de los mismos derechos fundamentales constitucionales proclamados por los seres humanos. La *igualdad jurídica* se refiere al reconocimiento de la persona como sujeto jurídico dotado de capacidad jurídica. La *igualdad de oportunidades* está orientada a situar a todos los individuos en las mismas condiciones para acercase o lograr sus objetivos vitales o plan de vida.

No obstante teorizar sobre las anteriores dimensiones de la igualdad, el autor reconoce que no todos los individuos tienen las mismas condiciones para obtenerla y, dadas las desigualdades naturales, resulta necesario adoptar medidas de favorecimiento a los más desposeídos: "De tal modo una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una

[15] DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 2012, p. 332
[16] BOBBIO, *op. cit.*, p. 69.

desigualdad precedente; de modo que la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades"[17].

Ahora bien, Rawls al explicar el concepto de justicia menciona cómo la misma puede desarrollarse a partir de dos principios relacionados con la igualdad. El primero en cuanto cada persona tiene igual oportunidad para participar o ejercer su libertad (manifestada a través de derechos, libertades, poderes y responsabilidades), en el cual debe existir paridad de circunstancias. El segundo principio se refiere a cómo las desigualdades son arbitrarias siempre que sean injustificadas. En tal sentido: "Una desigualdad es permisible solo si hay razón para creer que la práctica que incluye o da como resultado esa desigualdad obrará en provecho de todas las partes embarcadas en ella. Es importante aquí acentuar que todas las partes tienen que salir ganando con la desigualdad"[18].

Amartya Sen, por su parte, critica las concepciones clásicas referentes a la igualdad de bienes o libertades y afirma que la misma no responde a necesidades particulares o a las diversidades humanas. Por tal motivo, establece la teoría de *igualdad de la capacidad básica*, la cual, más que en los bienes se concentra en la igualdad para conseguir los "funcionamientos" valiosos en la vida de una persona, junto con la libertad para fomentarlos. Así, "la manera más adecuada de considerar la 'verdadera' igualdad de oportunidades tiene que pasar por la igualdad de capacidades, es decir, la eliminación de desigualdades de capacidad inambiguas (digo inambiguas porque las comparaciones de capacidad son típicamente incompletas)"[19].

---

[17] *Ibidem,* p. 79.

[18] RAWLS, John. "Justicia como equidad". [en línea]. *Revista Española de Control Externo.* 2003, vol. 5, núm. 13, p. 133. [Citado el 27 de marzo de 2021]. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1069286.pdf

[19] SEN, Amartya. *"Nuevo examen de la desigualdad".* [en línea]. *Madrid: Alianza ediorial*. [Citado el 27 de marzo de 2021]. Disponible en https://pim.udelar.edu.uy/wp-content/uploads/sites/14/2019/08/Sen_Amartya_Nuevo_Examen_de_La_Desigualdad.pdf p. 20

En lo atinente al tema de interés, al situar el discurso de la igualdad en el contexto de la discapacidad, necesariamente debe precisarse que no todas las personas tienen las mismas condiciones para acceder a dicha distribución de bienes e intereses jurídicos en forma equitativa, lo que supone encontrarse en posición de desventaja. Es desde esta perspectiva que el reconocimiento de la diferencia como elemento de igualdad se hace indispensable para el logro de la equidad[20].

Entonces, se busca lograr una mayor inclusión a fin de recoger las expectativas y aspiraciones de las personas con discapacidad, "quienes al encontrarse en posición de desventaja con respecto a los demás miembros de la comunidad no pueden optar libremente por un proyecto de vida digno, o al menos no pueden hacerlo en condiciones de igualdad, lo que de suyo supone el desconocimiento de los valores de la ética pública de la modernidad"[21].

Sobre este particular, Agustina Palacios asegura que una sociedad inclusiva, debe partir del reconocimiento de las diversidades humanas, no como aspecto negativo que obstaculiza la realización de derechos, sino a través de una óptica positiva dirigida hacia la potencialización de los mismos. De esta manera, la igualdad en el contexto de la discapacidad requiere: "En primer lugar que la diferencia que implica la discapacidad no sea usada negativamente —y para ello es necesario el reconocimiento de la diferencia que dicha condición implica—; y en segundo lugar, se requieren medidas y acciones tendentes a compensar de algún modo la desigual distribución de los recursos, como consecuencia de dicha diferencia"[22].

Lo anterior visualiza la consideración del discurso de la igualdad como escenario propicio para el reconocimiento de la diferencia como característica intrínseca de la naturaleza humana e implica una reconfiguración de lo que debe entenderse por

[20] OSPINA RAMÍREZ, Mario Andrés. *Discapacidad y sociedad democrática*. [En línea]. *Revista Derecho del Estado*. Julio de 2010, núm. 24, pp. 143-164. [citado el 5 de marzo de 2021]. Disponible en https://www.redalyc.org/pdf/3376/337630234007.pdf
[21] *Ibidem*, p. 151.
[22] PALACIOS, *op. cit.*, p. 168.

igualdad en todas sus acepciones, partiendo del reconocimiento de la diversidad funcional como parte de la identidad del individuo, que lo define y condiciona, lo cual constituye un paso hacia la eliminación de prejuicios y barreras jurídicas, materiales y actitudinales, para el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad.

En este sentido, conviene analizar a la luz del contexto de la discapacidad los enfoques de aplicabilidad del principio de igualdad, asumiéndose desde la exigencia de un trato generalizado, diferenciado y no discriminatorio, los cuales contribuyen con su aplicación a superar situaciones de desventaja en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad.

Para empezar, la *igualdad como exigencia de trato generalizado* garantiza la eliminación de privilegios particulares o excepciones injustificadas, al punto de materializar el supuesto de la igualdad ante la ley, que implica el sometimiento de toda persona a las mismas normas y por consiguiente reciba el mismo trato por parte de las autoridades administrativas, judiciales y la sociedad, lo cual comporta: "La configuración impersonal del supuesto de hecho que ha de servir de fundamento para la imputación de la consecuencia jurídica definida en la norma"[23]. Este enfoque se encuentra relacionado con el mandato de tratamiento igual estudiado por Alexy, en el que establece cómo cualquier diferenciación es arbitraria, si la misma no se halla justificada: "Si no hay ninguna razón suficiente

[23] OSPINA RAMÍREZ, Mario Andrés. *El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad. Alcance de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Tesis Doctoral. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Programa Oficial de Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, 2017, p. 72.

para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual"[24].

La perspectiva, analizada desde el contexto de la discapacidad, conlleva a reflexionar sobre el respeto del derecho al igual reconocimiento de la titularidad y ejercicio de los derechos de las personas con algún tipo de diversidad funcional. Si bien en este escenario no se puede hablar de la existencia de circunstancias que son comparables, es necesario partir de la reivindicación de las prerrogativas de esta población para ejercer los mismos derechos y libertades de toda persona, sin que su condición de discapacidad sea óbice para su pleno goce.

En lo relacionado con la *igualdad como diferenciación*, vale mencionar que esta hace referencia a la llamada *diferenciación positiva,* la cual "supone un trato diferente de circunstancias y situaciones que se consideran relevantes"[25]. Anteriormente se habló de la importancia del reconocimiento de la diversidad y de la diferencia como parte inescindible de la igualdad; pues, a través de ello, se busca paliar posibles efectos negativos causados por la aplicación de la ley en forma neutral, sin la consideración de ciertas condiciones de vulnerabilidad y desventaja manifiestas en determinados grupos sociales, de manera que las condiciones físicas, psicosociales, económicas o de género resultan indispensables en el ejercicio de sus derechos.

Dicha perspectiva persigue garantizar la igualdad material en aras de obtener el equilibrio o balance en las cargas sociales y un alivio frente a las desigualdades, la marginación y el rechazo hacia la diversidad, que han generado circunstancias de inequidad e injusticia. "En ese sentido, se justifica plenamente un trato diverso en favor de determinadas personas cuando de una diferencia o un rasgo distintivo se

[24] ALEXY. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 395.
[25] ASÍS ROIG, 2007, *op. cit.*, p. 20.

deriva una situación de desigualdad"[26]. Al respecto, Alexy establece como parte del derecho a la igualdad el mandato de tratamiento de desigual diferenciación, el cual permite otorgar un trato desigual, cuando existan razones suficientes que así lo ameriten[27].

En similar sentido, Asís Roig ha considerado cómo la diferenciación positiva presupone un juicio de relevancia y razonabilidad para hallarse justificada. Así, tal diferenciación se verifica dentro del discurso de los derechos humanos, cuando cumple alguno de tres principios, que incluyen la satisfacción de las necesidades básicas, la visibilización de los individuos en esferas morales y políticas y la aceptación social de las diferencias:

> a) Una teoría integral de los derechos justifica la diferenciación que pretenda satisfacer necesidades básicas de los individuos.
> b) Una teoría integral de los derechos justicia la diferenciación que pretenda situar a los individuos en idénticas condiciones en el ámbito de la discusión moral y política.
> c) El disfrute de los derechos debe estar abierto a todos si bien pueden establecerse diferencias que, en virtud de los diferentes tipos de desigualdad, atendiendo al contexto en el que estos se desenvuelven, y teniendo en cuenta diferentes criterios de distribución en ellos presentes, sean aceptados por la mayoría de sujetos racionales implicados.[28]

Así las cosas, con la diferenciación como garantía de la igualdad se pretende la adopción de ciertas medidas o acciones en beneficio de cierto grupo de personas, sin que ello signifique la concreción de tratos privilegiados, sino la potencialización de los mandatos de la justicia social y la eliminación de barreras sociales. A esto se le ha denominado *acciones afirmativas.* Se busca entonces la promoción de "beneficios temporales que les permitan a los grupos más vulnerables alcanzar mayores y mejores niveles de acceso, calidad y eficiencia respecto a la oferta

[26] OSPINA RAMÍREZ, 2017, *op. cit.*, p. 74.
[27] ALEXY, *op. cit.*
[28] ASÍS ROIG, 2007, *op. cit.*, p. 42.

pública y privada de bienes sociales, culturales, económicos y políticos de una sociedad de bienestar con equidad social"[29].

Ahora bien, al fijar la mirada en el marco de la discapacidad, la aplicación de las acciones afirmativas adquiere mayor relevancia, pues se trata de una población que históricamente ha padecido situaciones de vulnerabilidad y marginalidad, producto de los obstáculos jurídicos y sociales que han impedido el reconocimiento de sus derechos fundamentales. En el caso de las personas con discapacidad, un presupuesto esencial para el ejercicio real de sus derechos es la accesibilidad del entorno, de forma tal, que el disfrute de un determinado derecho en condiciones de igualdad requiere de un entorno accesible[30]; de lo contrario, la posibilidad de ejercer el derecho se ve afectada en gran medida, lo cual se traduce en la generación de una condición de desigualdad.

Como tercer enfoque se encuentra la *igualdad como prohibición de discriminación o diferenciación negativa*, el cual parte del supuesto de exigir brindar un trato jurídico igualitario ante situaciones equiparables o comparables, es decir, a pesar de existir diferencias, ellas no son relevantes para el derecho y por consiguiente no impiden el disfrute, titularidad, ejercicio y garantía de los derechos o aplicación de las normas[31]. En ese sentido, la igualdad como no discriminación entraña una doble acepción: como derecho (a no ser discriminado) y como mandato de

---

[29] CASTRO HEREDIA, Javier Andrés; URREA GIRALDO, Fernando y VIÁFARA LÓPEZ, Carlos Augusto. "Un breve acercamiento a las políticas de Acción Afirmativa: orígenes, aplicación y experiencia para grupos étnico-raciales en Colombia y Cali". [en línea]. *Revista Sociedad y Economía*. Enero de 2009, núm. 16; p. 161. [Citado el 1° de marzo de 2021]. Disponible en https://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/handle/10893/704/accion%20afirmativa.pdf;jsessionid=2D4BF6B8028508DE15C80A706F871C0B?sequence=1

[30] PÉREZ BUENO, Luis Cayo. "La configuración jurídica de los ajustes razonables. [en línea]. En Luís Cayó PÉREZ BUENO (dir. y ed.) y Gloria ÁLVAREZ RAMÍREZ (cord.). *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*. Madrid: Cermi – Ediciones Cinca. 2012, pp. 159-183. [citado el 28 de febrero de 2021]. Disponible en https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/LA_CONFIGURACI_N_JUR_DICA_DE_LOS_AJUSTES_RAZONABLES.pdf

[31] ASÍS ROIG, 2007, *óp. cit.*

prohibición (impedimento de otorgar un trato diferenciado no justificado razonablemente)[32].

Bajo dicha visión se busca eliminar tratos degradantes o excluyentes arbitrarios, que impiden la libre titularidad y ejercicio de derechos con base en circunstancias como la orientación sexual, el género y la discapacidad, entre otras, las cuales son consideradas criterios sospechosos, pues constituyen razones históricas de marginación. De tal forma, "esta faceta de la igualdad comporta la proscripción de toda forma de segregación que se apoye en prejuicios y estereotipos (ideas, creencias, actitudes, opiniones, etc.) producto de la imposición de estándares y modelos sociales de parte del grupo socialmente dominante"[33].

Con base en lo anterior, el trato discriminatorio implica la ocurrencia de los siguientes hechos: 1) la existencia de un trato diferenciado ya sea a través del otorgamiento de privilegios arbitrarios o el trato desfavorable hacia una persona o grupo; 2) que el trato desigual tenga como fundamento un motivo prohibido o criterio sospechoso como el género, orientación sexual, diversidad funcional, entre otros; 3) que el resultado de la diferenciación conlleve al menoscabo, afectación o limitación en el ejercicio de los derechos del afectado, y 4) la medida o trato diferenciado no está justificado razonablemente, en esta medida, debe analizarse si "la medida en cuestión posee o no una causa justa porque de no hacerlos (en el diseño de la medida o en resultado de la aplicación de la misma), será entonces una medida que, por diferenciar teniendo en cuenta los motivos prohibidos, menoscaba el disfrute o ejercicio de derechos"[34].

---

[32] OSPINA RAMÍREZ, Mario Andrés. "La cláusula de prohibición de la discriminación en el marco del principio general de igualdad". En Mario OSPINA RAMÍREZ (ed.). *Debates sobre la prohibición de discriminación: de la fundamentación teórica al derecho colombiano.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 43.

[33] *Ibidem*, p. 43.

[34] BREGAGLIO, Renata. "Alcalnces del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". En: SALMÓN, Elizabeth y BREGAGLIO, Renata (Ed.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas*

Vale mencionar cómo la discriminación tiene su cimiento en un contexto histórico de exclusión de ciertos colectivos sociales, impidiendo su plena participación en los espacios públicos, bajo creencias y prejuicios que los sitúa en circunstancia de "inferioridad", a merced del trato hostil y desfavorable por parte de una población considerada "superior". Dicha exclusión parte del rechazo sobre las diferencias humanas, las cuales erróneamente han sido consideradas como pretexto para limitar o anular la titularidad y el goce de los derechos humanos.

Esta situación cobra mayor sentido en el contexto de la discapacidad, pues ella ha conllevado la restricción tradicional del disfrute de ciertos derechos, en razón a conceptos reduccionistas sobre lo que se entiende por "normalidad" y la clasificación de las personas con base en parámetros que vinculan la discapacidad con estereotipos negativos de "anormalidad", reforzando su exclusión, al definir a la persona en tal circunstancia a partir de sus limitaciones para ejercer ciertas actividades bajo las perspectivas hegemónicas "y —por ende— suponer que está imposibilitada de realizar actividad alguna —lo que equivale a ligar discapacidad con inutilidad—"[35].

Lo anterior ha contribuido a reforzar prejuicios que niegan la facultad de las personas con discapacidad para ser independientes en el ejercicio de sus derechos. Courtis explica que dicha discriminación incluye varias facetas: la primera, relacionada con el maltrato, agravio, la ofensa o descalificación, que contraría la dignidad humana de la persona; en segundo lugar, el empleo de la discapacidad como motivo para excluir o limitar la titularidad o ejercicio de los derechos y libertades; en tercer lugar, una discriminación indirecta, la cual implica la adopción de "criterios o prácticas aparentemente 'neutrales' pero que tengan

---

con Discapacidad. [en línea]. Lima: Idhpcp - Universidad Católica de Perú, 2015, p. 77. [Citado el 20 de febrero de 2021]. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf

[35] COURTIS, Christian. "Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la ley 51/2003". [en línea]. *Información y Debate*. Noviembre de 2001, núm. 51, p. 8. [citado el 20 de marzo de 2021]. Disponible en http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/699/Art_CourtisC_DiscapacidadInclusionRetos_2004.pdf?sequence=1

como efecto una desventaja injustificada hacia las personas con discapacidad"[36]; finalmente, constituyen trato discriminatorio estructural las conductas omisivas frente al mantenimiento de barreras existentes o, como se aludió antes, la insuficiencia en la adopción y aplicación de medidas de accesibilidad universal de los derechos y la omisión en la adopción de los ajustes razonables.

Ahora bien, al fijar la mirada hacia la condición de las personas con diversidad funcional desde un enfoque de derechos humanos, la materialización del derecho a la igualdad se ve satisfecha a partir de dos conceptos fundamentales: la accesibilidad universal y los ajustes razonables, los cuales propenden por el verdadero reconocimiento y reivindicación del ejercicio de los derechos de este grupo en condiciones de igualdad de oportunidades, frente a un ambiente hostil y excluyente.

De suyo, el *derecho a la accesibilidad universal* nace como respuesta a una configuración del mundo que presenta limitaciones hacia las capacidades de las personas en condición de discapacidad, lo que obstaculiza la plena garantía de la autonomía e independencia de esta población para el goce de su dignidad humana, libertad y desarrollo de su personalidad.

De esta manera, la accesibilidad universal puede entenderse desde dos perspectivas: una positiva, relacionada con las condiciones físicas y jurídicas del entorno, para permitir que aquellas personas accedan de forma independiente y autónoma a un respectivo servicio o derecho. Desde la perspectiva negativa, la accesibilidad universal implica la obligación del Estado de eliminar todo obstáculo, físico, legislativo o social, que restrinja o limite el disfrute de un servicio a esta población. "[…] Dichas barreras se originan principalmente por la forma como se ha construido la sociedad en el plano material, lo que afecta ámbitos de comunicación, de movilidad, de información, así como de acceso a bienes y

[36] *Ibidem,* p. 10.

servicios, y en últimas provoca la desigualdad social de este colectivo de personas frente a las demás"[37].

Asís Roig menciona cómo la accesibilidad universal se encuentra estrechamente ligada al principio de no discriminación, en la medida en que permite la plena participación en la vida social, política y jurídica. "La demanda de accesibilidad no se produce en abstracto ni en relación con ámbitos que poseen un alcance individual o personal, sino en comparación con los bienes, productos y servicios que algunos (la mayoría) disfrutan y se vinculan a la vida social"[38].

Dada la amplia diversidad en las condiciones de las personas con discapacidad, la accesibilidad universal puede adquirir diferentes enfoques o ámbitos en los cuales puede operar: 1) accesibilidad en la movilidad: supone la eliminación de obstáculos que dificultan el desplazamiento físico de la persona, sea a través de su motricidad o el transporte; 2) accesibilidad en la comunicación: implica la adopción de mecanismos que faciliten la expresión comunicativa de las personas con discapacidad a través de lenguajes inclusivos; 3) accesibilidad a los bienes y servicios: requiere la eliminación de restricciones en el acceso y posibilidad de adquisición de los mismos; y 4) accesibilidad desde un enfoque social: exige la superación de prejuicios, estereotipos y actitudes sociales de marginación o exclusión[39].

Una de las vías para garantizar la accesibilidad es mediante la adopción de los llamados *ajustes razonables,* los cuales tienen como fin eliminar barreras de este

[37] OSPINA RAMÍREZ, 2017, *op. cit.*, p. 97.
[38] ASÍS ROIG, Rafael de. "Sobre la accesibilidad universal". [en línea]. En: *Papeles El tiempo de los Derechos*, 2013, núm. 4, 2013, p. 2. [citado el 20 de marzo de 2021]. Disponible en https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/eventos/Rafael_de_Asis_Accesibilidad_Universal.pdf
[39] ASIS, Rafael de; AIELLO, Ana Laura; BARIFFI, Francisco; CAMPOY; Ignacio y PALACIOS, Agustina. "La accesibilidad universal en el marco constitucional español". [en línea]. *Derechos y Libertades.* Época 2. enero 2007, núm. 16, pp. 57-82. [citado el 11 de marzo de 2021]. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/41675261_La_accesibilidad_universal_en_el_marco_constitucional_espanol

tipo que afectan los derechos de las personas en condición de discapacidad, a través de la exigencia del rediseño o la readaptación con el propósito de crear condiciones de inclusión. En suma, “los ajustes razonables son medidas que pretenden adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de una persona”[40].

Así entonces, frente a circunstancias donde la accesibilidad al goce de los derechos fundamentales de las personas con diversidad funcional sea excluyente, y por tal razón se den situaciones de desventaja o marginación, los ajustes razonables pretenden remediar tal situación y permitirles la participación en la vida cotidiana en igualdad de condiciones y oportunidades. “En todo caso su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás miembros de la comunidad (elemento de garantía del derecho a la igualdad)”[41].

Pérez Bueno afirma que, frente a la inoperatividad o insuficiencia en la adopción de medidas de accesibilidad a los derechos de aquella población, operan los ajustes razonables como medidas subsidiarias dirigidas a preservar el derecho de la persona[42]. El autor hace especial hincapié en la característica de razonabilidad de los ajustes, de manera que los mimos tienen su propio límite, en no ser desproporcionados según el caso en concreto.

De igual manera precisa sus elementos constitutivos: 1) elementos de cambio, que supone una acción de transformación del entorno; 2) elemento de individualización que implica que dicha transformación responda a las necesidades particulares de la persona con discapacidad respecto de la situación en la que se encuentra,

[40] CUENCA GÓMEZ, Patricia. “El ajuste razonable como expresión de igualdad”. [en línea]. Ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2-4, septiembre, 2014, Lima, Perú), p. 10. [citado el 21 de marzo de 2021]. Disponible en: https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/El-ajuste-razonable-como-expresi%C3%B3n-de-igualdad-Patricia-Cuenca.pdf
[41] *Ibidem,* p. 13.
[42] PÉREZ BUENO, *op. cit.*

aportando una solución efectiva; 3) elemento de subsidiariedad, el cual se refiere a que su aplicación opera cuando las obligaciones de protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad no son suficientes; 4) elemento de razonabilidad, que significa que el ajuste razonable no debe constituir en una medida desproporcionada para el sujeto obligado; 5) elemento de garantía del derecho a la igualdad, que establece que la finalidad del ajuste razonable es garantizar la igualdad de oportunidades de participación en la comunidad[43].

1.3. REPLANTEAMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA: REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Tradicionalmente, el principio de la dignidad humana se ha constituido en uno de los cimentos más sólidos de todo Estado democrático, social y de derecho, al presentarse como referente de los valores políticos y jurídicos que deben regir la actividad pública. En este sentido, la dignidad humana establece el punto de partida (fundamento) y el punto de llegada (finalidad) de los derechos humanos. Como valor y característica inherente a la condición humana, la dignidad se encuentra conformada por "cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica"[44].

La idea de dignidad planteada desde el humanismo supone la representación del ser humano como centro del universo, poseedor de ciertas características que lo singularizan e identifican y conforman dicha dignidad, donde la racionalidad y libertad del individuo son los valores esenciales de su humanidad. En tal sentido, el hombre digno es aquel individuo dotado de autonomía e independencia que

[43] *Ibidem.*

[44] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. "La dignidad humana". [En línea]. En: Rafael F. de ASÍS ROIG, David BONDIA GARCÍA, Elena MAZA ZORRILLA (cords.). *Los desafíos de los derechos humanos hoy: Valladolid, 18 a 20 de octubre de 2006.* 2007, p. 157. [citado el 20 de febrero de 2021]. Disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16006/dignidad_Peces_2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y

dirige su propio destino conforme a su propia moralidad. Peces-Barba describe la dignidad humana como el escenario donde el ser humano, "que es el centro del mundo aparece también centrado en el mundo, es la dignidad humana, es decir, es un individuo secularizado, independiente, que decide por sí mismo, que piensa y crea por sí mismo, que se comunica y dialoga con los demás y que decide libremente sobre su moralidad privada"[45].

Sobre el aspecto, el autor plantea desde dos perspectivas el concepto de dignidad, que conforma el valor de las personas: una de carácter autonomista, compuesta por la facultad de elección, y una humanista, en la cual se toma como referente las características diferenciadoras de la especie humana y la especie animal. En concreto, sobre la idea de la autonomía como contenido esencial de la dignidad humana, se establece que la misma se halla conformada tanto por la capacidad para decidir libremente como por la independencia moral del individuo, esto es, elegir según las reglas establecidas por él mismo desde su libertad[46].

En este punto, al hablar sobre la idea de dignidad humana en el ámbito de la discapacidad, es preciso hacer hincapié en que concepciones tradicionales asocian el contenido de la dignidad con rasgos ideales o de perfección del ser humano, los cuales determinan su capacidad para el desarrollo de un papel social, sin considerar en su configuración "el contexto en el que se desenvuelven estos rasgos, los condicionamientos sociales y las dimensiones colectivas que se proyectan sobre ellos, las desigualdades de hecho existentes entre los sujetos morales y los impedimentos reales que dificultan el logro y el ejercicio de la autonomía y la independencia"[47]

---

[45] *Ibidem,* pp. 158 y 159.
[46] *Ibidem.*
[47] CUENCA GÓMEZ, Patricia. "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos". [en línea]. *Revista de Estudios Políticos*. Nueva Época. Octubre-diciembre de 2012, núm. 158, p. 120. [citado el 10 de marzo de 2021]. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4130420

Lo anterior derivó en circunstancias de estigmatización o exclusión de ciertos grupos al no cumplir con dichas características, generando consecuencias en la titularidad y ejercicio de los derechos. Por esta razón, se exige un replanteamiento o resignificación de algunos de los principios o ideas que conforman la dignidad humana, alejada de abstracciones o idealizaciones que no corresponden con la realidad social en la cual ella tiene lugar.

En esta dirección, Asís Roig menciona que los derechos se han construido a partir de una concepción de la dignidad humana basada en la "capacidad" del individuo para razonar, sentir y comunicarse, que lo hace apto para tomar decisiones sobre su destino, formando un "prototipo de agente moral", que permite que la persona se encuentre legítimamente facultado para participar en la discusión moral. La perspectiva descrita restringe la posibilidad de participación del individuo discapacitado, pues "en el mundo moral participarían individuos dignos, esto es, capaces de razonar, sentir y comunicar, que orientarían estas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida y que desempeñarían un papel determinado y útil para la sociedad o para la comunidad"[48].

Aquello adquiere mayor sentido frente a consideraciones de dignidad humana que optan por considerar la racionalidad como presupuesto para el desarrollo de la capacidad en la toma de decisiones y elección del plan de vida, conllevando la exclusión de las personas en situación de discapacidad mental e intelectual de su ejercicio. Bajo este enfoque, dado que la personas con diversidad funcional se encontrarían inhabilitadas para construir su proyecto vital, al carecer de las "capacidades" para ello, la estructuración de los derechos no se centra en su reconocimiento como sujetos de la dignidad humana, sino como objetos de protección a manos de quien sí puede ejercer dicha dignidad. De ahí la fundamentación de mecanismos de subrogación de la titularidad y el ejercicio de

[48] ASÍS ROIG, 2007, *op. cit.*, p. 35.

derechos como la autonomía y capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Con base en ello, ha sido necesaria la reconfiguración de dichos principios que integran la dignidad humana, en especial en lo que debe entenderse por "capacidades". A este respecto, para que la configuración de los derechos no sea excluyente con la persona en condición de discapacidad, ha de partirse del reconocimiento de la diversidad y los límites de las capacidades. Es decir, de la reivindicación de la diversidad de formas que pueden tomar dichas capacidades y la manera como ellas se expresan: "importa insistir en que los individuos pueden tener diferentes capacidades, unas más desarrolladas que otras, y pueden ejercerlas de modos y maneras distintos sin que se pueda justificar que unas capacidades valgan más que otras en un contexto general o que haya formas correctas e incorrectas de desarrollarlas"[49].

Sobre el particular, Patricia Cuenca expresa que no existe homogeneidad entre las formas de razonar, sentir o comunicarse, por el contrario, la diversidad las permea y ellas exigen la misma consideración y respeto. La autora destaca además cómo los obstáculos para el desarrollo de las capacidades de las personas con diversidad funcional no solo dependen de sus circunstancias individuales, sino también de las limitaciones en el entorno social, diseñado sin tener en cuenta la situación de estos grupos poblacionales y, cuando la toman en consideración, "lo hacen desde su contemplación como individuos que no son plenamente autónomos […] y que les impiden o dificultan el acceso a ciertos bienes y recursos a los que sí pueden acceder las demás personas"[50].

En la misma línea de argumentación, vale mencionar que la dignidad humana, en tanto proyecto de ética pública para la organización social, debe estar ligada a la igualdad y el reconocimiento de la diferencia, como presupuesto indispensable

[49] CUENCA GÓMEZ, 2012, *op. cit.*, p. 121.
[50] *Ibidem.*

para el acceso de la humanidad a las pretensiones de libertad de decisión, pensamiento y expresión, al desarrollo de su personalidad y el de la comunidad, bajo postulados de equidad de oportunidades, siendo toda diferenciación o discriminación incompatible con la idea de dignidad.

Entonces, “el concepto de dignidad debe partir del supuesto de que todas las personas son intrínsecamente iguales y poseen un valor inestimable a pesar de las diferencias. Esto traduce la idea de igualdad en la dignidad —o igualdad de condiciones para la realización de la dignidad— para todos los sujetos, independientemente de sus características individuales y del rol que desempeñen en la sociedad”[51]. Así entendidas, las diferencias y la diversidad del ser humano son protegidas por el manto de la dignidad humana, como características intrínsecas a su naturaleza, que no impide el igual reconocimiento y salvaguardia de su valor.

Como se mencionó, otro elemento central de la dignidad humana lo constituye la autonomía, establecida esta como la facultad de toda persona para ejercer su voluntad sin restricciones o intromisiones externas, que “se basa en el supuesto previo de una capacidad de acción y de comportamiento auto dirigido”[52]. La autonomía permite entonces el ejercicio de la libertad moral del individuo para elegir y tomar decisiones respecto a su plan o proyecto vital, así como la satisfacción de sus necesidades, conforme a su propio juicio.

Ahora bien, en el marco del reconocimiento de la igualdad en la dignidad de las personas, la autonomía debe ser un criterio aplicado desde la generalidad, de manera que toda persona pueda tener acceso a ella. No obstante, dentro del contexto de la discapacidad, se ha abogado por una concepción restringida de la autonomía, limitando su ejercicio, en especial a partir de consideraciones que niegan la capacidad de los individuos con discapacidad para actuar como sujetos

[51] OSPINA RAMÍREZ, 2017, *op. cit.*, p. 18.
[52] PALACIOS, *op. cit.*, p. 164.

morales. Esta realidad se funda bajo la "consideración de que la vida de estas personas no goza del mismo valor"[53] y lleva a que las condiciones materiales necesarias "para tener el control sobre sus vidas hayan sido ignoradas y desatendidas"[54].

La protección a la autonomía desde la forma tradicional de teoría de los derechos parte de la ponderación entre los principios de autonomía y de protección. En el caso de las personas sin discapacidades, se ha propendido por la primacía del primero, pues se entiende que, dentro del principio liberal, el Estado y los particulares no pueden interferir en la libre elección de las personas, de manera que las restricciones a través de medidas paternalistas son muy restringidas en casos verdaderamente excepcionales. Por el contrario, al realizar la misma ponderación frente a las personas en condición de discapacidad prima el principio de protección, especialmente cuando se trata de discapacidades mentales o intelectuales. En esta situación, se parte de la presunción de incompetencia para la toma decisiones, adoptando mecanismos de interferencia o sustitución de las mismas.

Por ello, en el marco del enfoque de protección de derechos, se hace necesaria una reformulación del contenido conceptual y de protección de la autonomía dirigida hacia su reivindicación a favor de los grupos con diversidad funcional, la cual conlleve a la construcción de una concepción amplia, donde no sea considerada el presupuesto para el ejercicio de los derechos, sino el punto de llegada que permita la potencialización y desarrollo de las capacidades de este colectivo social.

Patricia Cuenca enseña la necesidad de reconstruir la visión tradicional de la autonomía, enfocada desde dos dimensiones: una negativa, relacionada con la exigencia de no intervención del Estado y los particulares, lo cual implica el

[53] *Ibidem,* p. 166.
[54] *Ibidem.*

respeto por la libre elección sobre el destino de las personas, que no puede ser objeto de restricción por motivo de discapacidad. “Las elecciones de vida de estas personas han de ser siempre respetadas en la misma medida que las del resto de los ciudadanos”[55].

Por su parte, la dimensión positiva supone la necesidad de intervención del Estado en la promoción de las condiciones necesarias para el ejercicio del poder de elección de manera autónoma por el individuo. Así, frente a circunstancias en donde las personas encuentren ciertas limitaciones que dificulten su toma de decisiones, será necesaria la adopción de medidas encaminadas a su eliminación o aminoración. “De lo que se trata, por tanto, es de promover y maximizar la autonomía y no de negarla, entorpecerla o impedirla. De esta forma, la visión de las personas con discapacidad como sujetos igualmente dignos requiere no solo remover las barreras que restringen su desarrollo moral autónomo, sino también habilitarles, apoyarles y asistirles para que puedan tomar sus propias decisiones”[56].

Sobre este último aspecto, Cuenca resalta la importancia de superar la idea de autonomía ejercida de manera independiente que excluya toda forma de asistencia o ayuda para la expresión y elaboración de los proyectos de vida. De lo que se trata es de propender por una concepción de autonomía interdependiente y relacional, en la cual el proceso de toma de decisiones no sea eminentemente individual, pues se reconoce la necesidad de cierta asistencia para el ejercicio de la autonomía de las personas con discapacidad, cuando presenten inconvenientes en la comunicación, formulación o ejecución de su plan vital. En suma, “La teoría de los derechos debe reconocer y valorar esa dependencia y ofrecer parámetros

[55] CUENCA GÓMEZ, 2012, *op. cit.*, p. 130.
[56] *Ibidem.*

para que la misma se articule no como una forma de restringir la autonomía, sino de potenciarla"[57].

Por otra parte, el reconocimiento y la protección de la autonomía de las personas con diversidad funcional se encuentran estrechamente ligados con la capacidad jurídica, en tanto ambas garantías se constituyen en presupuestos para la titularidad y el ejercicio de los derechos y obligaciones: la primera, permitiendo a la persona tomar sus decisiones y la segunda, asegurando que dichas decisiones generen efectos jurídicos válidos.

Tradicionalmente, el tratamiento dado a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde el derecho privado, en particular frente a la discapacidad mental o intelectual, se enfocó hacia la limitación o negación de la misma, mediante la creación de las llamadas incapacidades absolutas o relativas, que implicaban negar efectos jurídicos de las decisiones tomadas por las personas con esta condición en ejercicio de sus derechos y permitieron la adopción de mecanismos de subrogación de la capacidad a través de figuras jurídicas, como la interdicción judicial y posterior asignación de representantes, curadores o tutores.

En el marco del modelo social, se reconoce a este grupo la titularidad de los mismos derechos de los demás ciudadanos, así como las mismas posibilidades y oportunidades para ejercerlos en condiciones de igualdad, lo cual representa el reconocimiento de su plena capacidad jurídica[58]. Adicional a ello, en este encuadre se deben adoptar medidas positivas encaminadas a materializar esta posibilidad, pues, "no basta solamente que se efectúe un reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, sino que dicho reconocimiento debe efectuarse en un escenario de igualdad; esto es, brindando

[57] *Ibidem,* p. 132.
[58] BARRANCO, María del Carmen; CUENCA, Patricia y RAMIRO, Miguel Ángel. "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad". [en línea]. *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V*. 2012, pp. 53-80. [citado el 12 de marzo de 2021]. Disponible en https://sid.usal.es/idocs/F8/ART21552/barranco.pdf

las condiciones necesarias para que cada persona tenga la posibilidad fáctica de tomar decisiones en ejercicio de sus derechos"[59].

Bajo tal entendido, en el tratamiento jurídico de la discapacidad, el enfoque de derechos humanos exige la abolición de mecanismos de sustitución de la capacidad jurídica, para pasar a un modelo de apoyo en la toma de decisiones, el cual pretende ser una alternativa a la subrogación, dirigida a la implementación de estrategias materiales y de personas, que permitan la potencialización de la capacidad de las personas en condición de discapacidad, por cuanto, "obligatoriamente deberán atenderse las preferencias, intereses, narrativa, gustos e historial de la persona cuya voluntad llegue a sustituirse"[60].

[59] OSPINA RAMÍREZ, 2017, *op. cit.* p. 117.
[60] *Ibidem,* p. 169.

2. HACIA LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD PARA DECIDIR SOBRE SUS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La situación de discriminación, exclusión y rechazo de las personas en situación de discapacidad, fomentada a partir de concepciones sociales históricas basadas en estereotipos negativos sobre su condición, permeó en gran medida en la garantía de sus derechos fundamentales. De manera que las etapas tempranas de la legislación internacional e interna las equiparaban con los menores de edad, incapaces de ejercer por sí mismos sus derechos y menos de tomar decisiones respecto a su proyecto de vida, lo cual conllevó, tanto por razones eugenésicas como paternalistas, a que se les privara de la posibilidad de decidir sobre asuntos de índole personal e íntima, entre ellos, sus derechos sexuales y reproductivos.

Corresponde en este capítulo ahondar sobre el desarrollo legal tanto del derecho internacional como del sistema jurídico colombiano, en torno al tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad. Para ello, se hará especial énfasis en elementos como la concepción de discapacidad, los derechos reconocidos a este grupo poblacional, el grado de autonomía y el reconocimiento de sus derechos sexuales y reproductivos en cada una de las disposiciones normativas.

2.1 INSTRUMENTOS PRELIMINARES DE LAS NACIONES UNIDAS: FUNDAMENTOS DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD

Como primer documento relacionado con la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad en el ámbito de las Naciones Unidas, se encuentra la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental del año 1971[61], la cual parte de la consideración sobre la igualdad de derechos, así como del

[61] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 2856. (20 de diciembre de 1971). Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.

derecho a recibir la atención médica, el tratamiento, la rehabilitación y orientación requeridos, con el fin de desarrollar en la mayor medida posible las capacidades y aptitudes de la persona con discapacidad mental. De igual manera, destaca el derecho de gozar de seguridad económica, participar en el ámbito productivo y en las diversas formas de vida en comunidad.

En cuanto al reconocimiento de la capacidad para ejercer sus derechos, la declaración establece que el "retrasado mental" debe contar con la atención de un tutor que velará por la protección de su persona y sus bienes. El documento indica cómo, en el evento de que el impedimento mental sea de tal gravedad, es posible limitar o suprimir el ejercicio de varios derechos, a través de un procedimiento judicial que adopte las salvaguardas jurídicas necesarias para proteger a la persona de toda forma de abuso.

Seguidamente, en el año 1975 se proclama la Declaración de los Derechos de los Impedidos*,* motivada por la necesidad de brindar protección a las garantías de los física y mentalmente desfavorecidos, asegurando su rehabilitación, así como el desarrollo de sus aptitudes y la incorporación a la vida social. Esta declaración define como "impedido" a toda persona que, en razón de una deficiencia de sus facultades físicas o mentales, esta "incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal"[62]. De acuerdo con la declaración, las personas "impedidas" gozan de igualdad de derechos y de dignidad sin discriminación alguna y se debe garantizar su participación en esferas sociales y económicas.

Igualmente, la norma establece la creación de las condiciones necesarias para garantizar a esta población la mayor autonomía posible y el derecho a que se tengan en cuenta sus propias necesidades en los ámbitos económico y social, así como a recibir la atención médica, formación, educación y readaptación que

[62] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 3447. (9 de diciembre de 1975). Declaración sobre los Derechos de los Impedidos.

aseguren su integración a la sociedad. Menciona demás que gozará de asistencia letrada en los casos en que la misma sea necesaria para la protección de su persona y sus bienes. Un aspecto adicional a resaltar de este documento es el reconocimiento de colectividades de personas “impedidas” y su derecho a participar y ser consultadas sobre toda medida relacionada con sus derechos humanos.

A partir del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*,* adoptado en 1982, se empieza a gestar un nuevo enfoque de derechos que no se restringe a concebir la discapacidad como una limitante o restricción de capacidades desde una perspectiva del individuo, sino que pone la vista en las barreras sociales y la falta de oportunidades a favor de esta población. Así, este programa busca la promoción de ciertas medidas que impulsen la inclusión social a través de la prevención, rehabilitación y participación para el mejoramiento de las condiciones de vida en el ámbito social y económico de las personas con discapacidad.

Y, en aras de garantizar la igualdad efectiva y la inclusión, el programa mundial prevé la implementación de estrategias relacionadas con la *participación,* que implica tomar en cuenta la opinión e intervención de colectivos de personas con discapacidad; la *prevención,* como táctica para reducir la incidencia de la discapacidad a través de mecanismos como la eliminación de la guerra, el mejoramiento de la situación económica y social, el mejoramiento en la atención en salud y los programas de nutrición, entre otros; la *Rehabilitación,* que supone la atención médica y los servicios encaminados a “eliminar o reducir los efectos discapacitantes de las deficiencias”[63]; y la *equiparación de oportunidades,* como medida para eliminar prácticas discriminatorias, barreras sociales, y promocionar la igualdad de oportunidades económicas.

[63] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 37/52. (3 de diciembre de 1982). Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad.

A su vez, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental refieren una temática central para el objeto del presente estudio, concerniente al consentimiento de los pacientes con discapacidad frente a los tratamientos. En primer lugar, este instrumento afirma que todas las personas con padecimiento mental deben ser tratadas con respeto a su dignidad y humanidad y se les debe brindar protección contra cualquier explotación y maltrato físico, económico y sexual. Asegura, además, que tienen el derecho a ejercer todos sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin discriminación por motivo de su padecimiento.

También argumenta, para el caso de que su capacidad jurídica se vea afectada en razón de la enfermedad mental, el derecho a la designación de un representante personal, previo trámite judicial independiente e imparcial, de conformidad con las leyes nacionales. En este evento, la persona tiene el derecho a que se respeten todas sus garantías procesales, como contar con un defensor y la posibilidad de apelar y solicitar revisión de la decisión. Cuando se determine que la persona no puede hacerse cargo de sus propios asuntos, será necesario adoptar medidas para asegurar la protección de sus intereses.

Ahora bien, respecto a los derechos sobre la atención en salud, este instrumento destaca que la atención médica debe corresponder a sus propias necesidades, procurando un trato según las normas aplicables a todo enfermo. En forma particular, el principio 11 refiere el consentimiento para el tratamiento, el cual parte de la necesidad de contar con el consentimiento informado para la administración de cualquier tratamiento, salvo en casos en que el paciente cuente con representante legal, se encuentre en un estado involuntario donde no pueda expresar su decisión o cuando el procedimiento sea necesario para salvaguardar la vida e integridad del paciente. Un aspecto central a resaltar de este principio es

su numeral 12, donde se establece la prohibición de la esterilización como tratamiento de la enfermedad mental[64].

Uno de los instrumentos preliminares a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que representa un gran paso en el reconocimiento de la autonomía y libertad para decidir sobre los derechos sexuales y reproductivos, lo constituyen las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con discapacidad. En forma inicial, las normas plantean la reflexión sobre los desafíos y limitaciones padecidas por las personas en condición de discapacidad, desde un enfoque social no solo orientado a las limitaciones físicas o psicosociales del individuo, sino, considerando las deficiencias sociales que generan obstáculos a su participación. De esta manera, las normas se dirigen a reivindicar la igualdad de derechos y obligaciones y la remoción de las limitaciones para el ejercicio de sus derechos y libertades y la promoción de su participación efectiva.

En esta dirección, el instrumento plantea ciertos requisitos indispensables para la consecución de la igualdad de participación, entre los que se destacan la toma de conciencia, a través de la adopción de medidas para informar a las personas con discapacidad sobre sus derechos, posibilidades y autonomía e implementar campañas de promoción de igualdad y superación de estereotipos negativos sobre la discapacidad. Asimismo, la atención médica orientada a la prevención, reducción y eliminación de los efectos perjudiciales de la discapacidad; y la rehabilitación, como mecanismo para lograr un estado óptimo de autonomía y movilidad, más los servicios de apoyo con el fin de incrementarlo para ejercer sus derechos. En términos generales, las normas buscan la superación de barreras en todo ámbito de la vida cotidiana para asegurar la participación en las esferas educativa, laboral, de la vida familiar, la cultura, el deporte, y la religión.

[64] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 46/119. (17 de diciembre de 1991). Principios para la Protección de Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental.

Un aspecto clave está en el artículo 9 del instrumento, donde se prevé el derecho a la participación de las personas con discapacidad en la vida en familia, con el fin de eliminar medidas discriminatorias en lo relacionado con la libertad sexual, el matrimonio y la procreación. El artículo señala que las personas con diversidad funcional tienen el derecho de decidir sobre su sexualidad y la posibilidad de tener hijos, y es obligación del Estado proveer servicios de orientación en temas de salud sexual y garantizar el acceso a mecanismos de planificación familiar. Aunado a lo anterior, se destaca el deber de adoptar medidas dirigidas a la modificación de imaginarios sociales negativos sobre la sexualidad, paternidad y matrimonio de las personas con discapacidad. Finalmente, se hace hincapié en la necesidad de brindar información para prevenir el abuso sexual y toda forma de maltrato[65].

2.2 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ADOPCIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD Y RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006, constituye el instrumento internacional vinculante de mayor importancia en el reconocimiento y protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad, el cual influyó en gran medida el desarrollo legal y jurisprudencial en torno al tema bajo estudio. De hecho, la convención marcó un hito fundamental al dar paso al *modelo social de discapacidad,* enfocado no solo en la condición de deficiencia o enfermedad física o psicosocial, sino en las barreras u obstáculos sociales que dificultan el ejercicio de los derechos de estas personas en condiciones de igualdad. En suma, representa un esfuerzo por dar visibilidad a las

[65] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. TERCERA COMISIÓN (A/48/627). (20 de diciembre de 1993). Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

demandas y reivindicaciones de los colectivos, que aborda la cuestión de la discapacidad desde una óptica de derechos humanos.

Así las cosas, el propósito de la convención se centra en la promoción y aseguramiento de la garantía de derechos humanos, libertades y dignidad a favor de la población con discapacidad. Dentro de los principios generales que rigen el instrumento, vale destacar el respeto por la dignidad inherente, la autonomía individual y la libertad para tomar las propias decisiones, aspectos propicios para asegurar su participación e inclusión en la sociedad. Además, la norma toma como punto de partida la consideración de la discapacidad como una de las manifestaciones de la diversidad, de manera que se busca garantizar el respeto de la diferencia como condición humana.

La convención también resalta la importancia de acoger medidas efectivas encaminadas a la toma de conciencia y sensibilización sobre el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y la eliminación de estereotipos y prejuicios sobre ellas. Adicionalmente, establece una amplia enumeración de derechos, entre los cuales se cuentan la accesibilidad como mecanismo para fomentar la independencia, autonomía y participación; la vida; el acceso a la justicia, libertad y seguridad; la protección contra la tortura y tratos inhumanos y degradantes; la protección contra toda forma de abuso y de violencia; la integridad personal; la libertad de locomoción, expresión y opinión; el respeto por su privacidad; la educación, salud y rehabilitación.

Para el objeto materia de esta pesquisa, resulta pertinente hacer énfasis en dos aspectos primordiales: el primero relacionado con el artículo 12 de la convención, el cual implica la promoción de la autonomía e independencia de las personas con discapacidad, mediante el reconocimiento de la igualdad ante la ley, que a su vez supone la reafirmación de la personalidad y la capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todo aspecto de la vida. Lo anterior representa no solo reconocer la titularidad de derechos, sino también la facultad para ejercerlos a través de la

toma de decisiones; para ello, el numeral 3 del artículo establece que los Estados deben adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”[66].

Bajo esta perspectiva, es deber del Estado proporcionar las salvaguardias necesarias para impedir cualquier abuso, con el fin de garantizar se “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”[67].

Este último aspecto significa un gran cambio en el paradigma abordado en anteriores instrumentos internacionales en los cuales se abogó por figuras como la representación jurídica o la tutela que permitían la sustitución de la voluntad, para dar paso a un modelo de apoyo, cuyo punto de partida es el reconocimiento de la capacidad de la persona con diversidad funcional para decidir sobre el ejercicio de sus derechos y asumir las obligaciones y consecuencias derivadas de los mismos. Tal como lo menciona la Observación General del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las obligaciones derivadas del artículo 12 de la convención implican “pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas”[68].

Entendido así, el comité reflexionó sobre los impedimentos legales establecidos para la toma de decisiones autónomas por las personas en condición de discapacidad en aspectos de su vida personal, lo que ha conllevado la negación

[66] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. (13 de diciembre de 2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
[67] *Ibidem,* art. 12.
[68] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS [ONU]. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observación General sobre el Artículo 12 de la CDPD. (25 de noviembre de 2013).

de derechos fundamentales, como el de formar una familia, la reproducción, la patria potestad y el derecho a ejercer su sexualidad. Ello permitió cuestionar la validez de figuras como la interdicción judicial, tutela o custodia, que deberán ser abolidas en los sistemas jurídicos de los Estados signatarios, en el marco del nuevo modelo social de discapacidad que propende por el respeto de la autonomía, voluntad y preferencias de la persona.

Por esa razón, el artículo 12 dispuso la adopción de un modelo de apoyo para la toma de decisiones, el cual puede englobar diferentes mecanismos según la necesidad particular del individuo, incluida una persona de la confianza del interesado que lo asista para decidir; apoyo entre pares, es decir, recibir ayuda de personas en similar condición; diseño universal y medidas de accesibilidad; métodos de comunicación diferenciales como braille o lenguaje de señas; y la planificación anticipada.

En consecuencia, el Comité de Derechos de Personas con Discapacidad precisa ciertas características o requisitos de los apoyos tales como: 1) el apoyo debe estar a disposición de todas las personas; 2) debe estar basado en la voluntad y autonomía de la persona; 3) la diversidad en la forma de comunicación de la persona no puede ser obstáculo para acceder al apoyo; 4) reconocer jurídicamente a las personas que fungen como apoyo debidamente escogido por la persona beneficiaria. 5) que la falta de recursos económicos no sea un obstáculo en el acceso a los apoyos, para ello, se dispondrá que puedan obtenerlo en forma gratuita o a un costo simbólico; 6) el apoyo no debe ser utilizado para limitar los derechos al voto, a contraer matrimonio y fundar una familia o derechos de reproducción de las personas en condición de discapacidad; 7) la persona beneficiaria tiene derecho a rechazar el apoyo o ponerle fin, cuando lo estime pertinente y 8) se debe crear salvaguardias en los procesos de capacidad jurídica con el fin de velar por la protección de la voluntad y autonomía de la persona.

El segundo aspecto a enfatizar se deriva del reconocimiento de la autonomía individual vinculada con asuntos de carácter familiar y personal. El artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla la prohibición de la discriminación de esta población en aquello relacionado con el matrimonio, la familia, la paternidad y maternidad y las relaciones personales. Todo, en aras de asegurar las mismas oportunidades y aspiraciones de la persona en tal condición para ejercer iguales derechos que los demás.

De suyo, el artículo reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia sobre la base de su consentimiento pleno y libre. De igual manera, prevé el respeto del derecho de las personas con discapacidad para decidir libre y responsablemente sobre la reproducción, el acceso a información y educación sexual, los métodos de planificación familiar apropiados para su edad y condición y la implementación de los medios necesarios para acceder a ellos sin ningún tipo de limitación.

En el mismo sentido, se resalta la protección de la convención al derecho de las personas con diversidad funcional, incluidos niños y niñas, a conservar su fertilidad[69]. La disposición se halla complementada con el artículo 25, el cual protege el derecho de gozar el más alto nivel posible de salud, sin ninguna discriminación por motivo de su condición, de manera que establece la obligación del Estado de proporcionar programas de atención gratuitos, entre ellos los servicios de salud sexual y reproductiva.

Es así como la convención da un paso significativo en la reivindicación del derecho de las personas con discapacidad para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos, lo que a su vez se traduce en un mecanismo para la superación de estereotipos e imaginarios sociales que han negado la capacidad de esta población para tomar decisiones de tal naturaleza. Vale reflexionar sobre figuras

[69] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. (13 de diciembre de 2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 23.

como la interdicción judicial, tutela o representación que han generado situaciones que conllevan a la anulación del derecho a decidir en forma libre y autónoma sobre los derechos sexuales de las personas con discapacidad.

Al respecto, la Observación General 3 del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad, relacionada con las mujeres y niñas de este grupo, aborda los estereotipos sociales basados en género, los cuales “incluyen la creencia de que [ellas] son asexuales, incapaces, irracionales, carecen de control y/o son sexualmente hiperactivas”[70]. Dichos estereotipos se constituyen en una forma de discriminación que ha limitado gravemente el disfrute de la salud y los derechos sexuales y reproductivos. De ahí, se ha gestado la necesidad de reivindicar el derecho de las mujeres con discapacidad a ejercer el control sobre las decisiones relativas a su sexualidad y planificación familiar sin ser víctimas de coerción, discriminación o violencia.

El comité agrega que estas mujeres deben poder usar su capacidad jurídica para tomar decisiones sobre atención médica y terapéutica, en especial las “relativas a conservar su fertilidad y su autonomía reproductiva, ejercer su derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos, dar su consentimiento y aceptar una declaración de paternidad y ejercer su derecho a establecer relaciones”[71]. La limitación de esta facultad puede dar lugar a conductas penalizadas, como la esterilización o anticoncepción forzada.

Esta situación había sido identificada previamente, en la Observación General 9 de 2006 del Comité de los Derechos del Niño, cuando se expresó la preocupación sobre las prácticas de esterilización forzada en la niñez con discapacidad, haciendo énfasis en que constituyen una grave violación a la integridad física y genera consecuencias adversas en su salud física y mental, “Por tanto, el Comité

[70] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (25 de noviembre de 2016). Observación General 3 sobre Mujeres y Niñas con Discapacidad.
[71] *Ibidem,* párr. 45.

exhorta a los Estados Partes a que prohíban por ley la esterilización forzada de los niños por motivo de discapacidad"[72].

Por lo anterior, el modelo de apoyo en la toma de decisiones adquiere papel central ante el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en la medida en que permite proporcionar las herramientas médicas y psicosociales, así como la accesibilidad a la información relacionada con educación sexual y planificación familiar de un colectivo, acorde con necesidades particulares.

2.3 PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Dentro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, es importante mencionar como instrumento vinculante la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el año 1999. A pesar de que el instrumento no contempla disposiciones específicas sobre la capacidad jurídica y la facultad de decisión sobre el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos, tiene como objetivo la prevención y eliminación de toda forma de discriminación en contra de las personas en condición de discapacidad y fomentar su integración en la sociedad.

Al ser una normativa anterior a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la definición sobre el término discapacidad contempla un enfoque médico, pues habla de deficiencias físicas, mentales y sensoriales que limitan la capacidad para ejercer actividades esenciales. Sin embargo, afirma que el entorno económico y social puede agravar tal limitación. Adicional a ello, plantea un concepto de lo que debe entenderse como discriminación contra la población

[72] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. (27 de febrero de 2007). Observación General 9. Los Derechos de los Niños con Discapacidad.

protegida, esto es: “Toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”[73].

Desde esta óptica, los Estados signatarios se comprometen a trabajar en la prevención y eliminación de la discriminación contra la persona con discapacidad, así como impulsar la investigación científica encaminada a la prevención de discapacidades, la rehabilitación e integración a la sociedad y el desarrollo de los medios para promover su vida independiente y autónoma en condiciones de igualdad. Asimismo, la convención interamericana establece la obligación de garantizar la participación de las organizaciones de personas en situación de discapacidad en el diseño, elaboración, ejecución y evaluación de toda política pública relacionada con sus derechos.

2.4 DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Ahora bien, corresponde ahondar en el desarrollo constitucional, legal y reglamentario de Colombia, relacionado con el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas en condición de discapacidad, en especial sobre la autonomía, capacidad jurídica y protección de los derechos sexuales y reproductivos de esta población.

Para iniciar, es pertinente mencionar cómo las disposiciones normativas anteriores a la Constitución Política de 1991 estuvieron marcadas por un fuerte paternalismo que limitaba en forma absoluta la voluntad y autonomía de los individuos. Uno de

[73] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS [OEA]. ASAMBLEA GENERAL. (7 de junio de 1999). Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad.

los referentes más representativos es el Código Civil Colombiano, Ley 84 de 1873. La redacción original de varios de sus artículos daba cuenta de la carencia de estatus jurídico de las personas con discapacidad, además del uso de terminología totalmente contraria a la dignidad de la persona humana.

Ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, se gestan importantes avances en la reivindicación de los derechos del colectivo en mención, pues, desde su artículo primero, destaca la descripción de Colombia como un Estado Social de Derecho, que implica un fuerte compromiso con la vigencia y protección de los derechos fundamentales. De igual manera, se reconocen en ella el carácter pluralista de la nación y el respeto por la dignidad humana, principios esenciales en la valoración de la diversidad de la condición humana y la autonomía para dirigir su destino conforme a su propia identidad. Lo anterior se complementa con el fin esencial del Estado de facilitar la participación de las personas en las decisiones que las afectan, así como con la declaración de la primacía de los derechos inalienables de cada persona sin discriminación alguna[74].

Por su parte, el artículo 13 de la Carta Política, relacionado con el derecho a la igualdad, en su segundo párrafo refiere específicamente el deber del Estado de brindar protección a las personas con discapacidad, a través de la promoción de condiciones dirigidas a la igualdad real y efectiva, lo cual supone la remoción de obstáculos o impedimentos para el goce de sus derechos fundamentales y adoptar medidas o acciones afirmativas en favor de grupos discriminados, con el objetivo de reducir los efectos de la discriminación. Se habla de la protección especial de las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de su condición física o mental contra toda forma de abuso o maltrato y acciones que anulen o limiten el pleno disfrute de sus derechos fundamentales[75].

[74] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (4 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia, arts. 1 y 2.
[75] *Ibidem,* art. 13.

Si bien el artículo 42 de la Constitución sobre la protección de la familia no hace mención específica a las personas en condición de discapacidad, vale resaltar que la familia es protegida como núcleo fundamental de la sociedad, constituida por la decisión libre de conformarla y, en ese sentido, se garantiza el derecho de decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos[76]. A la luz de los preceptos constitucionales entonces, tal disposición debe interpretarse en el contexto de la prohibición de la discriminación por cualquier motivo, incluido el de discapacidad de la persona.

Concretamente, diferentes preceptos constitucionales hacen especial énfasis en la promoción de la integración a la sociedad de las personas con discapacidad y la remoción de los obstáculos para su participación en diferentes esferas de la vida: el artículo 47 prevé el deber del Estado de adelantar políticas de prevención, rehabilitación e integración social para los "disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos"[77], a través de la prestación de atención especializada; el artículo 54, relacionado con la formación y habilitación profesional de los trabajadores, establece la obligación del Estado de garantizar a los "minusválidos" el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud. Finalmente, el artículo 68, que aborda temas de educación, plantea el deber especial de erradicar el analfabetismo y la promoción del acceso a la educación de las personas "con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales"[78].

Si bien la Constitución Política asume el tema desde el modelo médico, enfocado en la discapacidad bajo una óptica de limitación, minusvalía o impedimento a superar y eliminar a través de la asistencia médica, rehabilitadora e integradora, la misma contempla varios aspectos sociales que significan un acercamiento al modelo social de discapacidad, tales como el reconocimiento de la persona en esa situación como sujeto de especial protección y la remoción de barreras que

[76] *Ibidem,* art. 42.
[77] *Ibidem,* art. 47.
[78] *Ibidem,* art. 68.

impiden su participación en asuntos vitales. De lo anterior se puede concluir el fuerte compromiso del Estado Social de Derecho para impulsar medidas legislativas y políticas públicas encaminadas a la integración y protección especial de las personas en condición de discapacidad.

En desarrollo de las disposiciones constitucionales anteriormente referenciadas, se expidió la Ley 361 de 1997, "por la cual se establecen mecanismos de integración de las personas 'con limitación'", inspirada en principios como la dignidad inherente a las personas en condición de discapacidad y el reconocimiento de sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, aspectos indispensables para su realización personal e integración social. Entendida así, la ley tiene como objetivo velar por la prevención de la discriminación debida a circunstancias físicas, fisiológicas, psíquicas, sensoriales y sociales.

De manera que, desde la perspectiva médica y de rehabilitación de la discapacidad, esta normativa establece el deber de implementar medidas preventivas para disminuir y eliminar lo más posible las causas de la discapacidad y sus consecuencias físicas y psicosociales[79]. Entre dichas medidas se encuentran los cuidados prenatales, buenas practicas nutricionales, acciones educativas en salud, mejoramiento de los servicios sanitarios y la implementación de acciones de seguridad en el hogar y el trabajo, dirigidas principalmente a la atención médica y de seguridad social.

Con lo anterior puede identificarse que el modelo de integración dispuesto por la norma se enfoca en atender la "limitación" del individuo, a través de medidas encaminadas a la rehabilitación integral y la readaptación física y sensorial necesarias para la "superación" de la condición de discapacidad, con el fin de

[79] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 361 de 1997. (7 de febrero). *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación*. Bogotá: Diario Oficial 42 978.

fomentar la autorrealización, el mejoramiento de la calidad de vida y la intervención en la sociedad de las personas con discapacidad[80]. De esta forma, sin ahondar en los obstáculos y barreras sociales, la ley dispone directrices para facilitar la accesibilidad física hacia la integración en la educación, el ámbito laboral, la asistencia social, la eliminación de barreras arquitectónicas, en el transporte y las comunicaciones.

Otra normativa a examinar, dado el objeto de la presente investigación, es la Ley 1306 de 2009, "por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados". Si bien esta ley es posterior a la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la misma aún no había sido ratificada por Colombia. De ahí que sus disposiciones, a pesar de incluir aspectos inspirados en la convención, conservan perspectivas del modelo médico, que plantea la discapacidad como un impedimento de la persona para comprender el alcance de sus decisiones y, en tal sentido, mantienen figuras como las guardas y consejerías para la gestión de los asuntos de las personas con diversidad funcional.

El objetivo de la ley se dirige a "la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad"[81]. De igual manera, se rige por principios como el respeto por la dignidad, la autonomía individual y la libertad e independencia para tomar las propias decisiones, la participación plena, el respeto por la diferencia y la concepción de la discapacidad como parte de la diversidad humana, la accesibilidad, la igualdad y el respeto por la identidad de niñas y niños con discapacidad mental.

---

[80] *Ibidem*, art. 18.

[81] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1306 de 2009. (5 de junio). *Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados*. Bogotá: Diario Oficial 47 371.

Ahora bien, dentro de las obligaciones respecto a las personas con discapacidad, la ley prevé que la sociedad y el Estado tienen el deber de garantizar el disfrute pleno de sus derechos, “de acuerdo a su capacidad de ejercicio”. De lo dicho se puede identificar cómo la capacidad de la persona con discapacidad condiciona el ejercicio de sus derechos. Por otra parte, esta ley contempla disposiciones proteccionistas y paternalistas, al otorgar a los padres, cónyuges o personas encargadas por el juez y el Estado ejercer la custodia y protección de la persona con discapacidad mental, quienes deberán asegurarle un nivel adecuado de vida y adelantar las medidas necesarias para mejorarlo.

En las cuestiones relacionadas con el respeto por el derecho a gozar de sus derechos sexuales y reproductivos, es preciso mencionar el reconocimiento de la norma a la dignidad y el respeto por la persona humana, lo cual implica la prohibición de ser “objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación […]”[82]. Particularmente, el artículo 12 de la Ley 1306 de 2019 menciona que las personas con discapacidad mental tienen derecho a acceder a los servicios de salud, incluidos los relativos a la salud sexual y reproductiva, lo cuales deben prestarse en forma gratuita.

Pese a que la ley acoge dentro de sus principios rectores ciertos aspectos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre los que se destacan la protección de la diversidad, la autonomía y libertad para la adopción de las decisiones, el régimen de capacidad jurídica regulado implica una restricción importante para la reivindicación de la autonomía de la persona, pues mantiene figuras jurídicas, permitiendo la sustitución de la voluntad, lo cual contraría lo estipulado en el artículo 12 de la convención.

Así, la normativa local distingue entre los incapaces absolutos y relativos, según el grado de discapacidad padecido por el individuo. Para los primeros, las

[82] *Ibidem,* art. 10.

restricciones al ejercicio de sus derechos se presentan a través de figuras como la interdicción judicial y la patria potestad prorrogada. En este evento, se debe designar un curador que representará a la persona en los actos judiciales y extrajudiciales. Entre tanto, para los segundos procede la inhabilidad al decidir sobre asuntos específicos, y se designa un consejero, quien representa a la persona con discapacidad mental.

Posteriormente, a través de la Ley 1346 de 2009[83] el Congreso de Colombia aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. La ley se limita a la transcripción *in extenso* del texto de la convención y ratifica su vinculación al sistema jurídico colombiano. Como uno de los requisitos indispensables para la ratificación de un tratado internacional en el país es el examen de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional, con el fin de confrontar sus aspectos formales y materiales con la Carta Política colombiana, en esta oportunidad dicho análisis se llevó a cabo mediante la Sentencia C-293 de 2010.

En la providencia, el alto tribunal constitucional realizó un importante estudio a las disposiciones de la convención, manifestando que la misma se ajusta a la normatividad de la Constitución, pues instituye un importante avance en el reconocimiento de la dignidad humana de las personas en situación de discapacidad, la protección y realización de sus derechos humanos, especialmente, en lo atinente a la igualdad de oportunidades. Además expresa cómo cada una de las cláusulas de la convención reflejan "un esfuerzo comprehensivo de protección a las personas discapacitadas, ya que abordan y ofrecen correctivos, desde una perspectiva moderna e inclusiva, frente a la mayor

[83] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1346 de 2009 (31 de julio). *Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*. Bogotá: Diario Oficial 47 427.

parte de los aspectos y situaciones en las que puede apreciarse la condición de desigualdad y vulnerabilidad que normalmente afecta a estas personas"[84].

La Corte Constitucional asimismo resaltó la inclusión del término *ajustes razonables*, como mecanismo para mejorar las condiciones de accesibilidad hacia el disfrute de los derechos de las personas en condiciones de discapacidad, pues el concepto guarda estrecha relación con el de *medidas afirmativas*, a través de las cuales se busca el logro de la igualdad real y efectiva. Ello adquiere mayor relevancia al considerar los compromisos relacionados con el reconocimiento y la exaltación de la autonomía individual y la minimización de las restricciones para su ejercicio, mediante la garantía de decidir libremente sobre el trabajo, el establecimiento de relaciones familiares a partir del libre consentimiento de la persona, la participación política y social, entre otros asuntos. Así, la alta corte consideró que, "en cuanto estas circunstancias buscan potenciar el ejercicio de la autonomía personal, y con ello el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el artículo 16 superior, todas estas disposiciones son válido desarrollo de importantes objetivos constitucionales […]"[85].

Ahora bien, siguiendo el orden cronológico de las disposiciones normativas relacionadas con el libre y autónomo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, es importante aludir lo regulado por la Ley 1412 de 2010, "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". El objetivo de la norma principalmente busca promover

[84] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-293 de 2010. (21 de abril). M.P. PINILLA PINILLA, Nilson. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2010.
[85] *Ibidem*, aparte 3.3.

el derecho de elección libre sobre el número de hijos que conforman una familia, a fin de conseguir una progenitura responsable[86].

El artículo 6 de la mentada ley establece, en el caso de los discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento para la realización de procedimientos médicos de ligadura de trompas o vasectomía suscritos por los representantes legales, previa autorización judicial. De entrada, puede observarse la incompatibilidad de esta disposición con los artículos 12 y 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo concerniente a la sustitución de la voluntad de la persona, lo cual restringe la capacidad jurídica para el ejercicio del derecho a decidir libremente sobre la posibilidad de formar una familia, así como los derechos a recibir educación sobre reproducción y planificación y a mantener la fertilidad en igualdad de condiciones con los demás.

De lo anterior es posible deducir cómo esta disposición establece una discriminación hacia las personas con discapacidad, pues parte del supuesto de su incapacidad para decidir sobre aspectos de tal índole, otorgando la facultad a los representantes legales (figura que según la convención debe ser eliminada) de solicitar y expedir el consentimiento para ello.

A través de la Sentencia C-182 de 2016, se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 6, bajo el entendido de que el consentimiento sustituido para llevar a cabo procedimientos de esterilización quirúrgica es excepcional, previo cumplimiento de requisitos legales, y procede únicamente “en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga”[87].

---

[86] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1412 de 2010 (19 de octubre). *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*. Bogotá: Diario Oficial 47 867.

[87] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-182 de 2016. (13 de abril). M.P. ORTIZ DELGADO, Gloria Stella. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2016.

Si bien la sentencia tomó como base las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en especial lo relacionado a la garantía de la autonomía e independencia de esta población, mantiene como válidos regímenes de sustitución de la voluntad materializados en procesos de interdicción judicial. Al respecto, uno de los salvamentos de voto de la decisión manifestó que la conclusión adoptada por la Sala Plena no resulta del todo coherente con los estándares internacionales en materia de derechos de los individuos en condición de discapacidad, de manera que, siguiendo la línea de interpretación de los mismos, debió declararse la inconstitucionalidad de la norma.

Por otra parte, el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 suscitó un debate constitucional en torno a los derechos de las personas con discapacidad, pues prohíbe en todo caso la anticoncepción quirúrgica para menores de edad. Esta disposición fue demandada por inconstitucional al considerar que la misma vulnera los derechos de los menores de edad en condición de discapacidad, pues la anticoncepción resulta necesaria debido a que estas personas no pueden comprender las consecuencias del acto sexual para sí mismas, su familia y el *nasciturus*.

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-131 de 2014, declaró su exequibilidad al considerar que la prohibición se ajusta a la Constitución, pues es facultad del legislador regular la paternidad responsable y salvaguardar el consentimiento futuro de niños y niñas para tomar este tipo de decisiones. No obstante, estableció dos excepciones a esta prohibición de anticoncepción: cuando su vida corra peligro a raíz de un posible embarazo, sin que haya otras alternativas viables para evitarlo, y cuando se trate de una discapacidad mental profunda o “severa” que imposibilite la expresión de un consentimiento futuro, en tal caso se requiere una autorización judicial[88].

[88] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-131 de 2014. (11 de marzo). M.P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2014.

Del pronunciamiento, llama la atención que, a pesar de hacerse cinco años después de la ratificación en Colombia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tanto su análisis como conclusión, particularmente los relacionados con una de las excepciones propuestas, se alejan de los estándares internacionales, pues aboga por concepciones médico-asistenciales de la discapacidad, en las cuales prevalecen nociones médicas, además de la autorización judicial, lo que implica la permanencia de sistemas basados en la sustitución de la voluntad, y esto no responde al modelo social de discapacidad. Adicional a ello, no menciona ni analiza la posibilidad de la aplicación de los apoyos y ajustes requeridos para que la niña o el niño con discapacidad pueda tomar decisiones respecto a sus derechos fundamentales.

Continuando con el desarrollo normativo, se encuentra la Ley Estatutaria 1618 de 2013, cuyo objetivo es garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, a través de la adopción de mecanismos de inclusión, acciones afirmativas, eliminación de la discriminación por discapacidad y la aplicación de ajustes razonables, todo en el marco de lo establecido por la Ley 1346 de 2009, norma aprobatoria de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Cabe resaltar que la definición sobre discapacidad propuesta por la ley es congruente con el modelo social de discapacidad, al incorporar las barreras sociales como impedimentos para la participación plena y efectiva en sociedad: ***"***Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"[89].

[89] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1618 de 2013 (27 de febrero de 2013). *Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*. Bogotá: Diario Oficial 48 717.

En este entendido, la ley plantea una serie de obligaciones a cargo de entidades del orden nacional, departamental y local para la implementación de políticas públicas de inclusión real y efectiva que garanticen el pleno ejercicio de los derechos de las personas en condición de discapacidad y asegurar que en el diseño, ejecución y evaluación de los planes de desarrollo se aplique un enfoque diferencial, con el fin de garantizar la igualdad de condiciones y la equidad. De igual manera, establece ciertos deberes de la sociedad, dirigidos principalmente a la promoción, difusión y respeto de los derechos de aquellas personas; la eliminación de barreras actitudinales, sociales y de comunicación; y denunciar actos de exclusión o discriminación[90].

En virtud de lo cual, el título IV de la normativa establece las medidas para la garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales de la población con discapacidad, correspondiente a un catálogo en donde se precisa la necesidad de remover barreras en materia de los derechos de la niñez, el acompañamiento familiar, el derecho a la habilitación y rehabilitación, a la salud, a la educación, al trabajo, la accesibilidad como mecanismo para asegurar la autonomía e independencia, el acceso al transporte, la cultura y el deporte, entre otras garantías.

Respeto a los dos elementos objeto de este estudio, la Ley 1618 de 2013 no ofrece mucha información tanto de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad como del tema de la capacidad jurídica. Sobre el primero, este solo se menciona tangencialmente en el apartado del derecho a la salud, al referir el deber de asegurar la accesibilidad en los programas de salud sexual y reproductiva. Acerca del segundo, es dable identificar la falta de desarrollo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relacionado con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas de este grupo, la necesidad de

[90] *Ibidem,* art. 6.

implementar el sistema de apoyos y ajustes razonables para la toma de decisiones sobre el ejercicio de sus derechos y la de abolir sistemas de sustitución de la voluntad a través de la interdicción judicial o inhabilidades.

Este último aspecto resultaba esencial para la consecución del objetivo de la ley, pues el reconocimiento de la capacidad jurídica es un presupuesto indispensable para garantizar el goce efectivo de los derechos y la eliminación de formas de discriminación que imponen barreras a la plena participación de los individuos de este grupo social, de manera que el enfoque de la ley se limita a derechos de carácter prestacional, sin ofrecer un avance significativo en la reivindicación de la facultad para tomar decisiones en asuntos relacionados con sus derechos fundamentales.

Subsiguientemente, es importante traer en mención la Resolución 1904 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, de acuerdo con órdenes impartidas en la Sentencia T-573 de 2016, la cual persigue la adopción del reglamento para "garantizar que las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque diferencial, accedan a información adecuada y suficiente sobre sus derechos sexuales y derechos reproductivos"[91], a través de la implementación de apoyos, ajustes razonables y salvaguardias que faciliten la toma de decisiones informadas.

Dentro de los principios que rigen esta resolución se encuentran: la dignidad humana, el principio *pro hominem*, la progresividad, igualdad y no discriminación, el principio de oportunidad y la accesibilidad. Adicional a ello, el artículo 4

[91] COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 1904 de 2017 (31 de mayo). *Por medio de la cual se adopta el reglamento en cumplimiento de lo ordenado en la orden décima primera de la Sentencia T-573 de 2016 de la Corte Constitucional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: el Ministerio.

menciona los enfoques a observarse en su aplicación, tales como: el enfoque de derechos, de género, diferencial y de curso de vida[92].

A partir del artículo 5, la norma relaciona algunas definiciones que resultan pertinentes acá. Respecto a los *ajustes razonables,* establece que se trata de adaptaciones adecuadas, orientadas a la eliminación de las barreras sociales, para garantizar que la prestación del servicio atienda a necesidades específicas que aseguren el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad. En relación con los *apoyos para la toma de decisiones,* manifiesta que los constituyen las estrategias y recursos de información, comunicación, de tecnología y accesibilidad a proveer por el sistema de seguridad social, para que las personas con discapacidad tomen sus decisiones de manera libre e informada. Sobre la *capacidad jurídica,* expresa que se trata del derecho de las personas con discapacidad para decidir en forma libre, autónoma e informada sobre el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos en igualdad de condiciones que las demás personas. Por último, relacionado con las *salvaguardias* indica que son aquellas medidas, adoptadas por los profesionales en salud, encaminadas a proteger la voluntad y preferencia de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica[93].

En forma específica, el artículo 7 aborda lo concerniente a la capacidad jurídica y el consentimiento informado para la toma de decisiones sobre los derechos sexuales y reproductivos. La resolución es enfática en estipular el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad para decidir en esta materia y, en efecto, las sentencias de interdicción judicial no se constituyen en mecanismos de sustitución de su voluntad y capacidad[94].

[92] *Ibidem,* art. 4.
[93] *Ibidem,* art. 5.
[94] *Ibidem,* art. 7.

Lo anterior da paso a la regulación del consentimiento informado para la realización de procedimientos relacionados con la atención de la salud sexual y reproductiva, el cual debe provenir exclusivamente de los pacientes. Para ello, se podrá proveer de los respectivos apoyos o ajustes razonables. Adicionalmente, la resolución estipula que cuando, a pesar de contar con los apoyos y ajustes razonables, sea imposible determinar la voluntad de la persona: "El referido consentimiento será asistido por las personas que demuestren relación de confianza y tomando en consideración las recomendaciones provistas por el profesional de salud, a efectos de hacer la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad"[95].

En el caso particular de los procedimientos de esterilización, la normativa del ministerio prevé la indispensabilidad del consentimiento informado de la persona con discapacidad y, en los eventos en que dicho procedimiento no sea solicitado por ella, o pese a los apoyos y ajustes razonables no sea dable determinar su voluntad o al identificar algún tipo de coerción se deben aplicar las salvaguardias para proteger la voluntad del paciente.

Por último, respecto a los apoyos y ajustes razonables, la resolución contempla cómo las entidades del sistema de seguridad social están obligadas a reconocer los apoyos de los cuales dispongan las personas con discapacidad para la toma de sus decisiones y, si no se cuenta con ellos o los mismos son insuficientes, deberán proveérselos. Dichos apoyos pueden ser de diferente tipo, según el caso concreto. La resolución establece dos: 1) de comunicación y acceso a la información a través de diferentes mecanismos y lenguajes, y 2) aquellos brindados a través de una persona de confianza o los suministrados por los prestadores del servicio de salud.

En conclusión, la Resolución 1904 de 2017 abarca de forma muy completa los estándares internacionales en materia de derechos de las personas en condición

[95] *Ibidem,* art. 8, párr. 1.

de discapacidad y considera los adelantos jurisprudenciales en torno al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Ello representa un gran esfuerzo por reivindicar la autonomía de estas personas en un escenario donde históricamente se les han limitado el derecho a determinar su vida íntima y personal, implicando un avance en la lucha sobre la abolición de paradigmas sociales en torno a la capacidad para asumir sus propias decisiones.

Finalmente, el reconocimiento pleno y efectivo de la capacidad jurídica de las personas en condición de discapacidad se ve realizado en mejor medida con la expedición de la Ley 1996 de 2019, que regula el régimen de capacidad legal para personas mayores de edad en condición de discapacidad. La ley bajo estudio toma como inspiración y punto de interpretación la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en virtud de lo cual parte del respeto a la dignidad humana, la autonomía individual, la libertad, la independencia y la prohibición de la discriminación. Lo anterior, con el fin de reivindicar la facultad de aquellas para decidir sobre su destino, conforme a su proyecto de vida.

En tal dirección, la normativa tiene como objetivo la aplicación de medidas que garanticen el ejercicio de la capacidad legal de la población en condición de discapacidad, con acceso a los apoyos que así lo requieran. Su punto de partida entonces es la presunción de la capacidad: “todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos”[96]. De esta manera se marca un importante hito en el reconocimiento de los derechos de este colectivo social y el cumplimiento de obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues implica la eliminación de la figura de la interdicción basada en la sustitución de la voluntad y el consentimiento.

[96] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1996 de 2019 (26 de agosto). *Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad*. Bogotá: Diario Oficial 51 057.

En cuando a la capacidad de la persona en condición de discapacidad que no haya alcanzado la mayoría de edad, la ley dispone que ella tiene derecho y acceso a los mimos apoyos que las personas en su situación mayores de edad, para los actos jurídicos a los cuales legalmente se encuentran facultados a realizar, de acuerdo con la autonomía progresiva y en aquellos casos en los que sea necesario tener en cuenta la voluntad del o de la menor de edad.

De manera que el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad se puede disfrutar mediante la adopción de modificaciones y adaptaciones requeridas en la comunicación y comprensión de la información. Para ello, esta población puede contar con los apoyos necesarios con miras a la realización de los actos jurídicos que así lo requieran. Tal apoyo se puede establecer por medio de la celebración de un acuerdo entre la persona interesada y quien lo prestará o a través de proceso de jurisdicción voluntaria, en donde se le designará uno.

Como se evidencia, la acogida en el ordenamiento interno de los estándares establecidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no se había llevado a cabo de forma exhaustiva o completamente, sino hasta la aparición de Ley 1996 de 2019, en especial en lo atinente al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en condición de discapacidad para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

Sobre este último aspecto, tal como se verá en el capítulo siguiente, la Corte Constitucional ha desarrollado un amplio análisis, que de alguna manera ha influido en la forma de amparar el derecho de la población con discapacidad a decidir frente aspectos tan personales como los derechos sexuales y reproductivos.

3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE LA PERSONA EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD COGNITIVA A EJERCER Y DECIDIR SOBRE SUS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS: EL CASO DE LA ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA

Una vez desarrollados los aspectos teóricos y normativos sobre el reconocimiento y la reivindicación de los derechos de la persona con discapacidad para tomar decisiones con pleno respeto de su autonomía y dignidad humana en lo relacionado con los asuntos de la salud sexual y reproductiva, lo cual se constituye en la hoja de ruta para encaminar las disposiciones administrativas o judiciales que pretendan limitar esta prerrogativa, corresponde a este capítulo analizar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad y la facultad de ejercerlos en igualdad de condiciones, frente a situaciones en las que se pretende realizar intervenciones médicas de esterilización.

Para tal efecto, con los precedentes jurisprudenciales a continuación, se propone responder la pregunta: ¿Acoge la jurisprudencia de la Corte Constitucional en forma integral los mandatos derivados del modelo social de discapacidad, frente a la facultad de las personas con discapacidad cognitiva para decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos?

3.1 DESARROLLO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

3.1.1 Sentencia hito fundadora de línea T-850 de 2002

La Corte Constitucional Colombiana aborda por primera vez el tema de la capacidad para decidir sobre los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad en la Sentencia hito fundadora de línea T-850 de 2002, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil. Los hechos materia de decisión en este caso tienen que ver con la acción de tutela interpuesta

por la madre de María Catalina Álvarez, en contra de su entidad prestadora de salud (EPS), por la vulneración de sus derechos a la seguridad social, salud, igualdad, protección especial de las personas discapacitadas y dignidad humana, debido a la negativa de realizar un procedimiento quirúrgico de esterilización a favor de la mujer de diecinueve años, quien padecía retraso mental leve y epilepsia refractaria, circunstancias que conllevarían a que un posible embarazo fuera perjudicial para su salud física y psicosocial.

La parte accionada sustentó su negativa con el argumento de que para realizar el procedimiento es indispensable la declaración de interdicción judicial por demencia y obtener la representación judicial, pues conforme a las normas éticas de disciplina ginecológica, para proceder con la esterilización quirúrgica, la paciente debía contar con treinta años de edad y tener al menos un hijo. La sentencia de única instancia concede la protección de los derechos de la accionante y ordena al Seguro Social EPS efectuar una esterilización no definitiva, hasta que la madre de María Catalina obtenga la representación judicial mediante el proceso de interdicción.

En esta oportunidad, el alto tribunal centra su análisis en dos cuestiones fundamentales: la primera tiene que ver con la posibilidad de acceder al tratamiento médico cuando el embarazo supone un riesgo para la salud mental de una persona que no está en la facultad de asumir la maternidad autónomamente y la segunda, relacionada con la posibilidad de sustituir el consentimiento de una persona adulta con discapacidad, para la realización de una intervención quirúrgica de estilización, teniendo en cuenta que, según dictámenes médicos, un embarazo acarrea un riesgo para su salud y, debido a su condición mental, no puede ser consciente de las responsabilidades derivadas de la maternidad.

La Corte Constitucional parte de la tensión inicial suscitada entre la autonomía individual para tomar decisiones sobre la salud, considerando la situación que pone en duda su capacidad para decidir en forma autónoma y el interés del

Estado en la preservación de la salud y la vida. Si bien la tradición de la protección constitucional ha dado prevalencia a la vida y la salud, la jurisprudencia ha hecho hincapié en la necesidad de armonizarlas con otros valores y principios como la autonomía, que permite "el interés de las personas en desarrollar su propio plan de vida de manera responsable; el cual, […] se concreta en su interés en construir su propia familia y cuidar de ella"[97]. Bajo este entendido, el Estado debe orientarse a la protección frente a las injerencias de terceros que puedan afectar la libertad individual para decidir sobre el proyecto de vida.

El tribunal constitucional hace énfasis en que, a pesar de los informes psiquiátricos y psicosociales en los cuales se identifica una limitación en la capacidad de María Catalina para comprender el alcance de las opciones de la maternidad o la esterilización, ella manifiesta en forma clara su deseo por ser madre y formar un hogar. De esta manera, frente al cuestionamiento de la capacidad para ejercer su autonomía, la alta corte considera cómo la actividad del Estado debe encaminarse hacia la generación de medios que permitan el desarrollo, promoción y adquisición de las condiciones físicas, mentales y de salud para ejercitar la autonomía individual: "La directriz impuesta implica que el Estado debe proveer los medios necesarios para promover que las personas adquieran las capacidades necesarias para desarrollar autónomamente sus intereses y potencialidades, dentro de las condiciones y limitaciones físicas en las cuales deben desenvolverse diariamente"[98].

En este orden de ideas, la Corte Constitucional opta por la protección a través de la figura del consentimiento orientado hacia el futuro, el cual se basa en la maximización de la autonomía de las personas y en el desarrollo paulatino de las capacidades para decidir más apropiadamente, según su propio criterio, a través

[97] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia T-850 de 2002 (10 de octubre) M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2002.
[98] *Ibidem.*

del acceso a educación especializada y adecuada a las necesidades particulares del individuo, en la medida en que “el conocimiento constituye un presupuesto necesario para la toma de cualquier decisión de este tipo, tendiente a preservar la dignidad humana y a promover el ejercicio de la libertad e igualdad de las personas”[99]. Para el caso en concreto, contrario a lo concluido por los dictámenes psiquiátricos, la corte consideró que las capacidades de María Camila sí podían ser incrementadas, siempre que existieran los apoyos educativos pertinentes.

Bajo esta línea de entendimiento, es deber del juez constitucional procurar por la preservación de las condiciones físicas para que las personas en condición de discapacidad, de quienes se cuestione su autonomía, puedan tomar decisiones autónomas. En el caso particular, la Corte Constitucional optó por una posición en la cual no se impidiera de forma definitiva el derecho de María Camila a decidir sobre la posibilidad de ser madre. “En tal sentido cobra especial relevancia la obligación del Estado de adoptar medidas para que la igualdad sea real. Constituye un presupuesto para que individuos que, por sus condiciones físicas y mentales, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, puedan aumentar sus capacidades y así afrontar con menor dificultad las decisiones vitales en torno a su salud y a la maternidad”[100].

En consecuencia, se confirma parcialmente la sentencia de primera instancia que impidió la realización de una esterilización definitiva y ordena al Seguro Social EPS la evaluación de las opciones médicas que preserven la autonomía en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, sin que se recurra necesariamente a un procedimiento quirúrgico definitivo. Adicional a ello, se ordena la inclusión de María Camila a un programa de educación especial con el fin de capacitarla sobre temas de salud sexual y maternidad en condiciones de autonomía y responsabilidad.

---

[99] *Ibidem.*
[100] *Ibidem.*

Resulta importante destacar de este primer pronunciamiento la manera en que desde una etapa inicial la Corte Constitucional no optara por una posición que anule la posibilidad de ejercer la autonomía de las personas en condición de discapacidad cognitiva para decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos. Así, el tribunal hace hincapié en el hecho de que la representación legal no es aplicable en el ámbito constitucional donde la autonomía y la dignidad humana tienen un papel central. En este sentido, es dable entrever la protección garantista a la autonomía de la persona y en que se den las condiciones adecuadas para el desarrollo de las capacidades, conforme a sus necesidades específicas y con pleno respeto de su proyecto vital.

3.1.2 Sentencia hito consolidadora de línea T-248 de 2003

Subsiguientemente, se encuentra la sentencia hito consolidadora de línea T-248 de 2003, en la cual la Corte Constitucional nuevamente estudia una acción de tutela, esta vez interpuesta por la madre de Diana Maritza, menor de edad que padecía epilepsia, retardo mental y trastorno de déficit de atención, argumentando la violación de sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad y seguridad social en salud, por parte del Seguro Social, quien se negó a realizar una intervención quirúrgica de esterilización a la menor, bajo el argumento de que para ello era necesario contar con la autorización del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Corte pasa a estudiar el tema, partiendo del precedente derivado de la Sentencia T-850 de 2002, analizada anteriormente, y de si en el caso particular existió una vulneración a los derechos fundamentales de la menor, debido a la demora del Seguro Social para realizar la intervención quirúrgica de ligadura de trompas. En forma inicial, el alto tribunal resalta como deber del Estado el brindar protección especial a aquellas personas que por sus condiciones mentales se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, en aras de salvaguardar sus derechos fundamentales.

En esta oportunidad, teniendo en cuenta el principio de interpretación conforme, el tribunal constitucional manifiesta que, cuando se trate de la limitación o afectación severa del derecho fundamental de una persona en condición de discapacidad cognitiva, es necesaria la intervención judicial y, en consecuencia, aclara que en el caso estudiado la madre requería contar con una autorización judicial para llevar a cabo la intervención quirúrgica. “En dicho proceso judicial, no sobra indicarlo, debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones. Si 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”[101].

Si bien la sala menciona la existencia de un precedente judicial en la materia, a través de la Sentencia T-850 de 2002, la cual brindó protección prevalente a la autonomía individual, estableció una regla de decisión aplicable a casos análogos en los que debe considerarse tanto la necesidad médica de la intervención quirúrgica como la posibilidad de lograr el consentimiento futuro. De manera que se plantean cuatro hipótesis:

1. Cuando exista necesidad médica e imposibilidad del consentimiento futuro: en esta hipótesis, la sala menciona que si bien la Sentencia T-850 de 2002 brindó una protección a la autonomía personal, la misma se dio en virtud de la posibilidad de que la paciente desarrollara un consentimiento futuro, “cosa distinta ocurre cuando, de acuerdo con el estado del arte, se puede sostener con un razonable (alto) grado de certeza que la persona no va a poder alcanzar un nivel tal de autonomía que le permita comprender y dar o no su consentimiento para realizar una intervención quirúrgica”[102]. En este entendido,

[101] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia T-248 de 2003. (21 de marzo). M.P. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional Bogotá, 2003.
[102] *Ibidem.*

se precisa que, bajo esta hipótesis, se procede a realizar la intervención quirúrgica previa autorización judicial.

2. No existe la necesidad médica y no es posible la obtención del consentimiento futuro: en este caso, se estableció que no es posible realizar la intervención quirúrgica, en la medida en que, debido a la ausencia de la necesidad médica, implicaría la vulneración de la integridad física y el derecho a formar una familia y decidir el número de hijos.
3. La existencia de urgencia médica y la posibilidad del consentimiento futuro: en relación a esta hipótesis, la sala estableció: "Ante la urgencia, debe darse prioridad a la intervención médica, sin que pueda invocarse el consentimiento futuro, pues resulta razonable suponer que la persona habría consentido en la protección de su vida, integridad física o salud"[103].
4. La ausencia de necesidad médica y la posibilidad de consentimiento futuro: caso en el cual se brinda una protección absoluta a la autonomía individual.

Para la solución del caso, la sala analiza el derecho a tener una familia y a decidir el número de hijos a partir del alcance del consentimiento informado, el cual no solo se dirige hacia la obtención de la autorización de la intervención médica, sino que debe buscar generar la compresión de las consecuencias y riesgos que ello implica, esto es, la anulación de la posibilidad de tener hijos.

Teniendo en cuanta lo anterior, la Corte Constitucional estableció que, en consideración a que Diana Maritza no puede ni podrá comprender las consecuencias de la maternidad, desproporcionado permitir que ella soporte las consecuencias de un embarazo frente el cual no tendría las condiciones necesarias para consentir. Por ello, concluyó: "Mientras no consienta, al igual que toda mujer, no puede ser forzada a ser madre biológica. Por lo anterior, debe autorizarse la tubectomía"[104].

[103] *Ibidem.*
[104] *Ibidem.*

En razón a lo anterior la Corte Constitucional ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar informar a la demandante sobre el procedimiento que debe seguir con el fin de solicitar a un juez de la república la autorización para realizar la intervención quirúrgica de la menor. De igual manera, al Seguro Social abstenerse de practicar este tipo de intervención, cuando ponga en riesgo la autonomía de personas en situación de discapacidad cognitiva, si no se cuenta con la respectiva autorización judicial.

Si bien el pronunciamiento difiere de la Sentencia T-850 de 2002, sobre la necesidad de contar con la autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica para la esterilización, cabe mencionar que en esta ocasión el alto tribunal define y profundiza de manera más completa las pautas o reglas a considerar en casos análogos, cuando la necesidad médica de realizar la intervención y las posibilidades reales de obtener o desarrollar el consentimiento de la paciente son cruciales para determinar la solución que satisfaga en mejor medida principios y derechos fundamentales de la persona en situación de discapacidad cognitiva. Dada la complejidad para la determinación de estas circunstancias, es indispensable que se realice su análisis en proceso judicial pertinente.

3.1.3 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-492 de 2006

En forma posterior, la Corte Constitucional colombiana estudió nuevamente el tema del derecho de las personas con discapacidad cognitiva a decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos, a través de la sentencia hito reconceptualizadora de línea T-492 de 2006. Los hechos que motivaron esta decisión se relacionan con la acción de tutela interpuesta por Nory Carmona, en calidad de agente oficiosa de su hija Ana Rendón de 26 años, quien padecía síndrome de Down y al momento se encontraba en su octavo mes de embarazo. La madre solicitó proteger los derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad personal y la familia, vulnerados por Coomeva EPS, quien se negó a

realizar una intervención quirúrgica de esterilización, debido a que la madre no contaba con la debida autorización judicial para ello, lo cual es un requisito legal indispensable.

En primera instancia, el amparo constitucional fue negado, toda vez que los postulados legales son claros respecto de la exigencia de la autorización judicial para llevar a cabo este tipo de procedimientos. Además, en el presente caso era necesario adelantar el trámite de interdicción judicial que le permitía a la madre tener la representación legal de su hija en asuntos personales y subjetivos.

La Sala Sexta de Revisión parte de la consideración de la existencia de decisiones precedentes que han abordado temas similares, los cuales han establecido en forma clara las condiciones para la procedencia de la protección de los derechos de la mujer con discapacidad y se ordene la realización de un proceso quirúrgico de esterilización, de esta manera: "i) quien interponga la acción de tutela sea el o la representante legal de la mujer, bien por ministerio de la ley, o bien por discernimiento judicial de una guarda dentro de un proceso de interdicción judicial; y ii), que el procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva haya sido autorizado previamente por un juez, en un proceso distinto y anterior a la acción de tutela"[105].

En forma particular, la sala refiere la Sentencia T-248 de 2003, que hace especial énfasis en que todo procedimiento que implique la esterilización definitiva de una mujer constituye una restricción severa a sus derechos y, por tanto, la misma no solo debe ser autorizada por su representante legal, sino que es necesario contar con la autorización judicial surgida del proceso pertinente, "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,

[105] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SEXTA DE REVISIÓN. Sentencia T-492 de 2006 (29 de junio). M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2006.

etc., según las condiciones particulares de la mujer, su grado de autonomía, sus posibilidades de recuperación, etc."[106]

La alta corte encontró que lo anterior se halla justificado constitucionalmente, dado que el Estado debe brindar protección especial a personas en estado de debilidad manifiesta debido a su condición de discapacidad mental. Tal protección se materializa a través del régimen de incapacidad civil, que requiere una declaración judicial. "No obstante, para actos que restrinjan o limiten de manera especial los derechos fundamentales de dichas personas incapaces, la misma ley civil considera que la sola decisión de los representantes legales o guardadores de los incapaces no es suficiente, exigiendo además la previa licencia judicial"[107].

En este sentido, al considerar que la intervención quirúrgica implica una grave restricción a los derechos personales y fundamentales de la mujer en condición de discapacidad, resulta necesario estudiar cada caso en particular, con el fin de determinar el grado de autonomía de la persona y las alternativas menos invasivas que cumplan el mismo fin y se acomoden a sus necesidades físicas, familiares y sociales, pues puede existir la posibilidad de que la persona cuente con las capacidades para gestionar su sexualidad y la maternidad, las cuales pueden ser incrementadas mediante tratamientos adecuados y educación especial, tal como fue estudiado en la Sentencia T-850 de 2002.

Así, el tribunal constitucional reitera las decisiones de la jurisprudencia precedente y reafirma los postulados establecidos en ellas, para concluir que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar la autorización judicial a fin de realizar el procedimiento quirúrgico; en primera medida, porque es necesario un trámite judicial, con periodos probatorios más amplios y acompañamiento del Ministerio Público como garante de los derechos de la mujer. En segundo lugar, quien promueva la acción de tutela debe tener la representación legal de la mujer

[106] *Ibidem.*
[107] *Ibidem.*

y, además, debe contar con la debida licencia judicial. En virtud de que en el presente caso no se cumplían tales requisitos, la sala declaró la improcedencia de la acción de tutela por la falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.1.4 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-1019 de 2006

Seguidamente, la sentencia hito reconceptualizadora de línea T-1019 de 2006 retoma este tema mediante revisión de la tutela instaurada por María Aranzazu en representación de su hija Liliana Martínez, quien presentaba retardo mental y secuelas de parálisis cerebral, al considerar que la EPS Salud Total vulneró los derechos a la igualdad, protección de las personas en condición de debilidad manifiesta, la vida digna y la integridad personal, dada la negativa de realizar un procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva, el cual fue programado por el médico tratante de la menor.

En su momento, la entidad accionada manifestó que para la procedencia de dicha autorización era necesario adelantar los trámites judiciales pertinentes, pues dicha intervención supone una limitación a derechos fundamentales de la menor en condición de discapacidad. La sentencia del Juzgado Tercero Civil Municipal de Manizales acogió este argumento y negó la protección constitucional, reiterando que debe existir previamente un pronunciamiento judicial que autorice la realización de un procedimiento de esta naturaleza, la cual tenga sustento en un dictamen médico sobre el nivel de incapacidad de la menor, ello con el fin de proteger sus derechos fundamentales dada su condición de vulnerabilidad.

Dentro de sus consideraciones, inicialmente la sala de revisión manifiesta que, teniendo en cuenta las condiciones de discapacidad mental, la protección del derecho a la salud resulta esencial para el normal desarrollo personal y el ejercicio de los derechos fundamentales, así, en este caso se debe brindar protección constitucional al derecho a la salud. Sin embargo, para que ello fuera posible, era necesario considerar que la menor no se encontraba en la capacidad de brindar su

consentimiento para el acceso al servicio de salud requerido, por lo cual la Sala se cuestionó sobre la posibilidad de optar por el consentimiento sustituido, en el que los padres de la menor autorizaran la práctica del procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva.

Para la Corte Constitucional, esta situación plantea tensión entre dos presupuestos constitucionales: la protección de la autonomía individual, ligada a la dignidad humana, y el deber de proteger la salud en conexión con la vida, ante la situación donde su titular padece restricciones para dar su consentimiento a la realización de procedimientos médicos. El tribunal rememora pronunciamientos anteriores que han abordado la misma cuestión, haciendo especial énfasis en la importancia del consentimiento para adelantar el procedimiento, que busca develar la voluntad del paciente en forma libre y razonada. Entonces, en casos como el analizado, el consentimiento sustituido: "Surge como un criterio fundamental para garantizar la efectiva protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de quien no está en capacidad para decir de manera autónoma de qué manera podrá proteger tales derechos"[108].

No obstante, en la providencia estudiada, la sala de revisión resalta cómo, para que el consentimiento sustituido sea válido, en primer lugar, es necesario que el médico tratante brinde información detallada y completa a las personas que otorgan dicho consentimiento a favor de la menor. Bajo esta lógica, la autorización debe estar sustentada en el pleno conocimiento del tratamiento o procedimiento, sus riesgos o complicaciones. Igualmente, "se deberá informar no solo los efectos directos que dicho procedimiento generará a corto y a largo plazo en la salud y calidad de vida del paciente, sino que además deberá indicar […] cuáles consecuencias pueden afectar de manera definitiva la integridad del paciente"[109].

---

[108] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-1019 de 2006 (1° de diciembre). M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2006.
[109] *Ibidem.*

Cabe agregar que con esta información se pretende generar la certeza de que el tratamiento médico garantiza en forma completa y adecuada el derecho a la vida y salud de la persona en condición de discapacidad.

Adicional a lo anterior, y reiterando pronunciamientos anteriores, la sala enfatiza en que el consentimiento sustituido debe estar precedido del agotamiento de trámites judiciales consistentes en la declaración de interdicción y la obtención de la autorización judicial para realizar el procedimiento, en especial cuando la decisión afecte en forma definitiva la funcionalidad orgánica de la persona o limite capacidades funcionales que comprometan definitivamente los derechos del menor o de la persona en situación de discapacidad cognitiva. “En estas eventualidades, es necesario tener la certeza absoluta que la persona que va a ser sustituida en su consentimiento, no vaya a tener a futuro, la posibilidad de adquirir el criterio suficiente y racionalidad de su condición personal, que le permita en algún momento dado, otorgar su consentimiento”[110].

De este modo, la Corte Constitucional concluyó que, antes de la realización de cualquier procedimiento o intervención médica irreversible que limite derechos fundamentales, es pertinente agotar los procedimientos médicos y jurídicos necesarios, en los cuales se visualicen todas las opciones médicas y consecuencias derivadas de tal decisión. En consecuencia, para el caso en concreto, la sala encontró que la EPS no vulneró los derechos de la menor, pues es claro cómo la ley y la jurisprudencia exigen ciertas actuaciones preliminares que permitan brindar un consentimiento libre e informado.

En vista de que, en esa oportunidad, se advirtió la inexistencia de concepto médico especializado que determinara la gravedad del retraso mental padecido por Liliana Martínez, si este impedía o no desarrollar a futuro su autonomía y consciencia para asumir una decisión coherente y autónoma acerca de la intensión de tener hijos, la Corte Constitucional estimó necesario que, previamente

[110] *Ibidem.*

a tomar una decisión de consentimiento sustituido, se realizara una valoración médica que estableciera la capacidad cognoscitiva y el desarrollo mental de la menor de edad, indicando “si dicha condición de retraso mental le va a permitir a futuro tener o no la suficiente autonomía en su voluntad para asumir una decisión de tal trascendencia”[111].

Así las cosas, una vez determinado que la menor no podrá desarrollar a futuro la capacidad para dar su consentimiento libre y razonado, los médicos tratantes tienen la obligación de brindar información a los padres sobre el contenido, alcance y consecuencias del tratamiento, para que ellos, antes de dar su consentimiento, inicien el trámite judicial que autorice el procedimiento pertinente.

3.1.5 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-560A de 2007

Más adelante, la Corte Constitucional reitera y profundiza las reglas jurisprudenciales desarrolladas anteriormente sobre el consentimiento sustituido y su procedencia frente a intervenciones médicas que comprometan los derechos sexuales de las personas en situación de discapacidad cognitiva, a través de la sentencia hito reconceptualizadora de línea T 560 A de 2007. La providencia analiza la acción de tutela incoada por la madre de la menor Kiara Hernández, de catorce años, quien padece una encefalopatía congénita que le genera un cuadro de retardo mental moderado y profundo. Debido a que su médico tratante consideró que la menor de edad no puede tomar decisiones en forma autónoma, en especial, en lo relacionado con su sexualidad, recomendó la realización de una cirugía de ligadura de trompas.

Si bien la madre de Kiara realizó el consentimiento expreso y por escrito, el procedimiento no fue adelantado, pues se requería su autorización mediante orden judicial. Por tal razón, la accionante sostiene que la Saludcoop EPS vulneró los

[111] *Ibidem.*

derechos fundamentales a la vida, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad de su hija.

El Jugado Segundo Civil Municipal concedió en primera instancia la tutela, con base en que el interés superior del niño exige brindar una protección frente a cualquier abuso o arbitrariedad con el fin de garantizar el desarrollo normal y sano. Por tanto, los padres de familia, en ejercicio de su patria potestad son quienes deben tomar las decisiones a favor de sus hijos menores de edad, quienes no cuentan con la capacidad de tomar decisiones en condiciones de autonomía y libertad. En consecuencia, el Juzgado ordena la realización de la cirugía en un término no superior a diez días.

Si bien la decisión no fue impugnada, considerando la trascendencia del caso en cuestión, al comprometer derechos fundamentales de una menor de edad, en sede de revisión el alto tribunal ordena a Saludcoop EPS abstenerse de dar cumplimiento al fallo. Asimismo, ordena al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses la realización de una evaluación sobre la situación neurológica y psicológica de Kiara. En la misma, se concluyó la incapacidad para ejercer su autodeterminación y autocuidado, dado que las alteraciones neurológicas irreversibles le impiden tomar decisiones responsables y autónomas. Por tanto, fue recomendada la realización de un método anticonceptivo definitivo, consistente en la ligadura de trompas.

Con lo anterior, la corte nuevamente estudia el alcance del consentimiento sustituido para la realización de la cirugía de ligadura de trompas a favor de la menor en condición de debilidad manifiesta, a razón de la discapacidad cognitiva que le impide la autonomía suficiente para declarar su consentimiento. En forma inicial, la sala de revisión reitera la importancia del consentimiento informado, el cual debe responder a la libre voluntad del paciente, quien conoce y asume las implicaciones, beneficios y riesgos de una intervención médica.

Bajo este entendido, para aquellas personas en situación de discapacidad, cuya autonomía se encuentra imitada, la ley ha previsto la posibilidad de que su consentimiento sea sustituido por sus padres o quien ostente la patria potestad: "En todo caso, dicho consentimiento debe estar precedido de una amplia y pormenorizada información que los médicos están obligados a suministrar, a efectos de garantizar que la decisión que se adopte esté sustentada en un detallado y claro conocimiento del tipo de tratamiento o procedimiento médico que se va a realizar, las posibles complicaciones que se puedan presentar y la complejidad del mismo"[112].

No obstante, la Corte Constitucional resalta acá que, cuando se trata de intervenciones médicas que signifiquen un fuerte impacto en los derechos personalísimos del menor, entre ellos, los procedimientos quirúrgicos de esterilización, la sola autorización de los padres en ejercicio de su patria potestad no es suficiente. Respecto al tema, trae en mención los precedentes desarrollados por la corporación, donde se ha hecho especial énfasis en la necesidad de contar con una autorización judicial para poder realizar procedimientos de esta naturaleza, salvo que se trate de una urgencia o imperiosa necesidad. "En el trámite del citado proceso judicial, le corresponde al juez ordinario adoptar las medidas que resulten necesarias para determinar si el menor de edad con problemas de retardo mental tiene o puede llegar a tener el grado de autonomía suficiente para decidir acerca de la procedencia o no del mencionado procedimiento quirúrgico"[113].

De lo anterior se desprenden dos escenarios: 1) si el menor tiene la posibilidad de desarrollar en un futuro la capacidad para comprender las implicaciones del tratamiento, no es posible realizar la esterilización hasta que la parte interesada

[112] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA DE REVISIÓN. Sentencia T-560A de 2007. (26 de julio). M.P. ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 2007.
[113] *Ibidem.*

brinde su consentimiento libre e informado, para ello, es necesario la adopción de medidas de educación especial que contribuyan al desarrollo de la capacidad para ejercer la sexualidad y maternidad; 2) en el caso donde exista imposibilidad de que el menor adquiera consentimiento futuro sobre su sexualidad, la maternidad y las consecuencias de la esterilización, el juez ordinario deberá autorizar su realización, siempre que exista consentimiento de ambos padres.

En esta providencia, la sala de revisión reitera lo dispuesto en la Sentencia T-1019 de 2006, en la cual dispuso que, previamente a la solicitud de la autorización judicial para llevar a cabo el procedimiento de esterilización definitiva, el cuerpo médico tratante debe haber brindado información completa sobre el procedimiento, los riesgos y consecuencias físicas, psicosociales y emocionales que pueden generarse en la identidad de la menor. Una vez los padres cuenten con dicha información, pueden tramitar la autorización judicial pertinente.

Con base en lo expuesto, mediante Sentencia T-560A de 2007, la Corte Constitucional concluye la improcedencia de la tutela, bajo el argumento de que la acción constitucional no es el medio idóneo para obtener la autorización previa a la realización del procedimiento, por tanto, se debe agotar el trámite ante juez ordinario por parte de ambos padres de la menor de edad.

3.1.6 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-063 de 2012

Más adelante, la Corte Constitucional, en sentencia hito reconceptualizadora de línea T-063 de 2012, reitera las reglas jurisprudenciales desarrolladas en las sentencias analizadas anteriormente y amplía la protección integral que debe brindarse a las personas en condición de discapacidad cognitiva para la decisión sobre sus derechos sexuales y reproductivos. Los hechos que motivaron la providencia están relacionados con la acción de tutela adelantada por el padre de Úrsula*,* quien solicitó a Caprecom EPS la realización de un procedimiento quirúrgico de esterilización, al considerar que, debido al retraso mental, su hija no

es apta para la maternidad. Si bien la EPS autorizó la realización de dicha intervención, la misma no fue practicada por el Hospital Materno Infantil. Por tal razón el tutelante considera vulnerados los derechos fundamentales de Úrsula a la vida en condición de dignidad, la integridad física y la salud.

El amparo constitucional fue negado en primera instancia, por no existir prueba sobre la condición mental de Úrsula, que impida su consentimiento o la capacidad de ejercer sus derechos. Por lo tanto, el padre no tiene la legitimación en la causa por activa, para poder adelantar la acción de tutela. Asimismo, se manifestó que no existió vulneración, pues, a pesar de la demora del servicio, el mismo no había sido negado por parte de la entidad accionada y la EPS no debió autorizar el procedimiento, toda vez que no se cumplían las condiciones legales de edad de la paciente y, aun diagnosticado un retardo mental, ella puede ser incluida en programas de planificación y educación sexual que le permitan desarrollar su consentimiento.

En este caso, inicialmente la corte ordena la realización de un informe pericial sobre la condición psicosocial de Úrsula, en el cual se determinó el padecimiento de retardo mental moderado, situación que limita la capacidad de comprender las consecuencias de sus actos y la facultad de adoptar decisiones en forma autónoma. El informe destaca la ausencia de apoyo médico y psicosocial, lo que ha afectado el desarrollo y la orientación en temas de sexualidad, por lo cual se hace necesario que el Estado le brinde protección integral para garantizar sus derechos fundamentales a través de tratamientos multidisciplinarios de psicoterapia y educación especial, que incluya la información orientación sobre los derechos sexuales y reproductivos. Así, se concluye que el procedimiento de esterilización solo es procedente, una vez superadas las condiciones de desprotección de la paciente.

Durante el análisis desarrollado por la sala de revisión se recapitulan los avances jurisprudenciales en la materia que han estudiado a fondo el tema de la autonomía

individual, el consentimiento informado y el consentimiento sustituido, ante eventos que impliquen la toma de decisiones sobre los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad mental. La jurisprudencia ha dado protección mayor a la autonomía individual frente a casos relacionados con la práctica de procedimientos médicos de esterilización y, adicionalmente, se ha establecido que para la procedencia de los mismos es indispensable agotar un trámite judicial previo que autorice dicha intervención, la cual en los casos de menores de edad, debe ser solicitada por los dos padres.

El tribunal constitucional advierte que a pesar del cambio de legislación en lo atinente al régimen de capacidad, la obligación de contar con autorización judicial previa a realizar procedimientos de esterilización sigue vigente, lo cual se ratificada en la Ley 1412 de 2010, que autoriza la práctica de ligadura de trompas en forma gratuita y precisa que, en el caso de personas con discapacidad mental, tanto la solicitud como el consentimiento serán brindados por su representante legal, previa autorización judicial.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la sala de revisión concluyó en primer lugar que el padre de Úrsula no tenía la legitimación en la causa por activa, al no haberse adelantado el trámite de interdicción judicial para obtener la respectiva representación legal y no contar con la autorización prevista en la Ley 1412 de 2010, antes mencionada. En segundo término, la corporación consideró que la situación de desprotección de la paciente, derivada de las omisiones de la EPS, es contraria a disposiciones constitucionales y convencionales.

Por ello, se destaca cómo se omitió dar la información completa sobre el alcance de la intervención, los riesgos que la misma acarrea y sus consecuencias físicas y psicosociales, aspectos indispensables para otorgar el consentimiento libre e informado del paciente o su representante legal. De igual manera, la Corte sostuvo que la EPS no valoró completamente la irreversibilidad de la intervención médica, lo cual compromete en gran medida la dignidad humana, el libre desarrollo de la

personalidad y la intimidad personal, situación que desconoce postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como: 1) el derecho de contraer matrimonio y formar una familia; 2) el derecho a decidir libremente sobre el número de hijos que se desea tener, el acceso a información y educación sobre reproducción y planificación familiar; y 3) el derecho a mantener la fertilidad en igualdad de condiciones[114].

En consideración a lo anterior, la Corte Constitucional dejó sin efecto la autorización ordenada por Caprecom y ordenó que Úrsula recibiera la protección integral que le garantizara la educación sexual y el tratamiento psicosocial, ocupacional y de lenguaje, "que contribuya a lograr y mantener la máxima autonomía, independencia, capacidad física, mental, social y vocacional"[115].

De la decisión adoptada en este fallo, cabe resaltar que, aun cuando reitera las reglas jurisprudenciales desarrolladas en pronunciamientos precedentes relacionadas con la procedencia del consentimiento sustituido con autorización judicial, ofrece un importante avance en torno a la protección de la autonomía de las personas con discapacidad y los derechos derivados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, especialmente, en lo relativo al derecho y acceso a la educación sobre sexualidad, reproducción y mantenimiento de la fertilidad, lo que otorgó mayor sustento en la necesidad de la adopción de medidas que contribuyan a la protección de dichas garantías.

3.1.7 Sentencia hito modificadora de línea T-740 de 2014

Posteriormente, la sentencia hito modificadora de línea T-740 de 2014 estudia la revisión de la acción de tutela presentada por el padre y curador de María José Monsalve, menor de edad con padecimiento de síndrome de Down y retraso

[114] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-063 de 2012. (9 de febrero). M.P. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2012.
[115] *Ibidem.*

mental moderado, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la autonomía, integridad personal y consentimiento libre e informado, debido a la negativa de su EPS para llevar a cabo el procedimiento de esterilización quirúrgica.

En su momento, la entidad accionada manifestó en que no existía tal vulneración, pues el padre de la menor no allegó orden médica que autorizara el procedimiento y, además, la Ley 1412 de 2010 prohíbe realizar este tipo de intervenciones a menores de catorce años. Manifestó que informó al padre de la menor sobre la procedencia de mecanismos anticonceptivos menos invasivos e igualmente efectivos a utilizarse. El amparo solicitado fue negado en primera instancia, al considerar que, por tratarse de una menor de edad, no es posible realizar el procedimiento solicitado y, adicional a ello, el padre de la menor no contaba con la autorización judicial pertinente.

El análisis desplegado por el alto tribunal constitucional parte de la recapitulación de las reglas jurisprudenciales que ha construido la corporación alrededor del tema en cuestión, así como de la revisión de estándares internacionales que regulan lo relacionado con procedimientos de esterilización quirúrgica de personas en situación de discapacidad. Señaló entonces, que su jurisprudencia ha sido enfática en afirmar que el consentimiento sustituido únicamente procede en casos en los cuales se haya declarado la interdicción de una persona mayor de edad en condición de discapacidad y se cuenta con la respectiva autorización judicial. "Adicionalmente, ha determinado que, ante la existencia de medidas menos lesivas de la autonomía personal que la intervención quirúrgica, se debe optar por no restringir el ejercicio de los derechos a la autonomía sexual y reproductiva de la persona en situación de discapacidad"[116].

[116] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia T-740 de 2014. (3 de octubre). M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2014.

De igual manera, la sala de revisión puntualiza cómo, en los casos donde se pondera la autonomía personal con la vida o salud de la persona con discapacidad mental, se han determinado dos hipótesis. La primera, en caso de que el posible embarazo suponga un riesgo a la vida del paciente y no pueda ser evitado en forma eficaz por otros medios, se protege la integridad y vida a través de la realización del procedimiento, siempre y cuando se cumplan condiciones como: 1) consentimiento de la menor de edad; 2) certificación pertinente de que la menor comprende las consecuencias de la intervención; 3) concepto médico sobre la necesidad de la intervención; 4) autorización judicial que garantice los derechos de la menor.

La segunda hipótesis tiene que ver con la circunstancia de discapacidad severa que impide la emisión de un consentimiento futuro, pues no se comprenden las implicaciones ni el significado de la maternidad. Frente a esta situación, se necesita: 1) solicitud presentada por ambos padres de la menor de edad; 2) certificación medica sobre el grado profundo de discapacidad; 3) autorización del juez competente.

La Corte profundiza asimismo en los estándares internacionales en materia de derechos de las personas en situación de discapacidad, lo cual se ha orientado hacia una resignificación de la misma, entendiéndola como una manifestación de la diversidad humana y no como limitante en el ejercicio de los derechos. En este sentido, al tratarse de decisiones que afectan su intimidad y sexualidad se presume la capacidad para ejercer su autonomía, siempre que se brinden los apoyos necesarios para su desarrollo. Siguiendo el orden de ideas, no es posible que la regla general sea la sustitución de la voluntad, sino que es deber del Estado adoptar el llamado modelo de apoyo a las decisiones.

En la providencia queda consignado cómo las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exigen la abolición de formas de sustracción de la capacidad jurídica a través de figuras

como la interdicción, al no responder a las necesidades de protección y apoyo de ese grupo poblacional. “Más aún, exige que se adopten medidas tendientes a la implementación de apoyos en la toma de decisiones a través de los *ajustes razonables* necesarios para que dicha población pueda acceder en igualdad de condiciones a todas las oportunidades sociales y al goce efectivo de sus derechos”[117].

Finalmente, el fallo de la presente providencia se centra en la prohibición legal de la realización del procedimiento quirúrgico de esterilización para menores de catorce años derivada de la Ley 1412 de 2010. De igual manera, la sala de revisión ratifica que en el presente caso no está acreditado que la menor de edad tenga un grado de discapacidad mental tal, que le imposibilite su consentimiento futuro, y da cuenta de la ausencia de la autorización judicial pertinente. Manifiesta que, en virtud de la exigencia de los estándares internacionales por indagar sobre el consentimiento de la persona, no existe prueba de que se hayan adoptado instrumentos de apoyo para el efecto, situación que supone una vulneración a la autonomía e igualdad de trato.

En consecuencia, además de ordenar a la EPS que en lo sucesivo se abstenga de autorizar la realización de intervenciones quirúrgicas de esterilización sin el lleno de requisitos legales y jurisprudenciales, ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar prestar asesoría integral a la familia de la menor sobre la adopción de métodos de apoyo para la emisión del consentimiento informado, de acuerdo con sus necesidades específicas.

3.1.8 Sentencia hito modificadora de línea C-182 de 2016

Resulta pertinente para la presente pesquisa mencionar la sentencia hito modificadora de línea C-182 de 2016, relacionada con la demanda de inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 1412 de 2010, en la cual se establece

[117] *Ibidem.*

que, para realizar procedimientos quirúrgicos de esterilización en forma gratuita en el caso de personas con discapacidad mental, los mismos pueden ser solicitados por su representante legal, previa autorización judicial. El demandante consideró que tal disposición vulneraba los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a conformar una familia y la protección a la capacidad jurídica, pues la norma no hace distinción entre las personas discapacitadas absolutas o moderadas y, en su concepto, la ley acarrea a toda persona con discapacidad estar supeditada a la voluntad de su representante legal previa autorización judicial, para realizar procedimientos de esa naturaleza.

El estudio desplegado por la Corte Constitucional en este caso aborda diferentes temas, entre ellos, la protección especial a personas con discapacidad, sus derechos sexuales y reproductivos y el alcance del consentimiento informado para las intervenciones en la salud de dichas personas. La corte plantea que en reiteradas oportunidades su jurisprudencia ha manifestado cómo la protección especial de las personas en situación de discapacidad implica reconocerlas como sujetos plenos de derechos, haciendo especial hincapié en la discapacidad, vista no como una enfermedad, sino desde la diversidad humana, lo cual exige adoptar una perspectiva holística, en la cual se brinden los apoyos necesarios para superar las barreras físicas o sociales que limiten el goce de las garantías constitucionales a esta población.

Así, con base en lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se ha entendido que la capacidad jurídica es inherente al ser humano, de modo que no puede ser negada por motivo de discapacidad cognitiva o psicosocial. Por ello, a la luz del derecho internacional no son admisibles regímenes que adopten decisiones a través del consentimiento sustituido, sino que debe propenderse por la inclusión de sistemas de apoyo para la toma de decisiones, priorizando la voluntad y las necesidades específicas de la persona. Lo anterior adquiere mayor relevancia cuando se trata de los derechos reproductivos de esta población, lo cual conlleva la obligación de garantizar la

facultad para decidir libremente y en forma responsable sobre la posibilidad de formar una familia, accediendo a información sobre reproducción, planificación familiar y mantenimiento de la fertilidad con la debida asistencia.

De la mano de la garantía de los derechos sexuales y reproductivos del colectivo en situación de discapacidad, se encuentra el derecho al consentimiento libre, informado y cualificado como componente del derecho a la salud que permite obtener la información oportuna, clara y completa sobre el contenido y alcance de todo procedimiento médico. Así, en relación con la salud sexual y reproductiva, este permite la manifestación de la autonomía individual, la dignidad humana y la integridad personal: "La ausencia de consentimiento informado respecto de los métodos de planificación implica una esterilización forzada y compromete los derechos reproductivos, ya que limita la capacidad de las personas de tomar decisiones sobre su cuerpo y sobre su autonomía reproductiva, en el contexto de un procedimiento invasivo, irreversible y no consentido"[118].

En el anterior orden de ideas, la sala hace precisión sobre lo referido en la jurisprudencia constitucional acerca de la procedencia del consentimiento sustituido en el aval de los procedimientos médicos a favor de aquellas personas en condición de discapacidad que carecen de la conciencia suficiente para autorizar dicho tratamiento. De esta manera, la alta corporación ha desarrollado criterios para su aplicación, en los cuales, para el caso de las y los menores de edad, debe considerarse: "i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del niño, ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y iii) la edad del menor"[119].

Aunado a ello, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que el consentimiento sustituido procede de manera excepcional y que deben cumplirse

[118] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA. Sentencia C-182 de 2016 (13 de abril de 2016). M.P. ORTIZ DELGADO, Gloria Stella. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2016.
[119] *Ibidem.*

requisitos como: 1) la interdicción judicial con el fin de obtener la representación legal; y 2) “un proceso especial para obtener una autorización judicial que debe valorar la posibilidad de otorgar el consentimiento futuro respecto de la intervención quirúrgica y la condición médica del paciente”[120]. En todo caso, se ha establecido la prevalencia de las medidas menos lesivas o invasivas a la autonomía de la persona sobre las intervenciones quirúrgicas.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, en la resolución del examen de constitucionalidad, el alto tribunal menciona que la disposición legal demandada está dirigida a personas en las que se haya declarado la interdicción por motivo de una discapacidad metal profunda. Frente a tal situación, tanto la jurisprudencia como los estándares internacionales han referido que la condición de discapacidad no sustrae la facultad de ejercer los derechos sexuales y reproductivos de esta población, pues la capacidad legal no es asimilable a la capacidad para ejercer su autonomía reproductiva. Con ello, es clara la obligación del Estado de implementar los apoyos a favor de la persona con discapacidad mental para la toma de decisiones, persiguiendo que desde su diversidad pueda expresar su opinión y deseo respecto a la paternidad o maternidad.

En tal sentido, la Corte Constitucional concluye que la norma no sustrae la capacidad de las personas en condición de discapacidad para decidir sobre su sexualidad, al limitarse a un grupo restringido de población con discapacidad profunda y severa. Adicionalmente, afirma que la correcta interpretación de la norma parte de la presunción de capacidad para ejercer la autonomía reproductiva. Por tanto, el procedimiento judicial de autorización para la esterilización quirúrgica se encamina a desvirtuar dicha presunción. De manera que el juez competente debe seguir ciertas reglas: “i) presumir la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva; ii) verificar si existe una alternativa menos invasiva a la esterilización quirúrgica; iii) cerciorarse que se le

[120] *Ibidem.*

hayan prestado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su preferencia; iv) comprobar la imposibilidad del consentimiento futuro; y v) la necesidad médica de la intervención"[121].

En suma, cualquier interpretación de la norma que suponga la presunción de incapacidad de la persona con diversidad funcional para ejercer sus derechos reproductivos es abiertamente inconstitucional. En consecuencia, la alta corte decide condicionar la exequibilidad del apartado normativo demandado, en el entendido de garantizar la autonomía reproductiva "y que el consentimiento sustituido para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y solo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga"[122].

3.1.9 Sentencia hito modificadora de línea T-303 de 2016

A pesar de los avances en la garantía hacia la reivindicación de la capacidad de las personas en condición de discapacidad para decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos establecidos en la Sentencia T-182 de 2016, mediante sentencia hito modificadora de línea T-303 de 2016 se entrevé un claro retroceso en su protección, pues la misma favorece nuevamente el dictamen médico, sin la correspondiente adopción de los apoyos necesarios para autorizar la proactiva de esterilizaciones quirúrgicas.

El pronunciamiento en observancia corresponde a la revisión de la acción de tutela interpuesta por la madre de Manuela Echavarría, quien padece un retraso mental moderado, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana derivada de la negativa de la EPS para realizar el procedimiento médico de ligadura de trompas, debido a no contar con la respectiva autorización

[121] *Ibidem.*
[122] *Ibidem.*

judicial. En esta oportunidad, la Sala Séptima de Revisión estudia si dicha negación constituye una violación a los derechos fundamentales de Manuela.

El análisis desarrollado por la sala reitera las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a partir de la adopción del modelo social de discapacidad, que busca la participación plena de esta población con el fin de eliminar barreras sociales y jurídicas en el reconocimiento de la capacidad jurídica para el ejercicio de todos sus derechos. "Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a las personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo posible, superar su situación de desigualdad"[123].

En forma particular, se señala que la jurisprudencia constitucional ha diseñado reglas específicas sobre el consentimiento informado, sustituto, cualificado y persistente para la práctica de procedimientos de esterilización quirúrgica de personas con discapacidad. En ellas, se ha precisado cómo los representantes legales no pueden sustituir el consentimiento, salvo el cumplimiento de requisitos como la interdicción judicial y una autorización del juez competente para llevar a cabo el procedimiento. En todo caso, se dará prevalencia a medidas o procedimientos menos lesivos de los derechos a la autonomía sexual y reproductiva de la persona con diversidad funcional.

Tratándose de menores de edad, cualquier intervención médica de esterilización requiere la previa realización de un estudio médico en el cual se verifique la incapacidad de otorgar el consentimiento por parte del o la menor, así como que los padres sean informados en forma completa sobre el contenido, los riesgos y consecuencias físicas, psicológicas y emocionales del procedimiento. Seguido a ello, los padres deben tramitar la respectiva autorización judicial.

[123] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia T-303 de 2016 (15 de junio). M.P. PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2016.

En virtud de ello, en el caso en cuestión la corte manifestó que, teniendo en cuenta los dieciocho años de edad de Manuela, los padres deben iniciar el proceso de interdicción y posteriormente solicitar la autorización para realizar el procedimiento de esterilización. Además, determinó que la paciente fuera sometida a valoración por el cuerpo médico interdisciplinario de la EPS a fin de establecer su desarrollo mental y capacidad cognitiva, y encaminada a verificar si en un futuro tendrá la suficiente autonomía para decidir sobre sus derechos sexuales. Si luego de esta valoración se estableciera que Manuela no podrá desarrollar su capacidad y autonomía para tomar decisiones propias, el cuerpo médico de salud deberá informar a su representante legal sobre los efectos y consecuencias del procedimiento para que él otorgue el consentimiento sustituido a la realización de la intervención quirúrgica.

Un aspecto primordial a considerar de esta sentencia es cómo el alto tribunal constitucional asume que únicamente se necesita contar con la autorización judicial y el concepto médico para definir el grado de autonomía para realizar el procedimiento de esterilización, desconociendo claramente lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Sentencia C-182 de 2016, pues, en ningún momento la sala menciona la obligación de brindar los apoyos y ajustes razonables para que sea Manuela quien tome su decisión.

Por otra parte, olvida la Corte que en estos casos existe una presunción de la capacidad de la paciente y, en cambio, presupone que su condición impide ejercer su capacidad de consentimiento, al ordenar la valoración para medir el grado de desarrollo mental y determinar si en un futuro podrá ser consciente de sus decisiones. En conclusión, la Corte Constitucional adoptó un criterio de decisión no acorde con la convención, que perpetúa los sistemas de sustitución del consentimiento, los cuales deben abolirse.

3.1.10 Sentencia hito modificadora de línea T-573 de 2016

Seguidamente, es pertinente traer en mención la sentencia hito modificadora de línea T-573 de 2016, que una vez más estudia la acción de tutela interpuesta por la madre de una menor, Silvia, de quince años de edad, quien padece síndrome de Down. La accionante demanda el amparo de los derechos a la integridad física, la salud, la vida y la seguridad social por la negativa de la EPS para llevar a cabo la intervención quirúrgica de esterilización. Resulta importante aludir que anteriormente a la menor le fue insertado un anticonceptivo subdérmico y, dado que el mismo generó serios efectos secundarios en la salud de Silvia, la madre solicitó su retiro y en su lugar la realización de la esterilización quirúrgica.

La respuesta de la entidad accionada refirió que no se presentó una negación de los servicios de salud, pues en su momento se informó a la madre de Silvia que, para la realización de un procedimiento de esta naturaleza, se precisa contar con la autorización del juez competente. Este argumento fue acogido en primera instancia, donde se negó el amparo requerido, reiterando que la EPS asesoró en debida forma sobre los requisitos legales a cumplir antes de solicitar la esterilización quirúrgica.

En la providencia, la Sala Novena de Revisión analizó si en el caso hubo vulneración de los derechos fundamentales de Silvia, lo que supone considerar dilemas de índole constitucional, al adoptar decisiones sobre sus derechos sexuales y reproductivos, sin tener en cuenta su voluntad y consentimiento. Para adelantar la tarea, la corporación reiteró las obligaciones del Estado derivadas de la adopción de un modelo social de discapacidad que involucra la implementación de un nuevo marco de protección, concibiendo la reconfiguración de la discapacidad, ahora asociada a las barreras sociales que impiden el pleno

ejercicio de los derechos de las personas con funcionalidad mental, física o intelectualmente diversas.

Bajo la nueva óptica, se ha reivindicado la autonomía de las personas con discapacidad para tomar sus propias decisiones, en especial respecto al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, para lo cual se debe reconocer la personalidad jurídica y capacidad en igualdad de condiciones, conllevando la proscripción de mecanismos de consentimiento sustituido y, en su lugar, adoptar "un sistema de apoyos que acompañen a las personas en situación de discapacidad en el proceso de adopción de sus decisiones y con la de crear las salvaguardias que garanticen que esas decisiones se vean desprovistas de conflictos de intereses, influencias indebidas o abuso"[124].

Esta perspectiva implica la obligación del Estado de velar por garantizar el acceso a información y educación sobre temas de reproducción y planificación familiar acorde con las necesidades particulares de las personas con discapacidad, a fin de propender por la reivindicación de su capacidad jurídica en la toma de sus decisiones en igualdad de condiciones, mediante la provisión de los apoyos necesarios. Sin embargo, con ocasión de la tutela estudiada, la Corte Constitucional destacó en su examen cómo los avances realizados por la jurisprudencia podrían estar limitando la garantía de aquellas personas, en cuanto a reconocer su capacidad jurídica para decidir, al permitir la aplicación del consentimiento sustituido, pues este contradice el marco internacional de protección a favor del reconocimiento de la capacidad jurídica para el goce de sus derechos y la prohibición de esterilizaciones forzadas.

Adicional a ello, la corte resaltó las intervenciones de entidades como Profamilia, el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) y la Defensoría

[124] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia T-573 de 2016. (19 de octubre). M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2016.

del Pueblo, las cuales dan cuenta de la persistencia de las barreras de acceso, comunicación e información para el real acceso a servicios de anticoncepción, educación sexual y prevención de violencia sexual, incluso en el ámbito judicial, donde se evidencia que aún existen prejuicios sociales y las autorizaciones para realizar procedimientos quirúrgicos de esterilización se basan únicamente en la interdicción judicial y en dictámenes de medicina legal, sin considerar el sistema de apoyos.

De igual forma, el alto tribunal llamó la atención sobre la ausencia de políticas públicas para garantizar el acceso a la información y educación sexual de las personas con discapacidad, lo cual ha contribuido, desde los imaginarios sociales, las leyes y la jurisprudencia vigente, a que se adopten decisiones, perpetuando ideas equívocas sobre las decisiones de las personas con discapacidad, como que estas "pueden ser sustituidas por las de sus familiares, los profesionales de salud y los jueces, si se constata que no podrán emitir su consentimiento en el futuro"[125].

Así, siguiendo las obligaciones del Estado en virtud de la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para la sala no es admisible "la adopción de decisiones que incumben a las personas en situación de discapacidad por vía del consentimiento sustituido, y que, en todo caso, debe presumirse su capacidad jurídica para tomar decisiones de forma libre y autónoma, mediante los apoyos, ajustes razonables y salvaguardas que el Estado debe facilitarles para el efecto"[126].

Por lo tanto, frente a la ausencia de la manifestación de la voluntad de la persona en condición de discapacidad, las intervenciones quirúrgicas de esterilización no deben llevarse a cabo y la autorización judicial para estos procedimientos no debe circunscribirse únicamente a una certificación médica de imposibilidad del

[125] *Ibidem.*
[126] *Ibidem.*

consentimiento futuro, sino que el juez debe constatar la prestación de todos los apoyos y salvaguardias correspondientes a cada persona, para otorgar el respectivo consentimiento.

En razón a lo anterior, el tribunal constitucional encontró que tanto el implante del anticonceptivo subdérmico como su posterior remoción implicaron la sustitución del consentimiento de Silvia, lo que se traduce en una evidente infracción a sus derechos sexuales y reproductivos, debido a que no se garantizó el acceso a la información y educación apropiada ni se brindaron los apoyos y salvaguardias necesarios para que fuera ella quien expresara su voluntad y decidiera someterse a dicho método anticonceptivo.

Para el caso en concreto, el tribunal concluyó que, dada la prohibición establecida en el artículo 7 de la Ley 1412 de 2012, mientras sea menor de edad, Silvia no puede ser sometida a ningún procedimiento de esterilización definitiva. Incluso, cuando cumpla la mayoría de edad, no es viable someterla a una intervención de esa naturaleza sin su consentimiento libre y autónomo, evento en el cual, el Estado deberá asegurar que se le presten los apoyos pertinentes. Para ello, el amparo otorgado se dirige a garantizar que la menor acceda a la información sobre salud sexual y reproductiva, de acuerdo con sus necesidades y expectativas propias.

Entre las medidas adoptadas por la Corte Constitucional en este fallo, cabe destacar la inclusión de la orden al Ministerio de Salud y Protección Social para reglamentar el sistema de apoyos, en el cual se garantice el acceso a la información sobre los derechos sexuales de las personas con discapacidad y la participación de las organizaciones sociales en su concepción, junto con su correcta publicación y difusión.

3.1.11 Sentencia hito reconceptualizadora de línea T-231 de 2019

Ahora bien, los postulados precisados en la Sentencia T-573 de 2016 son retirados en la sentencia hito reconceptualizadora de línea T-231 de 2019. Este pronunciamiento estudia nuevamente una acción de tutela interpuesta por la madre de Luna, menor de edad con diagnóstico de síndrome de Down, al considerar que su EPS le vulneró los derechos fundamentales a la dignidad humana, la salud y la seguridad social, por la injustificada demora en llevar a cabo diversos exámenes y procedimientos médicos requeridos, entre ellos, la realización de una intervención quirúrgica de esterilización definitiva.

Es importante mencionar que la sentencia de primera instancia concedió el amparo solicitado y ordenó a la EPS la realización de todos los procedimientos médicos ordenados, incluido el de esterilización quirúrgica y garantizar un tratamiento integral, sin embargo la misma no analizó lo relacionado con los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, ni hizo mención alguna sobre las reglas jurisprudenciales aplicables al caso para la protección del derecho a la autonomía y consentimiento de Luna frente a procedimientos de esta naturaleza.

En principio, a través de la Sentencia T-231 de 2019, la sala de revisión insiste en que las obligaciones del Estado en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entrañan el deber de superar la concepción médica de la discapacidad asociada con enfermedad. Entonces, el contexto de un modelo social supone la concreción de cuatro estándares mínimos: 1) el reconocimiento de la igualdad en dignidad y derechos, especialmente en la titularidad y el ejercicio de los mismos; 2) la consideración de que la discapacidad proviene de las barreras sociales que impiden el pleno disfrute de los derechos en condiciones de igualdad; 3) la obligación del Estado de adoptar ajustes razonables para promover el ejercicio y goce de los derechos de las personas con discapacidad; y 4) garantizar el respeto a la autonomía de voluntad de las

personas con discapacidad, lo que contempla la presunción de la capacidad para tomar las decisiones, propendiendo por evitar la sustitución del consentimiento[127].

Con lo anterior, y de acuerdo con el marco constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, se otorga pleno valor a las decisiones propias de las personas con discapacidad de decidir sobre sus derechos, para lo cual se debe proveer de los apoyos y ajustes razonables, "que permitan una expresión libre y consciente de su voluntad, especialmente en materias que hacen parte de su vida privada y su autonomía personal"[128]. Concretamente, en lo relacionado con el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, la sala manifestó que la jurisprudencia constitucional ha establecido las reglas aplicables al analizar la procedencia de intervenciones quirúrgicas de esterilización definitiva.

La sala reafirmó la existencia de prohibición legal para realizar procedimientos de esterilización a menores de edad, pudiéndose llevar a cabo solo en casos muy excepcionales: el primero, cuando el posible embarazo suponga un riesgo para la vida de la mujer, caso en el que el procedimiento debe ser solicitado por los padres, y contar con "la aceptación libre e informada de la menor de edad. Esta última condición es aplicable también a las niñas con discapacidad mental o intelectual, para lo cual se debe contar con los apoyos necesarios a fin de verificar la aceptación libre e informada"[129].

El segundo escenario se presenta cuando, pese de los apoyos y ajustes aplicados, la persona no puede brindar su consentimiento libre e informado. En este evento, el procedimiento puede realizarse excepcionalmente, en virtud de decisión judicial que parta de la presunción de la capacidad de la menor y se constate la declaración de la persona como interdicto; necesidad médica de la intervención; la no existencia de

---

[127] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia T-231 de 2019. (28 de mayo). M.P. PARDO SCHLESINGER, Cristina. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2019.
[128] *Ibidem.*
[129] *Ibidem.*

un mecanismo menos lesivo de anticoncepción; que la discapacidad sea “profunda y severa”; que se hayan dispuesto todos los apoyos y ajustes razonables para que la persona exprese su decisión en forma autónoma y se determine la imposibilidad de que se pueda otorgar un consentimiento futuro.

Con base en lo dicho, la Corte Constitucional concluye que en este caso el juez de tutela no consideró inicialmente la prohibición legal de esterilización definitiva, además de la inexistencia de material probatorio que indicara la necesidad de intervención por riesgo a la vida de Luna, así como tampoco se tuvo en cuenta la procedencia de alternativas menos invasivas. La corte explica entonces el incumplimiento de los requisitos indispensables para la admisibilidad del consentimiento sustito, pues no se verificó la imposibilidad de otorgar el consentimiento libre por parte de la menor con los apoyos y ajustes pertinentes y la improbabilidad de que en un futuro pueda tomar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva. De lo que se colige, el juez de primera instancia incumplió el deber de presunción de la capacidad de Luna para ejercer sus derechos.

Considerando el modelo social de discapacidad, Luna goza de plena capacidad para tomar decisiones autónomas sobre sus derechos sexuales y reproductivos y, por tanto, no es posible adelantar un procedimiento quirúrgico de esterilización. Una vez ella cumpla con la mayoría de edad y se haya brindado la información y educación profesional pertinente, de acuerdo con sus necesidades y expectativas particulares, podrá tomar una decisión autónoma y responsable sobre su salud sexual. En esta medida, el tribunal constitucional ordena a la EPS abstenerse de practicar cualquier intervención invasiva y exige la prestación de los servicios de asesoría y acompañamiento en temas de educación sexual y reproductiva en la cual se observen los estándares internacionales en la materia.

3.2 HALLAZGOS

Del desarrollo de la línea jurisprudencial en torno a la protección del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, es posible visualizar dos momentos fundamentales, que influyen en gran medida en el grado de protección otorgado: el primero corresponde a aquellos pronunciamientos anteriores a la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el segundo, reflejado en las sentencias posteriores a la ratificación de la misma. No obstante, el avance jurisprudencial conlleva un gradual adelanto de los criterios o reglas aplicables al caso, complementarios a los iniciales, lo cual ha permitido matizar en forma paulatina criterios altamente restrictivos del reconocimiento de la capacidad de las personas en condición de discapacidad para decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos.

En esta medida, se identificó una primera etapa en la que imperó la *procedencia del consentimiento sustituido con base en el criterio médico y la validación judicial.* A esta fase pertenecen las sentencias: T-850 de 2002, T-248 de 2003, T-492 de 2006; T-1019 de 2006 y T-560 A de 2007. Si bien desde un primer momento la Corte Constitucional menciona la importancia de velar por la protección de la autonomía individual de las personas con discapacidad para tomar decisiones respecto a sus derechos sexuales y reproductivos, las condiciones para la procedencia del consentimiento sustituido son bastante laxas.

En primer lugar, impera en esta etapa el concepto médico sobre dos cuestiones determinantes: la necesidad de la realización del procedimiento quirúrgico de esterilización para salvaguardar la vida y la salud de la persona con discapacidad y la valoración del grado de discapacidad o conciencia de la persona, en la que no hay mayor participación del paciente para determinar que será capaz de brindar su consentimiento en un futuro.

El concepto médico es una herramienta central para decidir el curso de cada caso, pues al determinar la necesidad del procedimiento o la imposibilidad de que el paciente desarrolle la capacidad para dar el consentimiento en un futuro, los padres o los representantes legales pueden sustituir su consentimiento. Para tal efecto, bastará con que adelanten el proceso de interdicción judicial (en el evento de que la paciente sea mayor de edad) y, en forma posterior, solicitar autorización judicial para llevar a cabo la esterilización quirúrgica.

Adicional a ello, vale mencionar cómo en la la Sentencia T-1019 de 2006 se dispuso que los padres deberán ser informados sobre los riesgo y consecuencias de la intervención. Sin embargo, en esta fase no se menciona la posibilidad de otorgar apoyos o herramientas a favor de la persona con discapacidad para que manifieste su opinión o voluntad en la realización de los procedimientos.

Una segunda etapa, de la cual hacen parte las sentencias proferidas en la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, está relacionada con el *consentimiento sustituido con previa información y facilitación de apoyos.* En ella, las providencias realizan análisis minuciosos sobre las obligaciones derivadas de los estándares internacionales y se hace especial mención a la obligación de proscribir mecanismos de sustitución de consentimiento de las personas con discapacidad. A esta fase corresponden las sentencias T-063 de 2012 y T-740 de 2014.

Las citadas providencias se enfocan en la adopción de un modelo social de discapacidad originada en la consideración de la diversidad humana y la lucha contra las barreras sociales que impiden el pleno goce de los derechos fundamentales por parte de las personas con discapacidad. De tal manera, resaltan la obligación de salvaguardar su autonomía como expresión de la dignidad humana, especialmente cuando se trata de decisiones que atañen a aspectos muy personales, como el ejercicio de sus derechos sexuales y

reproductivos. En esta medida, se establece que el consentimiento sustituido procede en casos excepcionales una vez se cumplan con requisitos mínimos.

Esta fase da especial énfasis a la obligación de buscar o adoptar medidas o mecanismos menos lesivos a los derechos de autonomía sexual y reproductiva que una esterilización quirúrgica, a través de métodos de anticoncepción no definitiva, permitiendo a la persona expresar su opinión al respecto. Y, cuando se prevea la necesidad médica de la intervención quirúrgica no solo se requiere la autorización judicial, sino también desplegar una serie de actos que garanticen el respeto por el consentimiento de la persona, a través del otorgamiento de los apoyos pertinentes, según sus necesidades y aspiraciones propias, para asegurar que ella comprende la trascendencia del procedimiento de esterilización, sus consecuencias y riesgos.

Pero, esta etapa asimismo considera que, dada la discapacidad severa y profunda del individuo y por tanto la imposibilidad para otorgar su consentimiento futuro, se debe presentar tanto solicitud con la certificación médica pertinente como autorización judicial. Lo anterior permite evidenciar el mantenimiento de un criterio médico en la determinación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, la cual favorece una interpretación médica de discapacidad como sinónimo de enfermedad, que impide el desarrollo autónomo, adoptando una perspectiva paternalista contraria al modelo social de discapacidad que contempla la convención.

Por último, se encuentra la fase del *consentimiento asistido con apoyos y ajustes razonables y presunción de capacidad,* durante la cual se acogen en mayor medida los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el reconocimiento del modelo social de discapacidad, orientado a la resignificación de la discapacidad. En ella, se parte de la presunción de la capacidad de las personas con discapacidad en la titularidad y ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, de manera que, el consentimiento sustituido

es excepcional y solo podrá ser utilizado una vez se hayan implementado todos los apoyos y ajustes razonables.

Particularmente, la providencia T-573 de 2016, como sentencia hito dominante, contempla los criterios vigentes y reitera la inadmisibilidad de la práctica de esterilizaciones quirúrgicas sin tener en cuenta la voluntad y consentimiento de la persona. En tal sentido, la fase se caracteriza por determinar el papel del juez al dar la autorización para realizar procedimientos de esta naturaleza, que no solo debe depender del criterio médico sobre la imposibilidad del consentimiento futuro, sino de la verificación de que se hayan adoptado los apoyos y salvaguardias correspondientes. En síntesis, la reivindicación de la capacidad de las personas en condición de discapacidad para tomar decisiones libres, espontáneas y deseadas sobre su vida sexual y reproductiva exige a los jueces tener en cuenta las siguientes pautas:

1. La prevalencia de medidas menos lesivas a los derechos sexuales y reproductivos sobre cualquier intervención quirúrgica definitiva.
2. La valoración de cada caso en particular que pude conllevar la variación del ámbito de decisión.
3. El consentimiento informando debe tener en cuenta el factor subjetivo de la persona con discapacidad cognitiva o psicosocial, para que la información dada sea accesible y adecuada.

CONCLUSIONES

El desarrollo de los objetivos del presente estudio permitió analizar temas como el papel del modelo social de discapacidad en la reconfiguración de la igualdad y la dignidad humana y el proceso de adopción del mismo en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales. Estos parámetros fueron confrontados en el examen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, lo que posibilitó identificar las conclusiones expuestas a continuación:

1. El contexto histórico ha influido en gran medida la forma de entender el fenómeno de la discapacidad y su abordaje jurídico en el reconocimiento de los derechos de su población. De tal modo, se han identificado tres momentos históricos importantes: el *modelo de prescindencia,* que supone la marginación y exclusión social de las personas en situación de discapacidad, al ser consideradas innecesarias para la comunidad, suprimiendo con ello todo derecho subjetivo y dignidad del individuo. El *modelo rehabilitador.* Aborda la discapacidad desde la necesidad de integración de la persona a través de medidas de rehabilitación como presupuesto para el goce de sus derechos, en este imperan medidas de asistencia sanitaria y paternalistas de curaduría y de tutela. Finalmente, el *modelo social de discapacidad* concibe la discapacidad desde las barreras y obstáculos sociales que impiden el libre ejercicio de los derechos de las personas con diversidad funcional, persiguiendo la eliminación de dichas barreras a través de la reivindicación de la dignidad humana, la autonomía y la diversidad, como aspectos inherentes a la persona, los cuales deben ser potencializados a través de figuras como la accesibilidad universal y los apoyos o ajustes razonables.

2. La vigencia del modelo social de la discapacidad influye en la concepción y alcance de los principios de igualdad y dignidad humana, con el fin de adecuarlos a las necesidades específicas de las personas con discapacidad. Respecto a la igualdad, esta implica el reconocimiento y respeto por el derecho a la diferencia, lo cual conlleva la superación de concepciones negativas, eliminación de prejuicios y

barreras sociales y jurídicas. De otro lado, exige la adopción de medidas que compensen las desigualdades estructurales a través de la garantía de la accesibilidad universal (condiciones hacia el acceso autónomo e independiente a los derechos) y la implementación de los ajustes razonables (medidas que adecúan el entorno a las necesidades específicas de la persona). La dignidad humana, por su parte, debe enfocarse desde una perspectiva que reconozca el valor de todas las personas independientemente de sus diferencias, con el fin de crear condiciones de igualdad en la consecución de la dignidad, a través de la potencialización de la autonomía de la persona en condición de discapacidad y mediante el modelo de apoyo en la toma de decisiones y la abolición de mecanismos de sustitución de la capacidad jurídica.

3. En el seno del sistema internacional de los derechos humanos, la protección de los derechos de las personas con discapacidad en un primer momento adopta el enfoque rehabilitador, haciendo hincapié en la necesidad de integración social de la persona a través de medidas de rehabilitación médica, atención en salud, así como la provisión de mecanismos de representación y tutoría. El tránsito del modelo rehabilitador al modelo social de discapacidad tiene lugar en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dirigida a promover que los Estados signatarios adopten las condiciones encaminadas al reconocimiento pleno de los derechos de la persona en condición de discapacidad y se le faculte para ejercerlos de manera autónoma. En este sentido, se aboga por la adopción del modelo de asistencia en la toma de decisiones y la proscripción de todo mecanismo de sustitución de la voluntad.

4. En lo correspondiente al desarrollo del ordenamiento normativo interno, respecto a los derechos de las personas con diversidad funcional fue posible entrever que no ha sido muy prolijo en la adopción de medidas encaminadas a la garantía de la igualdad real y, por el contrario, se han establecido figuras legales restrictivas de las libertades a través de la interdicción judicial, lo cual ha dado paso a la limitación de la autonomía para la toma de decisiones, incluso en los

casos del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Dichas figuras continuaron vigentes, aún después de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No es sino hasta el año 2019, a través de la Ley 1996, cuando se produce el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en condición de discapacidad y la implementación del sistema de apoyos para la toma de decisiones.

5. Tras el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la protección del derecho a decidir sobre las libertades sexuales y reproductivas de las personas con discapacidad, en los casos en los que se pretenda realizar procedimientos de esterilización quirúrgica, fue posible identificar tres momentos importantes. El primero de ellos, relacionado con la procedencia del consentimiento sustituido con base en el criterio médico. En este se aplica la sustitución de la voluntad como regla general e impera el concepto médico para determinar tanto la necesidad como la imposibilidad de obtener el consentimiento del paciente. Durante esta etapa no se implementan herramientas para que la persona manifieste su voluntad.

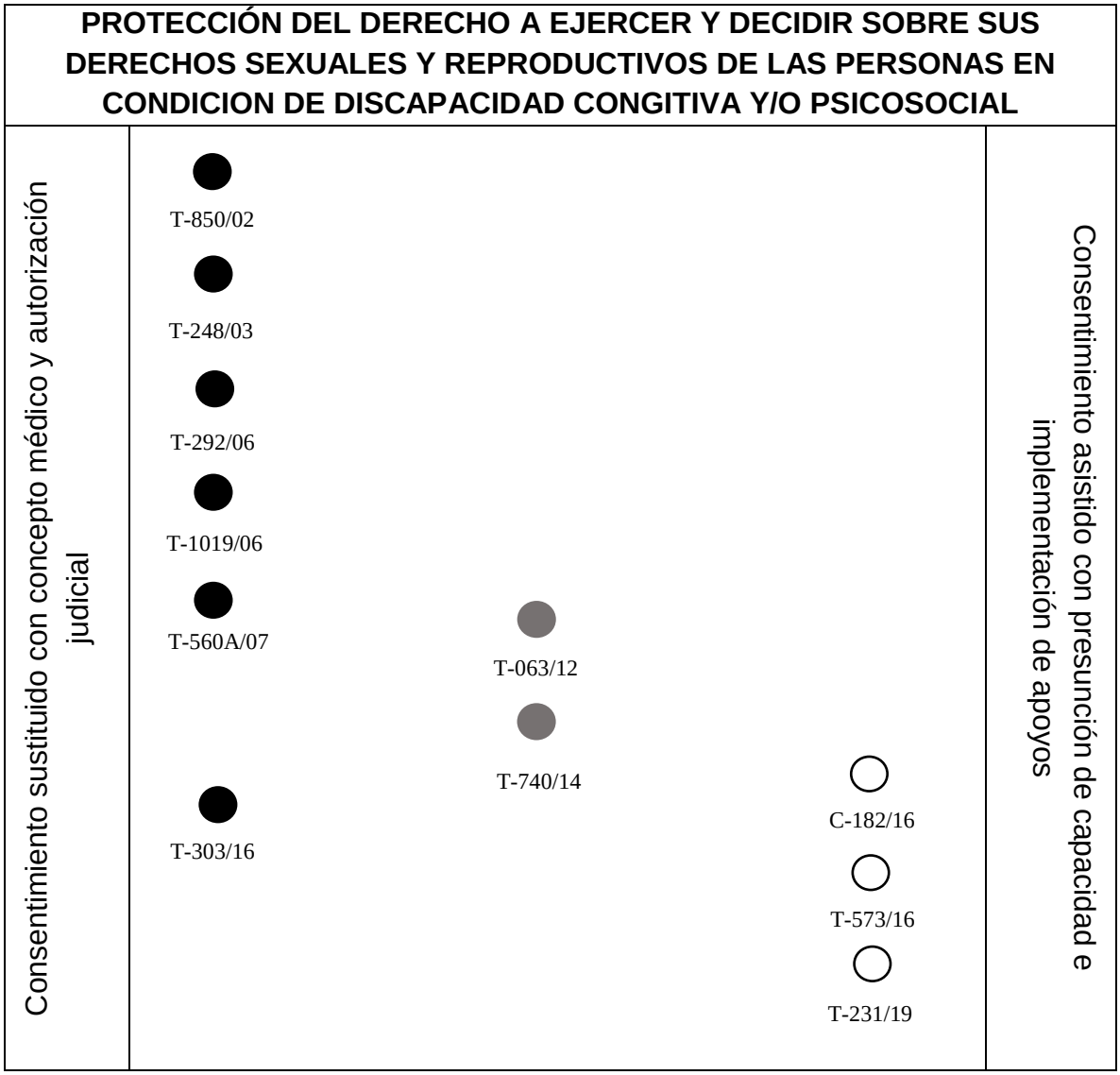
La segunda fase tiene lugar en vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y se asocia al consentimiento sustituido con previa información y facilitación de apoyos. En ella se identifica la adopción de varios de los estándares exigidos por la convención, en especial, el respeto por la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad para tomar decisiones en aspectos personales de su vida, como los derechos sexuales y reproductivos. De esta manera, establece que la sustitución de la voluntad para procedimientos de esterilización es excepcional, y se hace mediante autorización judicial, luego del otorgamiento de apoyos para obtener el consentimiento de la persona. No obstante, en casos de “discapacidad severa” basta una certificación médica para la obtención de dicha autorización judicial. De lo anterior se puede entrever la concepción paternalista imperante y el mantenimiento de figuras jurídicas de subrogación de la voluntad.

Finalmente, la tercera etapa refiere al consentimiento asistido con apoyos y ajustes razonables, adoptando en forma más completa los estándares del modelo social de discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al tomar como punto de partida la presunción de capacidad jurídica para la titularidad y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, donde el consentimiento sustituido es excepcional, previa implementación de los apoyos y ajustes razonables. Pese a ello, sigue en vigor la procedencia de la autorización judicial para la realización de esterilizaciones quirúrgicas, bajo la lógica de la vigencia de instituciones legales como la interdicción judicial, aspecto altamente reprochado por la convención, quien exhorta a los Estados a la eliminación de las mismas.

6. Como puede verse, la Corte Constitucional ha mostrado un fuerte compromiso en la adopción e implementación de los principios y directrices de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, tendiente a la resignificación de la discapacidad y la reivindicación de la autonomía y dignidad humana de este colectivo social para tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva, a través de la implementación de apoyos y ajustes razonables. No obstante, la permanencia de figuras de interdicción judicial implica no solo la infracción al artículo 12 de la convención, sino un freno importante en el pleno reconocimiento de los derechos en condiciones de igualdad. En este orden de ideas, la expedición de la Ley 1996 de 2019 se instituye en un valioso fundamento que orientará el criterio de la guardiana de la Constitución en la decisión de casos futuros, como oportunidad de crear espacios de reivindicación del derecho inalienable de la persona en condición de discapacidad para decidir sobre su destino.

ANEXO

GRÁFICA LÍNEA JURISPRUDENCIAL



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

ALEXY. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. 607 pp. ISBN 54-259:0939-2.

ASÍS, Rafael de; AIELLO, Ana Laura; BARIFFI, Francisco; CAMPOY; Ignacio y PALACIOS, Agustina. "La accesibilidad universal en el marco constitucional español". [en línea]. *Derechos y Libertades.* Época 2. Enero de 2007, núm. 16, pp. 57-82. ISSN: 1133-0937. [citado el 11 de marzo de 2021]. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/41675261_La_accesibilidad_universal_en_el_marco_constitucional_espanol

ASÍS ROIG, Rafael de. *Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*. [en línea]. Madrid: Editorial Dykinson. 2007. 50 pp. ISBN: 978-84-9849-045-9. [citado el 3 de marzo de 2020]. Disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9401/derechos_asis_2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ASÍS ROIG, Rafael de. "Sobre la accesibilidad universal". [en línea]. *Papeles El Tiempo de los Derechos*. 2013, núm. 4, pp. 1-14. ISSN: 1989-8797. [citado el 20 de marzo de 2021]. Disponible en: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/eventos/Rafael_de_Asis_Accesibilidad_Universal.pdf

BARRANCO, María del Carmen; CUENCA, Patricia y RAMIRO, Miguel Ángel. "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad". [en línea]. *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V*. 2012, pp. 53-80. ISSN 1888-3214. [citado el 12 de marzo de 2021]. Disponible en https://sid.usal.es/idocs/F8/ART21552/barranco.pdf

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Editorial Paidós. 1993. 160 pp. ISBN 84-7509-862-2.

BREGAGLIO, Renata. “Alcalnces del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. En: SALMÓN, Elizabeth y BREGAGLIO, Renata (Ed.). *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* [en línea]. Lima: Idhpcp - Universidad Católica de Perú, 2015, p. 77. [Citado el 20 de febrero de 2021]. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf

CASTRO HEREDIA, Javier Andrés; URREA GIRALDO, Fernando y VIÁFARA LÓPEZ, Carlos Augusto. “Un breve acercamiento a las políticas de Acción Afirmativa: orígenes, aplicación y experiencia para grupos étnico-raciales en Colombia y Cali”. [en línea]. *Revista Sociedad y Economía*. Enero de 2009, núm. 16, pp. 159-170. ISSN (Versión impresa) 1657-6357. [Citado el 1° de marzo de 2021]. Disponible en https://bibliotecadigital.univalle.edu.co/bitstream/handle/10893/704/accion%20afirmativa.pdf;jsessionid=2D4BF6B8028508DE15C80A706F871C0B?sequence=1

COURTIS, Christian. “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la ley 51/2003”. [en línea]. *Información y Debate*. Noviembre de 2001, núm. 51, pp. 7-14. ISSN 1133-0627. [citado el 20 de marzo de 2021]. Disponible en http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/699/Art_CourtisC_DiscapacidadInclusionRetos_2004.pdf?sequence=1

CUENCA GÓMEZ, Patricia. “El ajuste razonable como expresión de igualdad”. [en línea]. Ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2-4, septiembre, 2014, Lima, Perú). 20 pp. [citado el 21 de marzo de 2021]. Disponible en:

https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/El-ajuste-razonable-como-expresi%C3%B3n-de-igualdad-Patricia-Cuenca.pdf

CUENCA GÓMEZ, Patricia. “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”. [en línea]. *Revista de Estudios Políticos.* Nueva Época. Octubre-diciembre de 2012, núm. 158, pp. 103-137. ISSN 0048-7694. [citado el 10 de marzo de 2021.]. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4130420

GUTIÉRREZ COLOMINAS. David. *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: origen, evolución y configuración actual. Una perspectiva desde el derecho comparado y el derecho español*. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas. Programa de Doctorado en Derecho. 2018. 624 pp. ISBN 9788449079498.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 2012. 507 pp. ISBN 9788434405462.

NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, 2007. 448 pp. ISBN 978-84-493-1962-4.

OSPINA RAMÍREZ, Mario Andrés. “Discapacidad y sociedad democrática”. [En línea]. *Revista Derecho del Estado*. Julio de 2010, núm. 24, pp. 143-164. ISSN 0122-9893. [Citado el 5 de marzo de 2021]. Disponible en https://www.redalyc.org/pdf/3376/337630234007.pdf

OSPINA RAMÍREZ, Mario Andrés. *El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad. Alcance de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Tesis Doctoral. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de

las Casas. Programa Oficial de Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. 2017. 364 pp.

OSPINA RAMÍREZ, Mario Andrés. “La cláusula de prohibición de la discriminación en el marco del principio general de igualdad”. En Mario OSPINA RAMÍREZ (ed.). *Debates sobre la prohibición de discriminación: de la fundamentación teórica al derecho colombiano.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018, pp. 39-62. ISBN 9789587729887.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. [En línea]. Madrid: Cermi - Ediciones Cinca. 2008. 523 pp. ISBN 978-84-96889-33-0 Disponible en: http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/3624/El%20modelo%20social%20de%20discapacidad.pdf?sequence=1&rd=0031247922945168

PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. [en línea]. Madrid: Ediciones Cinca, 2007. 144 pp. ISBN 978-84-935104-5-9 [citado el 1° de marzo de 2021]. Disponible en https://www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2014/09/19L_ladiscapacidad.pdf

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “La dignidad humana”. [En línea]. En: Rafael F. de ASÍS ROIG, David BONDIA GARCÍA, Elena MAZA ZORRILLA (cords.). *Los desafíos de los derechos humanos hoy: Valladolid, 18 a 20 de octubre de 2006.* 2007, pp. 155-172. ISBN 978-84-9849-120-3. [citado el 20 de febrero de 2021]. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16006/dignidad_Peces_2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y

PÉREZ BUENO, Luis Cayo. “La configuración jurídica de los ajustes razonables. [en línea]. En Luís Cayó PÉREZ BUENO (dir. y ed.) y Gloria ÁLVAREZ RAMÍREZ (cord.). *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna.* Madrid: Cermi – Ediciones Cinca. 2012, pp. 159-183. ISBN 978-84-15305-20-0. [citado el 28 de febrero de 2021]. Disponible en: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/LA_CONFIGURACI_N_JUR_DICA_DE_LOS_AJUSTES_RAZONABLES.pdf

RAWLS, John. “Justicia como equidad”. [en línea]. *Revista Española de Control Externo.* 2003, vol. 5, núm. 13, pp. 129-158. [Citado el 27 de marzo de 2021]. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1069286.pdf

file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-JusticiaComoEquidad-1069286%20(4).pdf

ROMAÑACH CABRERO, Javier. *Bioética al otro lado del espejo: la visión de las personas con diversidad funcional y el respeto a los derechos humanos*. 251 pp. [en línea]. Disponible en http://www.diversocracia.org/docs/Bioetica_al_otro_lado_del_espejo.pdf

SEN, Amartya. *“Nuevo examen de la desigualdad”.* [en línea]. *Madrid: Alianza ediorial*. [Citado el 27 de marzo de 2021]. Disponible en https://pim.udelar.edu.uy/wp-content/uploads/sites/14/2019/08/Sen_Amartya_Nuevo_Examen_de_La_Desigualdad.pdf p. 20

VELARDE LIZAMA, valentina. “Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico”. [en línea]. *Revista Empresa y Humanismo*. 2012, vol. 15, núm. 1. pp. 115-136. [citado el 10 de marzo de 2021]. Disponible en https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/29153/1/REYH%2015-1-12Velarde%20Lizama.pdf

NORMATIVA

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (4 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia. Bogotá:* Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1306 de 2009. (5 de junio). *Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados*. Bogotá: Diario Oficial 47 371.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 361 de 1997. (7 de febrero). *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación*. Bogotá: Diario Oficial 42 978.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1346 de 2009. (31 de julio). *Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*. Bogotá: Diario Oficial 47 427.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1412 de 2010. (19 de octubre). *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*. Bogotá: Diario Oficial 47 867.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1996 de 2019. (26 de agosto). *Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad*. Bogotá: Diario Oficial 51 057.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1618 de 2013. (27 de febrero). *Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad*. Bogotá: Diario Oficial 48 717.

COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 1904 de 2017. (31 de mayo). *Por medio de la cual se adopta el reglamento en cumplimiento de lo ordenado en la orden décima primera de la sentencia T-573 de 2016 de la Corte Constitucional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: el Ministerio.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. (13 de diciembre de 2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 2856. (20 de diciembre de 1971). Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 3447. (9 de diciembre de 1975). Declaración sobre los Derechos de los Impedidos.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 37/52. (3 de diciembre de 1982). Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. Resolución 46/119. (17 de diciembre de 1991). Principios para la Protección de Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. ASAMBLEA GENERAL. TERCERA COMISIÓN (A/48/627). (20 de diciembre de 1993). Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (25 de noviembre de 2013). Observación General sobre el Artículo 12 de la CDPD.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (25 de noviembre de 2016). Observación General 3 sobre Mujeres y Niñas con Discapacidad.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. Observación General 9. (27 de febrero de 2007). Los Derechos de los Niños con Discapacidad.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS [OEA]. ASAMBLEA GENERAL. (7 de junio de 1999). Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-1019 de 2006. (1° de diciembre). M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2006.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-063 de 2012. (9 de febrero). M.P. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2012.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia T-740 de 2014. (3 de octubre). M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2014.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia T-573 de 2016. (19 de octubre). M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2016.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-293 de 2010. (21 de abril). M.P. PINILLA PINILLA, Nilson. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2010.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-131 de 2014. (11 de marzo). M.P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Sentencia C-182 de 2016. (13 de abril). M.P. ORTIZ DELGADO, Gloria Stella. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2016.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA DE REVISIÓN. Sentencia T-560A de 2007. (26 de julio). M.P. ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 2007.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia T-850 de 2002 (10 de octubre) M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2002.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia T-248 de 2003. (21 de marzo). M.P. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional Bogotá, 2003.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia T-303 de 2016. (15 de junio). M.P. PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2016.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia T-231 de 2019. (28 de mayo). M.P. PARDO SCHLESINGER, Cristina. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2019.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SEXTA DE REVISIÓN. Sentencia T-492 de 2006 (29 de junio). M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, 2006.