
La esterilización de menores de edad en situación de discapacidad intelectual*

» MARTÍN JAVIER MONTENEGRO CANENCIO**

RESUMEN. Este artículo analiza críticamente la posición de la Corte Constitucional de Colombia en lo que hace al consentimiento sustitutivo en la esterilización quirúrgica de menores de edad en situación de discapacidad intelectual y su congruencia con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sostenemos que este tipo de consentimiento es una violación a los principios de autonomía y no discriminación de la Convención. En este sentido, afirmamos que ambos principios requieren la existencia de un ámbito jurídico y social donde las personas en situación de discapacidad intelectual puedan ejercer sus derechos y disfrutar de ellos.

PALABRAS CLAVE: Autonomía, no discriminación, esterilización quirúrgica, discapacidad, menores de edad.

Sterilization of Minor with Intellectual Disability

ABSTRACT. This article analyzes the position of the Colombian Constitutional Court in the matter of substitutive consent in surgical sterilization of minors with

* Fecha de recepción: 22 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 22 de abril de 2019.

Para citar el artículo: MONTENEGRO CANENCIO, M. J., “La esterilización de menores de edad en situación de discapacidad intelectual”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 37, julio-diciembre 2019, 85-117, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n37.05>

** Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Cali (Colombia). Especialista en Derecho Público. Magíster en Justicia y Tutela de Derechos con Énfasis en Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia). Contacto: martinjmc04@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4665-7908>.

intellectual disability and the coherence with the principles of autonomy and non-discrimination of the International Convention on the Rights of People with Disabilities. I argue this type of consent is a violation of those principles. The principles require the creation of a context where people with disabilities are able to develop their rights.

KEYWORDS: Autonomy, Sexual Sterilization, Disability, Minors, Non-discrimination.

SUMARIO. Introducción. I. Los modelos de discapacidad: de la eugenesia a la diversidad. A. Modelo de prescindencia. B. Modelo rehabilitador. C. Modelo social. D. Modelo de diversidad. E. La Convención de Derechos de Personas en Condición de Discapacidad. II. Jurisprudencia constitucional colombiana sobre esterilización de personas en situación de discapacidad. A. Sentencia C-131 de 2014: dos excepciones problemáticas. B. Sentencia C-182 de 2016: reiteración de las excepciones. C. Sentencia T-573 de 2016: un acercamiento a la Convención. III. Autonomía, consentimiento sustitutivo y discapacidad. IV. Discriminación, consentimiento sustitutivo y discapacidad. V. La prueba de la discapacidad. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El objetivo de esta investigación es dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿el consentimiento sustituto en la esterilización quirúrgica de menores de edad en situación de discapacidad intelectual¹ respeta los principios de autonomía y no discriminación de la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad? Se trata de un problema analítico que se resolverá mediante un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional colombiana y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención o CDPD).

Como solución al problema propuesto se sostendrá la siguiente tesis: el consentimiento sustituto en la esterilización quirúrgica de menores de edad en situación de discapacidad intelectual implica una violación a los principios de autonomía y no discriminación consagrados en la CDPD. Esta afirmación se hace armonizando el objetivo de la CDPD con los aspectos teóricos de los principios de autonomía y no discriminación, y cuestionando la vigencia de visiones de trato a las personas en situación de discapacidad incongruentes con la perspectiva

1 La perspectiva desde la que se aborda el tema considera que la discapacidad no es una condición ni define lo que es una persona. Se trata de una circunstancia o característica más de la persona. Por ello acogemos el término “persona en situación de discapacidad”, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-458 de 2015. Igualmente, consideramos respetuoso de sus derechos el término “persona con funcionalidad diversa”, planteado desde el modelo diverso de trato a la discapacidad que se explicará más adelante.

de los derechos humanos. En efecto, la CDPD tiene como objetivo la creación de un ámbito jurídico en el que las personas en situación de discapacidad puedan ejercer sus derechos y disfrutar de ellos en condiciones materiales de igualdad. Así mismo, el principio de autonomía debe predicarse en todas sus actuaciones, particularmente en situaciones en las que se involucren derechos fundamentales, tal como sucede en el problema que se propone. En este sentido, abordaremos el estudio de dos derechos fundamentales que consideramos se vulneran al desconocer los principios de autonomía y no discriminación, que son el libre desarrollo de la personalidad² y la integridad personal³; el primero, en lo relacionado con el ejercicio de sus derechos reproductivos y plan de vida, y el segundo, por cuanto el procedimiento implica una injerencia sobre su esfera corporal. Valga subrayar que pueden verse afectados otros derechos como a la vida, la salud o los derechos sexuales; sin embargo, el análisis se centrará en los mencionados. Igualmente, desconocer que las personas en situación de discapacidad gozan de autonomía no solo es una afrenta a su dignidad, sino que es un acto de discriminación porque significa revalidar perspectivas opresoras de trato a este grupo de individuos.

Es preciso aclarar que nos referimos a la esterilización quirúrgica como método anticonceptivo con efectos definitivos, es decir, que suprime la capacidad reproductiva del sujeto sobre quien se practica⁴. De aquí que el estudio crítico del consentimiento sustituto en los procedimientos de anticoncepción quirúrgica, bien sea sobre personas en situación de discapacidad o no, es importante porque sin él su práctica es una violación a la dignidad de cualquier persona. Se trata de una coerción considerada como un crimen de lesa humanidad⁵, que se enmarca en los conceptos de tortura y trato cruel⁶, tal como lo ha señalado el Comité de la CDPD⁷. Como lo sostiene Sifiris, aunque el propósito del procedimiento anticonceptivo

2 Constitución Política de Colombia (1991), art. 16.

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 5. Constitución Política de Colombia (1991), art. 44.

4 ESCRIBI entiende por esterilización humana la intervención cuyo objeto es privar de forma definitiva al sometido de su facultad reproductiva. A su vez, la esterilización puede ser quirúrgica o no, y será orgánica o funcional, dependiendo de que se extirpe o modifique el órgano reproductor o se impida su funcionamiento utilizando fármacos. En este artículo nos referimos a la esterilización quirúrgica. ESCRIBI MONTOLIU, M. A., "Esterilización de deficientes mentales", [en línea], *Revista DS: Derecho y Salud*, vol. 5, 1997, 76-90, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3178534> [consultado el 27 de septiembre de 2018].

5 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998), art. 7.

6 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984), art. 1.

7 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 3, sobre las mujeres y niñas con discapacidad (2016), § 32.

no sea infligir sufrimiento o dolor, estos se producen a nivel físico o mental⁸. Este asunto adquiere complejidad y mayor relevancia cuando involucra a sujetos de especial protección de parte del derecho interno e internacional, como son quienes están en situación de discapacidad⁹ y los menores de edad¹⁰. Valga aclarar que por menores de edad nos referiremos a quienes se encuentran dentro del rango de edad comprendido entre los 12 y los 17 años, momento a partir del cual los individuos adquieren biológicamente la capacidad de engendrar. Por su parte, estimamos que las personas que están en mayor riesgo de padecer este flagelo son quienes se encuentran en situación de discapacidad intelectual porque pueden enfrentarse a barreras de tipo comunicativo.

Pues bien, con el fin de ilustrar lo problemático de la sustitución, se expondrá cómo ha sido tratado el tema por el tribunal constitucional colombiano, adonde la discusión ha llegado por cuenta de la Ley 1412 de 2010, cuyo fin es la promoción de la anticoncepción quirúrgica para fomentar la paternidad y la maternidad responsables. Esta norma autoriza que el procedimiento anticonceptivo pueda ser realizado en una persona en situación de discapacidad intelectual a solicitud del representante legal¹¹, es decir, bajo la figura del consentimiento sustituto. Por su parte, la mencionada ley prohíbe la práctica del procedimiento en menores de edad¹². No obstante, la controversia surge cuando un individuo ostenta ambas condiciones, es decir, que es un menor de edad en situación de discapacidad intelectual. Luego, ¿un menor de edad en situación de discapacidad intelectual puede ser sujeto de esterilización quirúrgica (conforme al artículo 6.º de la Ley 1412 de 2010) o, por el contrario, este procedimiento se encuentra proscrito (en atención al artículo 7.º de la Ley 1412 de 2010)?

La Corte Constitucional de Colombia trató el asunto y concluyó que la prohibición de esterilización quirúrgica de menores de edad cubría también a quienes estuvieran en situación de discapacidad; empero, señaló dos excepciones a esta regla: en primer lugar, ante la imposibilidad del individuo de otorgar un consentimiento presente y futuro; en segundo lugar, cuando un posible embarazo implicara un riesgo para la vida o integridad física de la menor¹³. Consideramos que las excepciones

8 SIFIRIS, R., “Conceptualising involuntary sterilization as ‘severe pain or suffering’ for purposes of torture discourse”, [en línea], *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 28, n.º 4, 2010, 536.

9 Constitución Política de Colombia (1991), art. 13. Convención Interamericana para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (2001).

10 Constitución Política de Colombia (1991), art. 44. Convención Internacional sobre Derechos del Niño (1989).

11 Ley 1412 de 2010, art. 6º.

12 *Ibid*, art. 7º.

13 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-131 de 2014.

son violatorias de los derechos de las personas en situación de discapacidad porque desconocen su autonomía en la toma de decisiones y utilizan su propio estado para discriminarlas.

Como se verá, las excepciones a la prohibición de esterilización quirúrgica de menores de edad en situación de discapacidad forman parte de una línea jurisprudencial consolidada. Sin embargo, el tema no ha sido pacífico. Prueba de ello radica en que la misma institución ha proferido pronunciamientos que contrarían su precedente y privilegian la autonomía de la persona en condición de discapacidad en todo aspecto¹⁴.

Evidenciado lo nebuloso del asunto, esta investigación contrastará la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana con los principios de autonomía y de no discriminación de la CDPD en el tema de la esterilización quirúrgica de menores de edad en situación de discapacidad intelectual por consentimiento sustitutivo, a fin de determinar su congruencia. Esto permitirá dar respuesta al interrogante principal de este artículo. Para ello, la estructura del trabajo será la siguiente:

En la primera parte se dará cuenta de una categorización de modelos de trato a la discapacidad, siguiendo las ideas de Agustina Palacios, Javier Romanach y Rafael de Asís, a fin de enfocar la perspectiva desde la cual se trata el problema jurídico aquí planteado. Esto nos permitirá concluir que las personas en situación de discapacidad han sido una minoría oprimida a la que se le ha negado reconocimiento como parte natural de la diversa e imperfecta esencia humana.

En la segunda parte se expondrán los pronunciamientos proferidos por la Corte Constitucional de Colombia, tanto en sede de control abstracto como concreto. Esto nos llevará a inferir que la Corte ha sostenido un precedente claro y estable respecto al tema, pero contrario a la CDPD.

Posteriormente, el tercer numeral analizará el principio de autonomía en el caso concreto de la esterilización quirúrgica por consentimiento sustituto de menores de edad en situación de discapacidad intelectual en Colombia, con la ayuda de algunos aspectos teóricos relevantes para dilucidar el asunto. Esto nos permitirá afirmar que a las personas en situación de discapacidad intelectual, incluidos los menores de edad, se les debe garantizar el ejercicio de su autonomía en la toma de decisiones y la conservación de su integridad corporal.

Seguidamente, la cuarta parte presentará el principio de no discriminación aplicado al caso que nos convoca, lo que nos dará herramientas para afirmar que el consentimiento sustituto en los procedimientos anticonceptivos quirúrgicos implica utilizar la propia condición del sujeto como sustento para transgredir sus derechos e impedir la constitución de un ámbito jurídico y social donde pueda ejercerlos.

La quinta parte cuestionará la evaluación médica de la discapacidad como sustento para autorizar judicialmente la esterilización quirúrgica de un menor de edad

14 Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-573 de 2016.

en situación de discapacidad, en el entendido de que pone en vigencia perspectivas discordes con la evolución de los derechos humanos.

Finalmente, en la última parte se expondrán las conclusiones de este trabajo, donde se revalidará que la sustitución del consentimiento en la esterilización quirúrgica de menores de edad en situación de discapacidad intelectual es una transgresión a los principios de autonomía y no discriminación consagrados en la CDPD, así como una visión anticuada de la discapacidad.

I. Los modelos de discapacidad: de la eugenesia a la diversidad

Las personas en situación de discapacidad han sido oprimidas y rechazadas a lo largo de la historia. Esta situación ha venido cambiando tras el auge de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo xx; sin embargo, hoy siguen ocupando un lugar de “anormalidad” en la sociedad. De ahí que sea necesaria una variación de perspectiva que reconozca que las personas en situación de discapacidad tienen vidas dignas de ser vividas.

Desde el enfoque actual, las particularidades o diferencias funcionales que tiene una persona en situación de discapacidad no representan una desventaja *per se* para conseguir desarrollarse como ser humano, sino que es la sociedad la que construye barreras que se lo impiden. Mirando al pasado, pueden apreciarse diferentes perspectivas de trato a las personas en situación de discapacidad, las cuales han atravesado un proceso de evolución social y jurídica. Por ello, con el fin de acercarnos a una visión adecuada del tema, a continuación se explicará la clasificación por modelos de trato a la discapacidad que hacen Agustina Palacios, Javier Romanach y Rafael de Asís. El análisis de los modelos de prescindencia, rehabilitador, social y de diversidad nos permitirá obtener mayores herramientas para enfrentarnos al problema de investigación planteado.

A. Modelo de prescindencia

El primer modelo se denomina de prescindencia. En él imperaba el rechazo a las personas en situación de discapacidad, por razones religiosas y eugenésicas. Tener algún tipo de discapacidad era visto como un castigo divino, y la persona que la tenía era considerada como un ser innecesario e inútil socialmente. De esta manera, se presentaba a la persona con diversidad funcional como un ser prescindible¹⁵.

Como ejemplos recientes de este cruel modelo puede citarse a Estados Unidos de América y a la Alemania nazi. El país norteamericano permitió la esterilización forzada de personas en situación de discapacidad, aduciendo la protección a la salud

15 PALACIOS, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cermi, 2006, 37.

pública, mediante el Acta de Esterilización Forzada de Virginia, declarada sujeta a derecho por la Corte Suprema, en un fallo del juez O. W. Holmes¹⁶. Por su parte, con la eugenesia nazi se ejecutó y esterilizó a cientos de personas en situación de discapacidad de origen congénito¹⁷.

B. Modelo rehabilitador

Un segundo modelo es el rehabilitador o médico, desde donde se percibe la discapacidad como una situación de anormalidad —o enfermedad— que debe corregirse, con el objetivo de normalizar —o sanar— al individuo. Este modelo —al igual que el modelo de prescindencia— tiene una mirada negativa de la discapacidad, pues la estima como un impedimento para el adecuado desarrollo humano del individuo, siendo necesario poner al sujeto en condiciones de “utilidad” para la sociedad. De esta forma se cambia el desprecio del primer modelo por una visión paternalista de la discapacidad, lo cual evidencia subestimación¹⁸. Como lo indica el Comité de la CDPD, este modelo desconoce la titularidad de derechos de las personas en situación de discapacidad y las reduce a su diferencia funcional¹⁹.

Si bien es difícil dar cuenta de un ordenamiento jurídico que haya institucionalizado este modelo, De Asís señala que puede verse en medidas de “educación especial, rehabilitación médica, cuotas laborales y asistencia institucionalizada”²⁰. Se trata de una perspectiva asistencialista que ve debilidad en las personas en situación de discapacidad; de ahí que sustente instituciones jurídicas como la interdicción.

Desde esta perspectiva, existe un estándar de normalidad humana, y las personas en situación de discapacidad lo rompen. La discapacidad implica una desventaja que debe intentar compensarse médica o socialmente. A pesar de que el modelo mejora el trato a la discapacidad, persisten criterios que desconocen la dignidad y la autonomía y que además generan un ámbito discriminatorio que imposibilita el ejercicio de derechos.

C. Modelo social

Este modelo surgió tras el auge de los derechos humanos y del movimiento vida independiente. Percibe los problemas que enfrentan las personas en situación de

16 Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Caso Buck vs. Bell, 1927.

17 PALACIOS, *op. cit.*, 70.

18 *Ibid.*, 67.

19 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación (2018), § 8.

20 DE ASÍS, R. *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013, 19.

discapacidad como fruto de barreras sociales; es decir, que las desventajas que puede tener una persona en esta situación son creadas por el entorno social, no por su diferencia funcional *per se*. Al respecto, Palacios señala: “No son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar los servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social”²¹.

Este modelo reta los conceptos de normalidad y discapacidad, pues como afirma Kanter, son juicios morales o políticos apoyados en la percepción del observador respecto a cómo debería ser la sociedad²². Así, la discapacidad deja de ser una patología y se convierte en una categoría social cuyos integrantes tienen vidas dignas de ser vividas.

Aunque este modelo incluye una visión más garantista de los derechos de las personas en situación de discapacidad, no es el último estadio del asunto, pues como se verá más adelante, el concepto de discapacidad es evolutivo y dinámico. De ahí que el modelo social sea blanco de críticas que seguidamente trataremos.

D. Modelo de diversidad

Esta visión de las personas en situación de discapacidad comparte muchos de los postulados del modelo social; empero, intenta eliminar la carga negativa del concepto de discapacidad, lo cual, como lo señala el Comité de la CDPD²³ para el caso colombiano, es uno de los mayores retos para la sociedad civil. Así las cosas, autores como De Asís critican lo abstracto del modelo social y la visión de estándar funcional humano encubierta, propia del modelo médico²⁴.

Por su parte, Palacios y Romañach subrayan la doble dimensión de la dignidad de las personas con diversidad funcional imperante en este modelo, principalmente la dimensión extrínseca, desde la cual las diferencias entre los seres humanos deben valorarse en lugar de percibirse como una carga en el camino hacia su desarrollo²⁵.

21 PALACIOS, *op. cit.*, 103.

22 KANTER, A., “The Law: What’s Disability Studies Got to Do with it or an Introduction to Disability Legal Studies”, [en línea], *Columbia Human Rights Law Review* 2011, (42:403), 408-409.

23 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención: Colombia. 2013, § 10.

24 DE ASÍS, *op. cit.*, 18-26.

25 PALACIOS, A. y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, La Coruña, Diversitas, 2006, 233.

Sin duda, se trata de una visión acertada de las personas en situación de discapacidad y de la humanidad en general, puesto que se centra en la realidad del ser humano como un ser imperfecto y único, reconociendo su esencia humana, sin que importen las diferencias funcionales, físicas o mentales.

No es objeto de esta investigación profundizar los pormenores de cada modelo, pues como ya se dijo, se trata de ver cómo se percibe a las personas en situación de discapacidad desde diferentes ángulos. A nuestro juicio, el modelo social es la base sobre la cual se debe construir el ámbito jurídico en el que las personas en situación de discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos, eliminando las barreras y prejuicios sociales. Pero este esfuerzo no es suficiente para conseguir la supremacía de los derechos de este grupo de personas; también es necesario reconocer que la diversidad es lo que nos caracteriza como seres humanos. Aun así, es probable y pertinente que continúe la evolución en la visión de la discapacidad, hasta que se logre una sociedad inclusiva y tolerante que permita el florecimiento humano de todos sus integrantes.

Como ejemplo de los modelos social y diverso podemos citar a la CDPD. Ahí pueden verse materializados los principales prismas del modelo social y algunos del diverso. En seguida nos referiremos sus características.

E. La Convención de Derechos de Personas en Condición de Discapacidad

La CDPD²⁶ consagra en su preámbulo el carácter evolutivo y dinámico del concepto de discapacidad, elemento propio del modelo diverso de trato a la discapacidad. Sin embargo, de su articulado se puede inferir que su principal pretensión es la eliminación de barreras sociales que les impidan el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales a las personas en situación de discapacidad. Empieza por reconocer que los principales obstáculos a los que se enfrentan estas personas son de índole social, lo cual le impone una desventaja a su situación.

Vale la pena aclarar que la Convención no crea nuevos derechos aplicables a las personas en situación de discapacidad, sino que pretende construir un ambiente jurídico y social que permita la concreción de sus derechos. Así, el artículo 5 de la Convención incorpora el término “igualdad en virtud de la ley”, que se refiere al derecho a utilizar la ley en beneficio propio, permitiendo establecer relaciones jurídicas. Este concepto es distinto del de “igualdad ante la ley”, que versa sobre la prohibición de dar un trato discriminatorio en la aplicación de la ley²⁷. En este sentido, la CDPD promueve el goce pleno e igual de todos los derechos humanos

26 Instrumento ratificado por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009, declarada exequible mediante la Sentencia C-293 de 2010.

27 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación (2018), § 14.

de parte de las personas en situación de discapacidad²⁸; así mismo, reconoce la vulnerabilidad de los niños y las niñas en situación de discapacidad, sobre todo de estas últimas²⁹, por lo que los Estados parte deben asegurar el disfrute de todos sus derechos humanos, en igualdad de condiciones que al resto de niños y niñas³⁰. De esta forma, la Convención extiende y concreta el contenido del derecho a la igualdad, dándoles a las personas en situación de discapacidad herramientas para afrontar las desventajas socioeconómicas y combatir los estereotipos, lo que las incluye como parte de nuestra sociedad y reconoce la diversidad como parte de la dignidad humana³¹.

Para materializar lo anterior, la Convención reconoce la capacidad jurídica de quien se encuentre en situación de discapacidad, en todos los aspectos de la vida³², cuestión fundamental para materializar la igualdad ante la ley y en virtud de esta y lograr acceder a la verdadera participación en sociedad. Al respecto, el Comité de la Convención, en su Observación General no. 1, señaló que la negación de la capacidad jurídica de estos sujetos lleva a la vulneración de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a fundar una familia, sus derechos reproductivos y el derecho a otorgar su consentimiento frente a tratamientos médicos³³, situación que afecta de una manera más severa a quien se encuentra en una situación de diversidad funcional de índole intelectual.

En virtud de este panorama, se acoge un sistema de apoyo en la toma de decisiones que agrupa una serie de ayudas de distintos tipos e intensidades, como puede ser asistencia para comunicarse, pero siempre garantizando la autonomía de las personas en situación de discapacidad como un principio base³⁴, incluso en una eventualidad crítica³⁵.

Por su parte, el Comité de la Convención, en la Observación General n.º 3³⁶, refiriéndose al tema de salud y derechos sexuales y reproductivos, señaló que en virtud del artículo 12 de la CDPD se les debe permitir a las mujeres tomar la decisión respecto a los tratamientos en salud, lo que incluye el derecho a preservar su

28 Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad 2006, art. 1.

29 *Ibid.* art. 6.

30 *Ibid.* art. 7.

31 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación (2018), § 11.

32 Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad 2006, art. 12.2.

33 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 1, 2014, § 8.

34 Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, art. 3, lit. a.

35 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 1, 2014, § 18.

36 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 3, 2016, § 44.

fertilidad³⁷, entre otros asuntos, como los relacionados con el número de hijos y el ejercicio de su maternidad.

Por otro lado, es crucial subrayar que la Convención no discrimina entre discapacidades físicas o mentales, es decir, que su contenido está referido a ambos tipos de discapacidad³⁸. Esto tiene sentido, pues se pretende centrar la atención en la esencia humana del individuo y no en sus diferencias funcionales. De ahí que uno de los pilares de la Convención sea el principio de no discriminación.

Ahora bien, un escenario donde los principios de autonomía y no discriminación, así como el sistema de apoyo en la toma de decisiones, se tornan nebulosos es la esterilización quirúrgica de menores de edad por consentimiento sustitutivo. Al respecto, podemos hacernos el siguiente cuestionamiento: ¿el modelo de apoyo en la toma de decisiones promovido por la CDPD, al igual que los principios de autonomía y no discriminación, son compatibles con la sustitución del consentimiento de los menores de edad en situación de discapacidad intelectual?

A continuación, daremos cuenta de los pronunciamientos proferidos por la Corte Constitucional en torno al tema, para luego realizar un análisis crítico, en conjunto con la Convención.

II. Jurisprudencia constitucional colombiana sobre esterilización de personas en situación de discapacidad

Las sentencias relevantes para nuestro tema, la esterilización quirúrgica por consentimiento sustitutivo de menores de edad en situación de discapacidad intelectual, son la C-131 de 2014 y la T-573 de 2016. De igual manera, consideramos adecuado el estudio de la Sentencia C-182 de 2016, que trata la esterilización quirúrgica de personas adultas en situación de discapacidad. Previamente, con el fin de obtener una visión completa del tratamiento que le ha dado la Corte al tema, expondremos las reglas establecidas en los fallos previos a las sentencias principales.

El alto tribunal tuvo que enfrentarse por primera vez al problema de la esterilización de personas en situación de discapacidad intelectual en el 2002. Desde ese entonces estipuló la necesidad de respetar la autonomía de la persona en situación de discapacidad intelectual para acceder al procedimiento, porque se privilegia la dignidad humana del sujeto. Sin embargo, supeditó esta regla a la verificación de la capacidad de ejercer dicha autonomía, bien sea otorgando consentimiento o mediante una evaluación médica que determine la incapacidad del individuo para hacerlo³⁹. En otras palabras, se autorizó sustituir el consentimiento porque la autonomía y el

37 Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, art. 23, num. 1., lit. c.

38 *Ibid.* art. 1.

39 Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencias T-850 de 2002 y T-303 de 2016.

consentimiento informado no son criterios absolutos⁴⁰. La Corte hizo hincapié en la certeza que debe haber sobre la imposibilidad del sujeto para expresar su consentimiento o la urgencia de la intervención⁴¹.

En igual forma, esta corporación señaló que el procedimiento debe ser autorizado por un juez de la República, siendo competente para ello la especialidad de familia. Igualmente, estableció que la solicitud debe provenir del representante legal de la persona adulta en situación de discapacidad⁴². Además subrayó el derecho a la información en asuntos sexuales y reproductivos⁴³. Otro fallo, proferido con posterioridad al C-131 de 2014, reiteró que el asunto no podía ventilarse mediante acción de tutela, además de la imposibilidad de practicar el procedimiento de esterilización quirúrgica a menores de 12 años⁴⁴.

Hasta aquí pueden extractarse las siguientes reglas establecidas en la jurisprudencia constitucional: 1) la autonomía de las personas en situación de discapacidad intelectual debe respetarse, y su consentimiento para el procedimiento de anticoncepción quirúrgico es necesario; sin embargo, puede sustituirse si existe

-
- 40 Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-1019 de 2006. En este asunto, la madre de una adolescente pretendía someterla a la intervención médica, alegando la prevención de embarazos no deseados y su vulnerabilidad. El médico de la entidad promotora de salud (EPS) se abstuvo de realizar el procedimiento, pues la paciente no tenía la edad requerida. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-560A de 2007. Los hechos de la sentencia refieren que el médico tratante de una menor de edad recomendó la práctica de la anticoncepción quirúrgica en ella, a lo cual la madre accedió; sin embargo, el galeno que debía realizar el procedimiento se abstuvo, hasta que se expidiera una autorización judicial. El juez de primera instancia ordenó la realización del procedimiento; por su parte, la Corte revocó la providencia y remitió a la paciente a evaluación médica.
- 41 Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-492 de 2006. Aquí se planteó la posibilidad de esterilizar a una menor de edad a quien su médico tratante le prescribió el procedimiento, lo que la EPS se negó a realizar.
- 42 Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-492, 2006. En este pronunciamiento, una mujer solicitó la esterilización quirúrgica de su hija (mayor de edad) diagnosticada con síndrome de Down, que se encontraba en el octavo mes de gestación. Aquella argumentaba ser quien respondería económicamente por su hija, a pesar de ser de escasos recursos, por lo cual, otro nieto le generaría mayores traumatismos. Por su parte, el médico tratante se negó a dicho procedimiento, hasta que mediara autorización judicial.
- 43 Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-063 de 2012. En esta ocasión, el padre de una mujer con retardo mental interpuso acción de tutela contra el Hospital Materno Infantil El Carmen por el rechazo de la práctica del procedimiento quirúrgico anticonceptivo autorizado por su EPS. El accionante alegó la imposibilidad de la mujer de ser madre. La Corte confirmó la primera instancia, señalando que el padre no tenía la representación de su hija mayor de edad porque no había sido declarada en interdicción mediante proceso judicial.
- 44 Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-740 de 2014. El caso se planteó, porque la EPS de una menor de edad se negó a realizar el procedimiento anticonceptivo, a pesar de mediar orden médica; arguyó que la paciente aún no tenía edad para la cirugía y ofreció un implante subdérmico, mientras llegaba a ella. El juez de instancia estimó que el derecho en juego era el de petición, y resolvió negativamente la acción de tutela, por hecho superado. La Sala decidió revisar el fallo y hacer un análisis de fondo, en el que amparó los derechos fundamentales a la integridad física y la autonomía, por lo que ordenó a la EPS abstenerse de realizar cualquier procedimiento sin el consentimiento de la menor o de una orden judicial; así mismo, sostuvo que la paciente debía recibir información y asesoría en el trámite.

una certificación médica que determine al sujeto como incapaz de expresarlo. 2) El procedimiento requiere autorización judicial —del juez de familia competente—. 3) Si es un adulto, deberá haberse declarado previamente en interdicción. Como se verá a continuación, este razonamiento es reiterado en la Sentencia C-131 de 2014.

A. Sentencia C-131 de 2014: dos excepciones problemáticas

Este pronunciamiento es importante porque lo realizó la Sala Plena de la Corte Constitucional, a diferencia de los fallos expuestos, que fueron proferidos por salas de revisión de tutela. La sentencia surgió a raíz de una demanda por inconstitucionalidad contra el artículo 7.º de la Ley 1412 de 2010^[45], que consagra la prohibición de realizar procedimientos de anticoncepción quirúrgica a menores de edad.

La norma recibió dos cargos de inconstitucionalidad: el primero se refirió a la violación de los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía en el ejercicio de los derechos reproductivos de los menores de edad de entre 14 y 18 años, por considerar que la prohibición de acceder a estos tratamientos anticonceptivos les limitaba la autonomía reproductiva, a pesar de que les está permitido contraer matrimonio, conformar una familia y construir un plan de vida. Vale la pena recordar que este trabajo tiene como fin el análisis de los menores de edad en situación de discapacidad, cuestión que surge a raíz del cargo que en seguida se explica.

El segundo cargo recayó sobre la posibilidad de someter a menores de edad en situación de discapacidad al procedimiento médico. El actor afirmó que debía permitirse su esterilización, dada su inconsciencia acerca de las responsabilidades que surgen de un acto sexual y de formar una familia, así como respecto al ejercicio de la paternidad.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo, esgrimiendo los siguientes argumentos: contra el primer cargo, señaló que no se vulneraba el derecho a la igualdad de los menores de edad, puesto que estos tenían una capacidad limitada para tomar una decisión que requería cierto grado considerable de conciencia y madurez. Así mismo, estimó que el tema regulado por la norma formaba parte de la órbita de libertad de configuración del legislador; por tanto, el trato diferenciado que establece la ley en razón a la edad no se constituye en criterio semisospesoso. También sostuvo que los menores debían estar sometidos a un nivel de protección superior, incluso contra su propia autodeterminación, además de que existen otros

45 Esta ley pretende promover la paternidad responsable mediante la realización gratuita de procedimientos anticonceptivos como la esterilización quirúrgica por ligadura de trompas de Falopio y la vasectomía, los cuales tienen efectos permanentes.

tratamientos de anticoncepción efectivos con efectos reversibles, de los cuales podrían hacer uso.

Habida cuenta de lo anterior, la Corte tuvo en consideración un escenario en el que la vida del menor puede estar en riesgo por un posible embarazo, caso en el cual se hará una excepción, permitiéndole acceder al procedimiento anticonceptivo quirúrgico, siempre que la amenaza se pruebe científicamente, la solicitud se interponga por parte del representante legal y el menor otorgue su consentimiento de manera libre e informada. De reunirse estos requisitos, podrá concederse autorización judicial para la esterilización.

Sobre el segundo cargo de inconstitucionalidad, la Corte sostuvo el mismo argumento utilizado para resolver el primer cargo; sin embargo, estableció dos excepciones a la prohibición de esterilización en menores de edad en situación de discapacidad. La primera se presenta ante el riesgo inminente de muerte por cuenta de un posible embarazo. Esto requiere prueba científica y autorización judicial. La segunda excepción puede darse cuando el individuo sufre de una discapacidad calificada médicamente como grave y profunda.

Para justificar estas excepciones, la Corte arguyó que las personas en condición de discapacidad carecían del discernimiento necesario para cumplir el papel de padres de familia o para entender con responsabilidad las consecuencias de una relación sexual. Sostuvo, además, que su condición los privaba de ejercer autonomía:

Si no hay capacidad de consentir, ni existe la posibilidad de que se desarrolle en el futuro, tampoco se atenta contra el derecho a una autonomía que no puede ejercer el menor. Solo así se logra proteger la vida y la integridad del niño, y se logra evitar su instrumentalización cuando no existen otros mecanismos eficaces para evitar la procreación⁴⁶.

Bien, a manera de resumen, se tiene que la Corte declaró la prohibición de la esterilización de menores de edad compatible con la Constitución. Sin embargo, estableció algunos casos en que dicha prohibición podría ser inconstitucional. Esto sucede cuando la vida del menor se encuentra en riesgo por un posible embarazo, caso en el cual los padres —o representantes del menor— deberán solicitar ante un juez la autorización para realizar el procedimiento, siempre que el menor consienta en ello de manera libre e informada. Cuando existe opinión médica acerca de la imposibilidad de otorgar el consentimiento, en el presente y el futuro, este se podrá sustituir. La razón que fundamentó esta disposición es la incapacidad para comprender las consecuencias de un acto sexual y la responsabilidad de la paternidad. Además, sostuvo que las personas en esta situación no podían ejercer su autonomía; por tanto, no se atenta contra ellas.

46 Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-131 de 2014.

Con el debido respeto a la Corte Constitucional, nos apartamos de este razonamiento y sostenemos que las excepciones planteadas en la sentencia son contrarias a los principios de autonomía y no discriminación consagrados en la CDPD. Consideramos que con esto se abre un camino legítimo para la esterilización involuntaria de menores de edad en situación de discapacidad, en cualquier caso. Este planteamiento se ampliará más adelante.

A continuación se expondrá otra sentencia que estimamos relevante para el tema de trabajo, pues si bien recae sobre personas en situación de discapacidad intelectual adultas, consagra una perspectiva de la discapacidad incongruente con la CDPD.

B. Sentencia C-182 de 2016: reiteración de las excepciones

Esta sentencia resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6.º de la Ley 1412 de 2010^[47]. El demandante argumentó que la norma no discriminaba entre los diferentes tipos de discapacidad, lo cual vulneraba los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a formar una familia de las personas en situación de discapacidad. Sustentó esta afirmación en la existencia de discapacidades intelectuales con distintos niveles de conciencia, algunas de las cuales permiten al individuo ejercer sus derechos sin representación. Por esto, solicitó a la Corte determinar a qué tipo de discapacidades va dirigido el artículo cuestionado.

La sentencia consagró dos situaciones en las que podía darse el consentimiento sustitutivo: 1) en caso de emergencia por riesgo de muerte y 2) cuando el paciente era menor de edad o se encontraba en situación de discapacidad intelectual. La Corte concluyó que el consentimiento informado era la regla general, y el sustitutivo, la excepción. Por consiguiente, el artículo fue declarado constitucional, condicionado a que podía accederse a la esterilización de una persona en condición de discapacidad cuando se demostrara la imposibilidad de manifestar su voluntad y se prestaran todos los apoyos del caso. La forma de probar dicha condición es mediante un concepto médico, es decir, que se presume la capacidad del sujeto, y esta debe ser desvirtuada por medio de esa prueba.

Nos llama la atención que la providencia sustenta la posibilidad de acceder a la esterilización en la prueba médico-científica. Sin embargo, estimamos que la decisión acude a un criterio propio del modelo rehabilitador de trato a la discapacidad. Sobre este punto volveremos más adelante.

Hasta este punto, podría hablarse de una línea jurisprudencial consistente pero discorda con los postulados de la CDPD. Empero, en pronunciamiento reciente, la

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

Corte consiguió acercarse al sentido del mencionado instrumento internacional. En seguida se procede a su estudio.

C. Sentencia T-573 de 2016: un acercamiento a la Convención

La Sentencia T-573 de 2016 trata el caso de una niña con síndrome de Down a quien se le insertó un anticonceptivo subdérmico que le producía malestar físico. Ante esta situación, la representante de la menor solicitó el retiro del dispositivo y, en su reemplazo, la práctica del procedimiento de ligadura de trompas.

La Sala de Revisión afirmó que era imperativo eliminar el modelo de sustitución de decisiones, para así garantizar la autonomía del sujeto, de conformidad con la CDPD. Con este argumento, criticó la decisión adoptada por la Sentencia C-131 de 2014, en la que se establecen dos excepciones a la prohibición de esterilización de menores. De igual manera, cuestionó la Sentencia C-182 de 2016, que refuerza esta postura y posibilita la esterilización por consentimiento sustitutivo.

Sostuvo que las sentencias mencionadas hicieron tránsito a cosa juzgada relativa; por tanto, su acatamiento no es obligatorio. Respecto de la Sentencia C-131 de 2014, señaló que las excepciones propuestas son criterios interpretativos y no forman parte de la razón de la decisión, pues surgen de situaciones hipotéticas. Reforzó este argumento dando cuenta de que la parte resolutive de la providencia declaró exequible el artículo demandado, sin condicionamiento. Igualmente, puso de presente que la decisión se adoptó “por los cargos analizados”, dando así la posibilidad de un nuevo control abstracto, y que sea el juez constitucional quien aplique los criterios interpretativos (las excepciones) en el caso a caso.

Por su parte, sobre la Sentencia C-182 de 2016 esgrimió el mismo argumento y además dijo que trata sobre personas en situación de discapacidad mayores de edad; por tanto, no crea reglas aplicables al caso, pues, como dice la misma Sentencia C-131 de 2014, los menores en situación de discapacidad se encuentran inmersos en la prohibición de esterilización de menores de edad (art. 6.º de la Ley 1412 de 2010).

Por el contrario, la Sala de Revisión sostuvo que era inadmisibles la práctica del procedimiento de esterilización sin que la persona manifestara su voluntad. Este argumento lo extendió a cualquier procedimiento invasivo que se realizara sobre el individuo. También postuló que el papel del juez no debería ser solo verificar la existencia de una certificación médica sobre la imposibilidad de otorgar consentimiento futuro, sino comprobar que hubiera sido precedido por apoyos y salvaguardias. Esta regla aplica tanto para menores como para mayores de edad.

Pese a que consideramos equivocado el argumento relativo a que lo dicho en las sentencias C-131 de 2014 y C-182 de 2016 no son precedente aplicable al caso de la esterilización de personas en situación de discapacidad, es claro que esta nueva perspectiva jurisprudencial es afín a la esencia de la CDPD. Estimamos que la

Sala de Revisión debió invocar alguna de las causales para apartarse del precedente; empero, dado que es congruente con los derechos de las personas en situación de discapacidad, este vicio procedimental pasa a un segundo plano, teniendo en cuenta que dicha providencia no fue objeto de solicitud de nulidad. Además, esta sentencia ha tenido efectos en el entorno jurídico, puesto que propició la Resolución 1904 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se reglamentó la atención en salud sexual y reproductiva a las personas con funcionalidad diversa.

A esta altura, podemos afirmar que existen dos corrientes sobre la forma en que debe abordarse el problema de la esterilización de personas en situación de discapacidad intelectual por consentimiento sustituto. La línea jurisprudencial más extensa concluye que es procedente, en caso de que se determine medicamente que la seriedad de la afectación impide a la persona comprender las consecuencias del tema y, por ende, no puede consentir informada y libremente. Por su parte, la otra vertiente considera que en ninguna circunstancia puede suplantarse la voluntad del individuo. Sin embargo, aún existe una puerta abierta para el camino de la esterilización por consentimiento sustituto, por cuenta de las excepciones consagradas en la Sentencia C-131 de 2016^[48].

Así las cosas, procederemos a reforzar por qué el consentimiento sustituto vulnera la CDPD. Vale decir que la Corte se abstuvo de profundizar el análisis de los principios de autonomía y no discriminación que incorpora la CDPD. Así, procedemos con el análisis de estos principios, en armonía con el resto del cuerpo normativo y los modelos sociodiversos de trato a la discapacidad. Igualmente, consideramos importante desvirtuar la pertinencia de la evaluación de una persona en situación de discapacidad desde el punto de vista médico como prueba para determinar la capacidad de ejercer sus derechos.

III. Autonomía, consentimiento sustitutivo y discapacidad

El respeto a la autonomía implica el respeto a la libertad y la seguridad de intereses personales⁴⁹. La libertad permite la materialización de derechos fundamentales

48 Prueba de esto se encuentra en la interpretación que se hace de ellas en la Sentencia T-303 de 2016, donde se analizó una solicitud de amparo con la pretensión de que se autorizara la práctica del procedimiento de anticoncepción sobre una menor de edad. Pese a que se denegó la tutela de derechos, resulta preocupante el razonamiento que se esgrime en dicha providencia, pues se estima que el presupuesto para acceder al tratamiento consiste en la prueba médica de que el sujeto se encuentra afectado gravemente, pasando por alto el análisis de la proporcionalidad de la medida. La sentencia negó las pretensiones del actor porque su hija ya había llegado a la mayoría de edad al momento del pronunciamiento, dejando de lado el debate de fondo por una salida meramente formal.

49 KUKLIN, B., "Constructing Autonomy", [en línea], *New York University Journal of Law and Liberty* vol. 9, 2015, 393-394, disponible en: <http://lawandlibertyblog.com/vol-9-1/> [consultado el 12 de agosto de 2017].

como el libre desarrollo de la personalidad, mediante la consecución de un plan de vida autodeterminado, como puede ser formar una familia o ejercer la paternidad. Por su parte, la seguridad de intereses personales implica la no intromisión de terceros en asuntos individuales, como puede ser la integridad física. La CDPD señala que este principio implica la libertad en la toma de decisiones sobre aspectos de su vida⁵⁰.

En este punto es importante recordar que la CDPD no distingue entre los tipos de discapacidades; es decir, sus normas son aplicables a todo aquel que esté en situación de discapacidad física o mental. Esta aclaración es relevante porque una persona en situación de discapacidad física puede tomar libremente cualquier decisión respecto de su vida, como puede ser someterse a un procedimiento de anticoncepción, pues como se dijo, si la persona puede expresar su consentimiento, este debe tenerse en cuenta. En cambio, esta misma capacidad es cuestionada en una persona en situación de discapacidad intelectual. Entonces, es válido hacerse la siguiente pregunta: ¿las personas en situación de discapacidad intelectual gozan de autonomía individual en la toma de decisiones relativas a su esfera personal o plan de vida? Intentar un acercamiento a este interrogante nos dará lineamientos para absolver el cuestionamiento principal de esta investigación.

Para hablar de autonomía, es necesario referirse a la dignidad humana. Sea lo primero acentuar que la dignidad es aquello esencial en el hombre que no tiene equivalente alguno, precio o sustituto⁵¹. El respeto a la dignidad implica el reconocimiento recíproco entre miembros de una comunidad moral⁵². Dicha empatía se fundamenta en la vulnerabilidad misma del ser humano y en la constante dependencia de otros para lograr desarrollarnos como seres humanos⁵³.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la autonomía es la esencia de la dignidad humana⁵⁴, podría afirmarse que lo primordial para la consecución de esta es que exista un reconocimiento recíproco de la autonomía entre los miembros de la especie humana. Valga decir que la autonomía a la que nos referimos no es la simple capacidad que tiene un individuo de regir su conducta bajo sus propias leyes, libre

50 Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad 2006, art. 3. A.

51 KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, San Juan, Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, 47-49.

52 MICHELINI, D. J., "Dignidad humana en Kant y Habermas", [en línea], *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, vol. 12, n.º 1, 2010, 18-23, disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902010000100003&lng=es&nrm=iso [consultado el 24 de septiembre de 2018].

53 ETXEBERRIA, X., "Naturaleza humana y discapacidad intelectual", [en línea], *Revista Portuguesa de Filosofía* vol. 68, n.º 4, 2012, 682, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23596157> [consultado el 1.º de septiembre de 2017].

54 KANT, *op. cit.*, 49.

de influencias externas. En este caso, la autonomía trasciende lo individual y se sitúa en un contexto social y jurídico de oportunidades.

Relacionando la autonomía con la libertad, debemos considerar sus dos facetas, la positiva y la negativa. La primera alude a la posibilidad de actuar conforme a fines propios, mientras que la segunda es la ausencia de interferencia externa en nuestro actuar⁵⁵. Así, la libertad positiva se refiere a la satisfacción de deseos y actitudes internas, en tanto la negativa requiere un ámbito externo que permita ejercer la libertad sin manipulación, coerción o dominación, de tal manera que se garantice la faceta interna, ya que sin la satisfacción de la dimensión externa, la libertad entera se ve afectada⁵⁶. Parfraseando a Raz⁵⁷, la libertad negativa es valiosa, en la medida en que resulta útil para la libertad positiva, puesto que una persona realmente autónoma es quien determina el curso de su vida dentro de un ambiente donde la autodeterminación es posible.

En este sentido, como seres humanos, nos encontramos en constante interacción con otros que tienen intereses propios y contrapuestos. Por ello, existen instituciones que regulan el desarrollo de la práctica social y el comportamiento individual, como el derecho. Estos elementos externos inciden en la forma en que ejercemos nuestra autonomía individual. Lo que se quiere subrayar es que la autonomía, en su sentido más puro —darse a sí mismo leyes—, no es posible en un ámbito social como en el que nos desarrollamos los seres humanos, pues la sociedad interviene en la configuración de las opciones. De manera que debemos reconocernos recíprocamente como seres autónomos, ya que esto nos permite la convivencia en sociedad, sin la constante preocupación de una interferencia indebida en nuestras vidas⁵⁸.

En efecto, el respeto de la autonomía implica el equilibrio entre libertad y seguridad de intereses personales, que permite determinar sus límites. Tal delimitación es denominada por Kuklin *autonomy space*, donde los agentes morales tienen cierta área tempo-espacial de libertad para tomar sus decisiones y actuar con fundamento en ellas⁵⁹. Dicho espacio autónomo puede contraerse o expandirse con el consentimiento; sin embargo, existen límites inmutables, como puede ser someterse a esclavitud.

Esta perspectiva de la autonomía se congracia con el espíritu de la CDPD, que busca la constitución de un ámbito jurídico donde las personas en situación de dis-

55 BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, New York, Oxford University Press, 1986, 119 ss.

56 SERIES, L., “Relationships, Autonomy and Legal Capacity: Mental Capacity and Support Paradigms”, [en línea], *International Journal of Law and Psychiatry* vol. 40, 2015, 80-91, doi: 10.1016/j.ijlp.2015.04.010 [consultado el 10 de julio de 2017].

57 RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 410.

58 MACIOCE, F., “Individual Liberty and Self-Determination”, [en línea], *Libertarian Papers*, vol. 3, 2011, art. 33. 4, disponible en: <http://libertarianpapers.org/articles/2011/lp-3-33.pdf> [consultado el 25 de julio de 2017].

59 KUKLIN, *op. cit.*, 387.

capacidad puedan ejercer sus derechos. De aquí que la Convención promueva un sistema de apoyo en la toma de decisiones donde se empodera al sujeto de la adopción de decisiones, dejando a sus familiares y personas cercanas como meros soportes. En este punto, reiteramos que no se trata de desconocer la ayuda que pueden necesitar, pero es indiscutible que son ellos quienes deben actuar conforme a sus propias convicciones. Al respecto, el Comité de la Convención⁶⁰ ha diferenciado entre “ajustes razonables” y “medidas específicas”, refiriéndose a las primeras como una obligación de no discriminación, mientras que las segundas tienen como objeto un trato preferente de las personas en situación de discapacidad para solucionar la marginación histórica de la que han sido objeto.

Ahora bien, tratándose de personas en situación de discapacidad intelectual el asunto se complica porque son vistas como seres incapaces de autodeterminarse que necesitan la intervención de terceros en su vida, dado que carecen de juicio para decidir. La Corte Constitucional afirma que al sustituirse su consentimiento en la práctica del procedimiento de anticoncepción quirúrgica no se vulnera la autonomía del sujeto en situación de discapacidad intelectual, ya que carece de ella. Igualmente, aduce que estas personas no pueden comprender las responsabilidades que se desprenden de un acto sexual o de la paternidad⁶¹. Diferimos de esta posición, en los términos que a continuación se exponen.

De la lectura armónica de la CDPD se puede afirmar que las personas en situación de discapacidad deben ser respetadas en su autonomía, sobre todo en lo atinente a la toma de decisiones. Por otro lado, la Convención no establece distinción entre las diferentes clases de discapacidad. Por tanto, se puede concluir que el principio de autonomía incorporado en este instrumento internacional es también aplicable a las personas en situación de discapacidad intelectual.

A nuestro juicio, la clase de autonomía que puede desarrollar una persona en una sociedad está limitada por el contexto social, familiar o jurídico en el que vive. En ese sentido, la CDPD busca crear un ámbito jurídico en el que las personas en situación de discapacidad puedan ejercer sus derechos en forma plena. Así, el argumento de la Corte contraría lo consagrado en la Convención, desconociendo el espacio de autonomía de estas personas y sometiéndolas a un paternalismo bien intencionado, pero innecesario. En contraposición a lo que estima la Corte, consideramos que las personas en situación de discapacidad intelectual son autónomas, por el simple hecho de que este atributo forma parte de la esencia humana; desconocerlo sería darles un trato infrahumano. De esta forma, afirmamos que la intromisión en su espacio autónomo mediante la sustitución del consentimiento para la esterilización quirúrgica implica un detrimento tal que imposibilita el

60 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación, 2018, § 24, literal c.

61 Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2014.

ejercicio de derechos como el libre desarrollo de la personalidad y la integridad personal.

En primer lugar, en lo que hace al libre desarrollo de la personalidad, se ve comprometida la facultad de establecer un plan de vida, pues la esterilización implica privar al sujeto de ejercer su autonomía reproductiva. Consideramos que al limitar el ámbito decisional se violan sus derechos reproductivos, pues se les priva de la posibilidad de iniciar o postergar el proceso reproductivo y de conformar una familia⁶². A esta altura, reiteramos la necesidad de garantizarles la toma de estas decisiones a las personas en situación de discapacidad, es decir, que tengan la oportunidad real de decidir sobre estos asuntos, pues así se logra el respeto que merecen como seres humanos. Esta situación, teniendo en cuenta que no se obtiene el consentimiento del paciente, implicaría una esterilización forzada. Fuera de esto, puesto que el procedimiento de anticoncepción quirúrgico tiene efectos definitivos, se estarían suprimiendo sus derechos reproductivos, es decir, no se garantizaría el grado mínimo de autonomía para el ejercicio del derecho. Como lo señalan Sanchés y Solar⁶³, se les deben ofrecer medidas particulares que no limiten sus derechos más allá de lo necesario, pues el sistema de apoyo en la toma de decisiones pretende darle a la persona en situación de discapacidad el poder de decisión en dichos asuntos, facultando a las personas allegadas solo a servir de apoyo para la materialización de sus resoluciones.

En segundo lugar, considerando que la esterilización implica realizar un procedimiento quirúrgico sobre el cuerpo del sujeto, hacerlo sin el consentimiento es una transgresión a su esfera corporal. Así mismo, teniendo en cuenta que la fertilidad es una condición natural y física de la persona, suprimirla sin su aquiescencia es también soslayar su integridad física. Esta problemática ha llamado la atención del Comité de la CDPD, que considera preocupante que hoy en día los países todavía no hayan incorporado salvaguardias que prevengan tratamientos forzosos en detrimento de la integridad de las personas en situación de discapacidad y del artículo 17 de la propia Convención⁶⁴.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el consentimiento sustitutivo se aplique como excepción cuando redunde en un beneficio para el paciente; sin embargo, no se avizora cuál es el beneficio que recibe el menor cuando se permite el consentimiento sustitutivo, atendiendo a

62 VILLANUEVA FLORES, R., "Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos", [en línea], *Revista IIDH*, vol. 3, 2006, 391-450, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-11.pdf> [consultado el 10 de junio de 2017].

63 MARTÍNEZ, M. y CAYÓN, J., "Determinación de los derechos de las personas con discapacidad en los diversos ámbitos", en *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Impacto en la Legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa*, 2015, 62.

64 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Mauricio, 2015, § 29.

una evaluación de carácter médico. A favor de ello, la Corte argumenta la imposibilidad de que el sujeto comprenda las responsabilidades de un acto sexual y de la paternidad.

Sobre lo primero, manifestamos que desconocer la posibilidad de que las personas en situación de discapacidad, bien sean menores o adultos, puedan razonar en torno a un acto sexual las privaría de ello, cuestión que transgrediría otra esfera del libre desarrollo de la personalidad, esta vez relacionada con la libertad sexual. En lugar de esto, lo que se requiere es orientación y educación sobre el tema, para que así puedan tomar una decisión informada. Poner en duda su capacidad para comprender esta cuestión es caer en estereotipos e infantilizarlos⁶⁵.

En cuanto a la capacidad para ejercer la paternidad, sostenemos que también se trata de un estereotipo que los ve como seres irresponsables y ajenos a la realidad, lo cual, además de afectar su autonomía como seres humanos, los discrimina al no permitirles ejercer su paternidad en iguales condiciones a las del resto de las personas, tal como lo señaló el Comité de la Convención en la Observación General n.º 6^[66]. En efecto, su condición no les impide demostrar la empatía por sus seres queridos. Consideramos más reprochable la actitud de muchos padres, que no se encuentran en situación de discapacidad, que se desentienden de sus responsabilidades. Pero, por supuesto, en ninguno de los dos casos la esterilización sería una acción correcta. Al respecto, son nuevamente familiares y seres allegados, al igual que la sociedad y las instituciones del Estado, quienes deben fungir como garantes de que puedan ejercer su paternidad y los derechos de sus eventuales hijos.

Por otro lado, también suele argumentarse a favor de la anticoncepción quirúrgica la prevención del abuso sexual, el embarazo y la atención al mayor interés⁶⁷. Contra estos argumentos podemos decir que no hay una relación causa-consecuencia en el hecho de que la esterilización dé como resultado la prevención del abuso sexual; al contrario, se podría encubrir e incentivar el hecho. Como lo afirma el Comité de la Convención⁶⁸, la esterilización forzada puede dar lugar a violencia sexual sobre las personas en situación de discapacidad intelectual, especialmente sobre las mujeres y las niñas. Por ende, estimamos que la solución a este vejamen está en la protección

65 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 3, 2016, § 30.

66 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación, 2018, § 61.

67 FROHMADER, C. y ORTOLEVA, S., "The sexual and reproductive rights of women and girls with disabilities", [en línea], *International Conference on Human Rights*, 2014, 7, disponible en: http://www.dia.org.au/wp-content/uploads/2013/12/issues_paper_srr_women_and_girls_with_disabilities_final.pdf. [consultado el 24 de septiembre de 2018].

68 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 3, 2016, § 41.

y respeto que deben brindar familiares y demás allegados, máxime si se trata de menores edad.

En lo que respecta a la posibilidad de embarazo, puede señalarse que existen otros métodos anticonceptivos igual de eficaces que el procedimiento quirúrgico y cuyos efectos son reversibles. Si bien cualquier intromisión no consentida en la humanidad de una persona en situación de discapacidad intelectual es una violación a su autonomía y a su integridad, esta cuestión se atenúa por el hecho de no tener efectos definitivos; es decir, no se elimina la posibilidad de que el sujeto conserve la capacidad decisional de sus derechos en el futuro. Reiteramos que el propósito de este artículo es analizar el tema desde el punto de vista de la persona en situación de discapacidad, es decir, determinar si esta persona tiene derecho a que se respete su autonomía decisional y se garantice la posibilidad de ejercer o no su paternidad. Desde nuestra posición, sostenemos que dicha posibilidad debe garantizarse.

Con respecto al argumento del interés superior del menor o persona en situación de discapacidad, nos cuestionamos: ¿cómo puede un tercero saber qué decisión es la mejor para el interés de la persona en situación de discapacidad? No solo eso, ¿cómo puede determinarse lo que es el interés superior? Afirmamos que se trata de un concepto vago que puede prestarse para múltiples interpretaciones, entre las cuales puede primar el interés de quien está sustituyendo la decisión, lo que desatiende el bienestar de la persona en situación de discapacidad y privilegia el de un tercero. Al respecto, refiriéndose al interés superior del niño, el Comité de la Convención⁶⁹ ha dicho que este concepto no puede utilizarse como impedimento para el ejercicio de sus derechos fundamentales; al contrario, debe asegurar que los niños sean informados y escuchados en la toma de decisiones. De esta forma, lo más sensato es intentar establecer las preferencias del sujeto mediante la comunicación, pues hasta con actitudes pueden expresarse opiniones⁷⁰. De no poder establecerse este entendimiento, y en atención a que la cirugía no representa ningún beneficio para el menor, lo más respetuoso para sus derechos es abstenerse de realizarla. La única forma en que el consentimiento sustituto es válido es que el sujeto así lo autorice.

Sumado a esto, vale recordar que existe una prohibición legal de someter a menores de edad al procedimiento anticonceptivo definitivo, norma que fue declarada constitucional por la Corte. Luego, ¿cómo puede permitirse que se someta a los menores de edad en situación de discapacidad a este procedimiento, mientras que a

69 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación, 2018, § 38.

70 MC CAMAN, E., “Limitations on Choice: Abortion for Women with Diminished Capacity”, [en línea], *Hastings Women’s Law Journal*, vol. 14, 2013, 159.

los menores que no se encuentran en esta condición se les garantiza su autonomía? Este interrogante se abordará en el siguiente apartado.

IV. Discriminación, consentimiento sustitutivo y discapacidad

Arriba se señaló que la autonomía está delimitada por el contexto social y jurídico, es decir, por las oportunidades que tiene una persona para desarrollarse como ser humano. La igualdad y la no discriminación en el acceso a dichas oportunidades son fundamentales, recordando que la CDPD reconoce la igualdad ante la ley de todo individuo en situación de discapacidad y su protección contra cualquier discriminación.

El principio de no discriminación materializa gran parte de lo que se dijo antes sobre la autonomía, particularmente la creación de un ámbito jurídico para las personas en situación de discapacidad, donde puedan gozar de sus derechos y ejercerlos. La ausencia de este ámbito de desarrollo limita el disfrute de derechos fundamentales, lo cual implica ponerlas en condiciones de desigualdad⁷¹. Por ello, afirmamos que una persona en situación de discapacidad ha sido tratada como un fin en sí misma, cuando vive en un contexto que permita su desenvolvimiento humano.

En este sentido, reiterando que la situación de discapacitado no implica una desventaja, sino que ha sido afectada por la construcción de barreras sociales, una de las herramientas contundentes para lograr equilibrar los derechos de esta minoría son las acciones afirmativas, pues es necesario emprender actos que los equiparen en derechos con el resto de las personas. Esto se fundamenta en la doble noción de igualdad⁷²: un primer sentido —igualdad derivativa— se refiere a la distribución equitativa de alguna oportunidad o carga, es decir, que hay una obligación de no establecer diferencias de trato arbitrarias o apoyadas en prejuicios. En segundo lugar, aclarando que el criterio de no discriminación no es absoluto, está la idea de admitir tratos diferenciados positivos o preferenciales —igualdad constitutiva—, ante las desventajas y limitaciones en el aprovechamiento de oportunidades que el resto de las personas tiene. Esta compensación permite equilibrar la situación vulnerable en que se encuentran las personas con diversidad funcional, subrayando que sus desventajas y limitaciones no provienen de una diferencia funcional, sino de barreras sociales.

71 REYES-TORRES, A., “La protección de las personas con discapacidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el enfoque de las capacidades: de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades”, [en línea], *American University International Law Review*, vol. 30, n.º 2, 2015, 261.

72 DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, 327 y ss.

Por su parte, la Convención pretende empoderar la participación y responsabilidad de las personas en situación de discapacidad para que logren desarrollarse dignamente en el ámbito social, procurando así el respeto de atributos de goce mínimos como: vida, salud, integridad y control del entorno⁷³. Para lograr la efectividad del principio de igualdad y no discriminación, la Convención determina la obligación de los Estados de realizar “ajustes razonables”, es decir, modificaciones y adaptaciones en el ordenamiento jurídico y social, para garantizar sus derechos⁷⁴. En igual sentido lo consagra la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁷⁵. Conforme lo señala el Comité⁷⁶ de la Convención, estos ajustes consisten en la obligación jurídica de adaptar el entorno para el goce de derechos fundamentales.

Ahora bien, consideramos que la Corte quebranta el principio de no discriminación, al permitir la esterilización de menores en situación de discapacidad cuando estos no puedan dar su consentimiento, porque no se les aplica la misma regla que determinó para los menores de edad sin discapacidad, de quienes hay que obtener consentimiento para acceder a la esterilización. En efecto, la Corte consideró que la prohibición de esterilización de menores de edad no atentaba contra su autonomía y libre desarrollo de la personalidad, porque esta disposición protegía sus derechos frente a una decisión que requiere cierto grado de madurez superior; además, pueden acceder a otros métodos anticonceptivos cuyos efectos son transitorios. De lo anterior, puede inferirse la intención del tribunal de preservar el derecho reproductivo de los menores, incluso frente a sí mismos, pues el ejercicio y goce de estos derechos son personalísimos.

Al contrario, cuando la situación involucra a un menor en situación de discapacidad, el razonamiento es distinto. Por un lado, la necesidad de preservar el derecho reproductivo del menor, incluso contra su propia voluntad, ya no persiste, pues se permite sustituir su consentimiento. Afirmamos que la presencia de capacidades diversas no puede significar la pérdida de autonomía e igualdad. Su desconocimiento, más que la violación de una obligación jurídica, significa la pérdida de una oportunidad de ser libres y, al contrario, promueve la desigualdad material y su desconsideración como persona⁷⁷.

73 REYES-TORRES, *op. cit.*, 256.

74 Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, art. 5.3.

75 *Ibid.* Preámbulo, art. III.1. Al respecto, la Corte Interamericana señala que “los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 2006.

76 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación, 2018, § 25.

77 REYES-TORRES, *op. cit.*, 271.

En este punto, reiteramos que para gozar de autonomía debe darse un entorno donde se brinde la oportunidad de decidir sobre asuntos tan propios como la integridad corporal y la capacidad reproductiva. Para el caso de los menores en situación de discapacidad intelectual, este ideal puede concretarse mediante la comunicación entre el sujeto y un grupo interdisciplinario de profesionales que lo atiendan. Debemos ser enfáticos en señalar que de no ser posible establecer el vínculo y entender el razonamiento de la persona, es necesario abstenerse de realizar el procedimiento, máxime cuando existen otros métodos que tienen efectos reversibles. Como lo señala Kanter, el conocimiento de la discapacidad puede obtenerse solamente mediante la misma discapacidad⁷⁸.

V. La prueba de la discapacidad

Un tercer tema al que nos referimos gira en la órbita del campo probatorio. Uno de los elementos para que un juez de la República autorice la esterilización de un menor de edad en situación de discapacidad intelectual es que exista un dictamen médico que certifique la “severidad” de su afectación funcional. Se recurre a la prueba científica para determinar el estado del sujeto. Este requisito parte de la presunción de que las personas en situación de discapacidad son capaces de ejercer por sí mismas sus derechos⁷⁹; sin embargo, dicha presunción admite prueba en contrario, es decir, que mediante el concepto médico se puede desvirtuar la capacidad del sujeto para ejercer y disfrutar sus derechos.

Sobre este asunto, el Comité de la CDDP⁸⁰ ha afirmado que esta visión de la discapacidad está presuponiendo que la evaluación de la mente humana puede llevarse a cabo con exactitud, negando la posibilidad de ejercer su capacidad y, con ello, soslayando su autonomía e igualdad, al someterla al dictamen médico.

En el tema de la esterilización de personas en situación de discapacidad, el inconveniente con el concepto médico para autorizar judicialmente el procedimiento es permitir que se determine médicamente la posibilidad de ejercer sus derechos. Darle relevancia a la discapacidad como un asunto de salud, más que como un estado natural del ser humano (como la niñez o la vejez), es volver a perspectivas pasadas de la discapacidad que desconocían su dignidad humana. La situación de discapacidad debe dejar de ser vista con lástima y pasar a ser percibida como una vida digna de ser vivida.

Ahora bien, más allá de lo cuestionable del dictamen médico como prueba para determinar la razonabilidad de una persona en situación de discapacidad intelectual, lo reprochable es recurrir a un elemento que reivindica el modelo re-

78 KANTER, *op. cit.*, 409.

79 Corte Constitucional, Sentencia C-182 de 2016.

80 Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 1, 2014, § 15.

habilitador-médico de trato a la discapacidad. Recordemos que este modelo ve al individuo como alguien anormal a quien hay que brindarle atención con el fin de recuperarlo. Recalcamos que esta visión de la discapacidad debe ser superada, permitiendo ver las diferencias de las personas como parte de la diversidad de la condición humana.

Consideramos que, antes que enfocarse en las diferencias que pueda tener una persona en situación de discapacidad intelectual respecto a otro individuo, resulta más adecuado reconocer la naturaleza imperfecta y diversa del ser humano. Por ello, la ciencia y la tecnología deben procurar comprender su forma de razonar, para permitirles el goce y ejercicio de sus derechos. Esto requiere un trabajo interdisciplinario desde donde se busque la supremacía de la dignidad y la autonomía de las personas con funcionalidad intelectual diversa.

Conclusiones

El objetivo de este trabajo de investigación consistía en analizar la compatibilidad entre la sustitución del consentimiento de los menores de edad en situación de discapacidad intelectual para el procedimiento de esterilización quirúrgica con los principios de autonomía y no discriminación consagrados en la CDPD. Para esto, acudimos al análisis crítico de algunos modelos de trato a la discapacidad, a la jurisprudencia constitucional colombiana y a la CDPD.

Así, llegamos a determinar que las personas en situación de discapacidad han sido una minoría oprimida y discriminada a lo largo del tiempo, tal como lo fueron otros grupos por razones de género o raza. Esto cambió con el auge de los derechos humanos, pasando del desprecio eugenésico a la apreciación de la diversidad funcional. Esto ha significado una transformación en la forma de vivir de las personas en situación de discapacidad, dejando de lado la dependencia de otros para emprender sus propios planes de vida. Esta evolución llevó a la consolidación de la CDPD y de los modelos social y diverso de trato a la discapacidad, bajo los cuales se pretende crear un ámbito jurídico donde gocen y disfruten de sus derechos. Este giro implica el reconocimiento de sus diferencias como parte de la diversidad e imperfección natural del ser humano.

La Convención promueve la implementación del sistema de apoyo en las decisiones, dejando en el pasado el sistema de sustitución de decisiones que se venía practicando. Consideramos que esta medida es una reivindicación de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad, especialmente de su autonomía e igualdad, cuyo respeto simboliza su reconocimiento como miembros de la especie humana.

Uno de los flagelos sufridos por las personas en situación de discapacidad es la esterilización forzada. Con el cambio de paradigma, este vejamen ahora es cuestionado, y se ha hecho imperativo obtener el consentimiento de la persona, so pena de violentar sus derechos fundamentales. El asunto se torna problemá-

tico cuando el sujeto en situación de discapacidad intelectual es menor de edad. Al respecto, del estudio de los distintos pronunciamientos que ha proferido la Corte Constitucional colombiana, podemos concluir que ha tenido una línea jurisprudencial definida hasta el año 2016. Las principales reglas extraídas de esos fallos son: 1) La autonomía de las personas en situación de discapacidad intelectual debe respetarse, siendo necesario su consentimiento para ser sometidas al procedimiento de anticoncepción quirúrgico; sin embargo, cuando se determina medicamente que no es posible que el sujeto otorgue su consentimiento, este puede sustituirse. 2) El procedimiento requiere autorización judicial —del juez de familia competente—. 3) Si es un adulto, deberá haberse declarado previamente en interdicción.

La Corte Constitucional es enfática en señalar que la esterilización de personas en situación de discapacidad (menores o adultas) debe ser autorizada por el juez de familia competente, es decir, que esta petición no puede concederse mediante acción de tutela. Así mismo, es contundente determinar su procedencia como *ultima ratio*; sin embargo, las excepciones aquí analizadas parecen abrir una puerta a la esterilización por consentimiento sustituto en cualquier caso, pues basta con una certificación médica de la afectación grave del sujeto, para acceder a la anticoncepción quirúrgica. El argumento principal es que si la persona no puede ejercer su autonomía, tampoco se le vulnera. En este punto, estimamos que la Corte desconoce los principios de autonomía y no discriminación.

En cuanto al principio de autonomía, la Corte realiza un análisis superficial desde el punto de vista de las capacidades de la persona, dejando de lado el primer objetivo de la Convención, que es aceptarlas como parte de la diversidad humana. Así mismo, pasa de largo que la Convención busca la creación de un ámbito jurídico donde las personas en situación de discapacidad puedan gozar plenamente de sus derechos humanos. Lo que pretende es garantizar el aspecto externo de la autonomía, evitando la injerencia exterior en la toma de decisiones.

Afirmamos que la autonomía es relevante, por ser un elemento esencial de la dignidad humana. Este aspecto se encuentra incorporado como principio en la CDPD y pretende empoderar al individuo de la toma de decisiones en todo aspecto de su vida. Valga aclarar nuevamente que la Convención no hace distinción alguna entre discapacidades físicas y mentales, ni tampoco en su severidad, por lo cual concluimos que los derechos y prerrogativas mencionados también se aplican a las personas en situación de discapacidad intelectual. En este sentido, consideramos equivocada la posición de la Corte al establecer excepciones a la prohibición de esterilización de personas con minoría de edad en situación de discapacidad.

En contravía del razonamiento de la Corte, las personas en situación de discapacidad gozan de plena autonomía en el ejercicio y disfrute de sus derechos, sin que esto implique que se desconozca la necesidad de asistencia de parte de sus allegados. Esto significa que la toma de decisiones debe ser apoyada por las personas que los

rodean, sin que pueda ser sustituida. La esterilización de personas en situación de discapacidad, dados los efectos definitivos del procedimiento, es una transgresión a sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a su integridad física. Afirmamos lo primero, porque se aleja del sujeto la opción de ejercer libremente sus derechos reproductivos, bien sea decidiendo tener o no hijos. Por su parte, tomando la fertilidad como parte del cuerpo humano, puede sostenerse que suprimirla es una injerencia indebida sobre su esfera corporal. La forma para lograr la supremacía de sus derechos es permitir, como mínimo, su ejercicio autónomo, tanto en el presente como en el futuro.

Por otro lado, mantenemos que la esterilización quirúrgica de menores de edad en situación de discapacidad intelectual no representa un beneficio real que no pueda obtenerse por otro medio que no afecte de manera definitiva su dignidad y derechos, como el uso de métodos alternativos de anticoncepción que tengan efectos reversibles, de tal forma que su derecho siga indemne. Por su parte, no existe un nexo lógico entre la anticoncepción quirúrgica y la disminución del abuso sexual a las personas en situación de discapacidad. Al contrario, esta situación puede encubrirlo o incentivarlo. Por tanto, debe proveerse el debido cuidado y respeto dentro de las familias.

Además, estimamos que la sustitución del consentimiento, autorizada excepcionalmente por la Corte, viola el principio de no discriminación de la CDPD porque utiliza la condición de los menores en situación de discapacidad intelectual para tratarlos de forma diferente. Decimos esto porque la prohibición de esterilización de menores de edad se declaró constitucional, argumentando que así se brindaría la protección de sus derechos, dado que se les considera poco maduros para someterse voluntariamente a este método anticonceptivo, cuyos efectos son definitivos. Además se impuso una excepción en la que es posible acceder a dicho tratamiento cuando sea necesario para salvaguardar su salud o vida, siempre que el menor sea informado y consienta en ello, privilegiándose así su autonomía. Contrario a este razonamiento, la Corte estima que el menor en situación de discapacidad intelectual carece de autonomía, por lo que es viable consentir por él. Este trato desigual es injustificado porque el individuo no obtiene un beneficio; al contrario, es sujeto de una interferencia en su esfera personal.

Otro punto en el que diferimos de la Corte Constitucional es reivindicar una medida propia del modelo médico-rehabilitador del trato a la discapacidad, al condicionar la viabilidad de la autorización judicial a la certificación científica que determina la incapacidad del sujeto de manifestar su consentimiento. Esto significa supeditar el ejercicio de sus derechos a un concepto médico, cuestión propia de perspectivas pasadas de trato a la discapacidad. Contrario a esto, consideramos que la ciencia y la tecnología deben estar enfocadas en lograr entender la forma en que cada una de estas personas percibe el mundo. Por ello, es necesario un acercamiento profesional interdisciplinario que permita establecer canales de comunicación y comprensión. De no ser esto posible, lo más razonable y respetuoso de sus derechos es abstenerse

de suplantar su decisión, y adoptar otras medidas, como métodos anticonceptivos no definitivos.

Ahora bien, valga reconocer que la Sentencia T-573 de 2016 aplica la CDPD de forma coherente con su esencia, pues reafirma la autonomía de la que son titulares las personas en situación de discapacidad, sin que importe el tipo o la severidad de esta. Con todo, esta sentencia incurre en un error de técnica constitucional, puesto que desestima las excepciones de la Sentencia C-131 de 2014, afirmando que no forman parte de la razón de la decisión, en lugar de invocar una de las causales para apartarse del precedente de la Sala Plena de la Corte Constitucional. Pese a ello, lo realmente importante es que ha tenido efectos positivos en el ordenamiento jurídico interno, porque el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 1904 de 2017, que regula la atención en salud del usuario en situación de discapacidad intelectual. Es pertinente subrayar que se trata de un inicio para el reconocimiento de una de las problemáticas que padecen las personas en situación de discapacidad; sin embargo, no puede verse como una conquista de sus derechos, pues es necesario que sus directrices se materialicen en la práctica.

En el mismo sentido, compartimos la apreciación dada por la Corte en la Sentencia T-573 de 2016 respecto a que el juez conecedor de la solicitud de esterilización debe verificar que el consentimiento expresado por el menor en situación de discapacidad sea libre e informado, de manera que la única forma en que se puede sustituir el consentimiento del sujeto es que él mismo lo disponga.

Finalmente, estimamos que el reconocimiento de la autonomía en personas en situación de discapacidad intelectual es una forma de abandonar el maltrato del que han sido víctimas por parte de la sociedad a lo largo de la historia. Sin embargo, ese reconocimiento debe surtir efectos reales y materiales, es decir, su autonomía en la toma de decisiones debe respetarse y fomentarse. Para esto, es necesario que la sociedad y el Estado persistan en la adecuación de un ámbito jurídico en el que estas personas puedan ejercer sus derechos fundamentales como seres autónomos, con opciones y, sobre todo, con dignidad. Adoptar una decisión que tiene como resultado afectaciones definitivas sobre su integridad física y su dignidad, como la esterilización quirúrgica, no es un tema menor. Abstenerse de sustituir su consentimiento es reafirmar su autonomía, sobre todo cuando el resultado querido puede obtenerse de otra forma que no extinga alguno de sus derechos.

Esta última reflexión condensa el debate por la autonomía de las personas en situación de discapacidad intelectual respecto a la anticoncepción quirúrgica. Con esto no se pretende crear una teoría general de la autonomía de las personas en situación de discapacidad, pero sí establecer una aplicación coherente y armónica de la normativa internacional en el caso de la anticoncepción quirúrgica.

Referencias

- BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, New York, Oxford University Press, 1969.
- Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del Artículo 35 de la Convención*, Colombia, 2013.
- Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 1, 2014.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Mauricio, 2015.
- Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 3, 2016.
- Comité Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General n.º 6 sobre la igualdad y la no discriminación, 2018.
- DE ASÍS, R., *Sobre discapacidad y derecho*, Madrid, Dickinson, 2013.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.
- ESCRIBI MONTOLIU, M. A., “Esterilización de deficientes mentales”, [en línea], *Revista DS: Derecho y Salud*, vol. 5, 1997, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3178534> [consultado el 27 septiembre 2018].
- ETXEBERRIA, X., “Naturaleza humana y discapacidad intelectual”, [en línea], *Revista Portuguesa de Filosofía*, vol. 68, n.º 4, 2012, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/23596157> [consultado el 1.º de septiembre de 2017].
- FROHMADER, C. y ORTOLEVA, S., “The sexual and reproductive rights of women and girls with disabilities”, [en línea], *International Conference on Human Rights*, 2014, 7, disponible en: http://wwda.org.au/wp-content/uploads/2013/12/issues_paper_srr_women_and_girls_with_disabilities_final.pdf [consultado el 24 de septiembre de 2018].
- GIL CARREÑO, I., *La esterilización de personas incapacitadas por enfermedad mental: una puerta a la desigualdad y la discriminación*. Tesis doctoral, Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2015, disponible en: <http://repositorio.ucam.edu/handle/10952/1637>.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, San Juan, Pedro M. Rosario Barbosa, 2007.
- KUKLIN, B., “Constructing Autonomy”, [en línea], *New York University Journal of Law and Liberty* vol. 9, 2015, disponible en: <http://lawandlibertyblog.com/vol-9-1/> [consultado el 12 de agosto de 2017].
- MC CAMAN, E., “Limitations on Choice: Abortion for Women with Diminishes Capacity”, [en línea], *Hasting Women's Law Journal*, vol. 14, 2013, 159.
- MACIOCE, F., “Individual Liberty and Self-determination”, [en línea], *Libertarian Papers*, vol. 3, n.º 33, 2011, disponible en: <http://libertarianpapers.org/articles/2011/lp-3-33.pdf> [consultado el 25 de julio de 2017].
- MARTÍNEZ, M. y CAYÓN, J., “Determinación de los derechos de las personas con discapacidad en los diversos ámbitos”, en *La Convención Internacional sobre los Derechos de las*

- Personas con Discapacidad y su Impacto en la Legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa*, 2015.
- MICHELINI, D. J., “Dignidad humana en Kant y Habermas”, [en línea], *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, vol. 12, n.º 1, 2010, disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902010000100003&lng=es&nrm=i so [consultado el 24 de septiembre de 2018].
- MICHELINI, D. J., “Dignidad humana en Kant y Habermas”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, vol. 12, n.º 1, 2010.
- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cermi, 2006.
- PALACIOS, A. y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, La Coruña, Diversitas, 2006.
- RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- REYES-TORRES, A., “La protección de las personas con discapacidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el enfoque de las capacidades: de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades”, [en línea], *American University International Law Review*, vol. 30, n.º 2, 2015, 261.
- SERIES, L., “Relationships, Autonomy and Legal Capacity: Mental Capacity and Support Paradigms”, [en línea], *International Journal of Law and Psychiatry* vol. 40, 2015, 80-91, doi: 10.1016/j.ijlp.2015.04.010 [consultado el 10 de julio de 2017].
- SERRA, M. L., “¿Paternalismo o restricción de autonomía? Esterilización forzosa a personas con discapacidad”, en *Congreso El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*. Cádiz, 2014.
- SERRA, M. L., *La esterilización forzosa y/o involuntaria en la mujer con discapacidad intelectual. Análisis desde una perspectiva de derechos humanos*. Tesis de maestría inédita, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, disponible en: https://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20110/tfm_meadh_Laura_Serra_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- SIFRIS, R., “Conceptualising Involuntary Sterilization as ‘Severe Pain or Suffering’ for Purposes of Torture Discourse”, [en línea], *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 28, n.º 4, 2010.
- VILLANUEVA FLORES, R., “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, [en línea], *Revista IIDH*, vol. 3, 2006, 391-450, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-11.pdf> [consultado el 10 de junio de 2017].

Jurisprudencia colombiana

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Quinta de Revisión (10 de octubre de 2002) Sentencia T- 850. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de Revisión (21 de marzo de 2003) Sentencia T- 248. M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Cuarta de Revisión (29 de junio de 2006) Sentencia T- 496. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Cuarta de Revisión (1.º de diciembre de 2006) Sentencia T-1019. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (4 de agosto de 2010) Auto 279. M. P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Cuarta de Revisión (9 de febrero de 2012) Sentencia T-063 de 2012. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (11 de marzo de 2014) Sentencia C-131. M. P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión (27 de mayo de 2014) Sentencia T-303. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión (3 de octubre de 2014) Sentencia T-740. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión (12 de mayo de 2015) Sentencia T- 275. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena (13 de abril de 2016) Sentencia C-182. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Cuarta de Revisión (15 de junio de 2016) Sentencia T-306. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión (19 de octubre de 2016) Sentencia T-573. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Jurisprudencia extranjera

Corte Suprema de Estados Unidos de América. Caso Buck vs. Bell. 1927. Oliver Wendell Holmes.