

**CRITERIO QUE HA UTILIZADO LA CORTE CONSTITUCIONAL DESDE SU
CREACIÓN EN 1991 PARA LAS SENTENCIAS REFERIDAS A LOS
DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS EN
CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL ANTES Y DESPUÉS DE LA
PROMULGACIÓN DE LA LEY 1346 DE 2009**

**LAURA LUCÍA MORENO ÁLVAREZ
RAFAEL DAVID PRADA ÁLVAREZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2017

**CRITERIO QUE HA UTILIZADO LA CORTE CONSTITUCIONAL DESDE SU
CREACIÓN EN 1991 PARA LAS SENTENCIAS REFERIDAS A LOS
DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS EN
CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL ANTES Y DESPUÉS DE LA
PROMULGACIÓN DE LA LEY 1346 DE 2009**

**LAURA LUCÍA MORENO ÁLVAREZ
RAFAEL DAVID PRADA ÁLVAREZ**

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

**Directora
MARY VERJEL CAUSADO
Abogada**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA
2017**

DEDICATORIA

*“Quiero sentir el mundo que tu sientes,
Quiero mirar el mundo que tú miras,
Quiero soñar el mundo que imaginas
Y respirar profundo tus derechos”*

Raúl Moreno Jerez.

Dedicamos esta investigación a todas las personas en condición de discapacidad, que cada vez seamos más consientes de su realidad y podamos no solo comprenderla sino contribuir para que se logre un verdadero cambio y por fin pueda lograrse la igualdad que tanto se ha buscado y que durante años ha sido vulnerada, que se aplique efectivamente el principio “Nada sobre nosotros, sin nosotros” en todos los escenarios sociales de tal manera que esta población pueda gozar de una vida en condiciones dignas con respeto y armonía.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, el que estuvo ahí, cuando nadie más podía.

A mis padres, Rafael y Ledy, los hermosos héroes, por su invariable ejemplo de constancia, fe y amor, forjaron un camino de luz y esperanza, donde pude soñar y creer.

A mi hermana Leidy Jullied, mi segunda madre, a quien admiro profundamente por su tenacidad y por enseñarme que no hay nada imposible.

A Lucía, la insustituible, por iluminar mi mundo con su genuino amor, entereza y paciencia.

A toda mi familia y amigos, sin ustedes el mundo carece de sentido.

Rafal David Prada Álvarez

AGRADECIMIENTOS

Solo puedo decir “Gracias a la vida que me ha dado tanto”, que me dio unos padres, a quienes admiro y amo con todo mi corazón... a mi madre por su tenacidad, por su valentía, por ser mi aliada y por creer en mi, y a mi padre por su sensibilidad, por su entrega, por sus sueños infinitos... a mi abuela cuya fortaleza me produce una eterna admiración y porque su sonrisa disipa todo miedo al fracaso... a mi hermana por ser un apoyo incesante en mi formación, a mi familia extensa porque son esencia en el camino, a mi compañero de tesis y de vida por su amor sincero e incondicional, a la gorda... a cada persona que contribuyó para que esta meta fuese alcanzada y al que todo lo puede por darme su luz cuando más lo necesito.

Laura Lucía Moreno Álvarez

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	14
1. ESBOZO HISTÓRICO DE LA DISCAPACIDAD Y LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD	18
1.1 EDAD PRIMITIVA	18
1.2 EDAD ANTIGUA	23
1.3 EDAD MEDIA.....	30
1.4 EDAD MODERNA.....	35
1.4.1. Revolución Francesa	42
1.4.2. Revolución Industrial.....	44
1.5 SIGLO XX	46
1.5.1 Eugenesia.....	46
1.5.2 El naciismo y los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad	52
1.5.3 Post-guerra	60
1.5.4 Movimientos Sociales por la defensa de las personas en condición de discapacidad	61
1.6 HISTORIA DE LA DISCAPACIDAD EN COLOMBIA	66
2. MARCO NORMATIVO	76
2.1 INTERNACIONAL.....	76
2.1.1 Declaración Universal de los derechos humanos (1948)	76
2.1.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (1976) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)	96
2.1.3 Declaración de los Derechos de las personas con retardo mental (1971) ..	101

2.1.4 Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975).....	102
2.1.5 Programa de acción mundial para las personas con discapacidad (1982) .	104
2.1.6 Convención Interamericana para las Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (1999).....	104
2.1.7 Declaración de Cartagena de 1992 “Sobre políticas integrales para las personas con discapacidad en el área iberoamericana”	109
2.1.8 Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (2006)	110
2.2 NACIONAL.....	111
2.2.1 Constitución Política de Colombia	111
2.2.2 Ley 361 de 1997 – Ley de discapacidad.....	123
2.2.3 Decreto 2082 de 1996.....	123
2.2.4 Ley 1346 de 2009	124
2.2.5 Ley estatutaria 1618 de 2013.....	127
2.2.6 Política pública en Colombia sobre derechos sexuales y reproductivos	131
3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	140
3.1 SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL ANTERIORES A LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 1346 DE 2009.....	141
3.1.1 Sentencia C 246 de 2002.....	141
3.1.2 Sentencia T 850 de 2002	145
3.1.3 Sentencia T 248 de 2003.....	150
3.1.4 Sentencia T 397 de 2004	155
3.1.5 Sentencia T 492 de 2006	167
3.1.6 Sentencia T 1019 de 2006	173
3.1.7 Sentencia T 816 de 2007	178
3.1.8 Sentencia T 988 de 2007	182
3.1.9 Sentencia T 946 de 2008	186
3.2 SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL DESPUÉS DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 1346 DE 2009.....	196
3.2.1 Sentencia C 804 de 2009.....	197

3.2.2 Sentencia T 185 de 2010.....	210
3.2.3 Sentencia T 572 de 2010.....	213
3.2.4 Sentencia T 063 de 2012.....	218
3.2.5 Sentencia C 131 de 2014.....	222
3.2.6 Auto 173 de 2014.....	228
3.2.7 Sentencia T 740 de 2014.....	230
3.2.8 Sentencia C 182 de 2016.....	236
3.2.9 Sentencia T 303 de 2016.....	243
3.2.10 Sentencia T 573 de 2016.....	247
3.3 PROYECTO DE LEY 027 DE 2017	280
4. CONCLUSIONES	284
BIBLIOGRAFÍA.....	288

LISTA DE TABLAS

Pág.

Tabla 1. Población censada en primera infancia con alguna limitación permanente	121
Tabla 2. Sentencias anteriores a la Ley 1346 DE 2009	191
Tabla 3. Sentencias posteriores a la ley 1346 de 2009”	272

RESUMEN

TÍTULO: CRITERIO QUE HA UTILIZADO LA CORTE CONSTITUCIONAL DESDE SU CREACIÓN EN 1991 PARA LAS SENTENCIAS REFERIDAS A LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL ANTES Y DESPUÉS DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 1346 DE 2009. *

AUTORES: LAURA LUCIA MORENO ALVAREZ
RAFAEL DAVID PRADA ÁLVAREZ. **

PALABRAS CLAVE: DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS, DERECHO INTERNACIONAL, PERSONAS EN CONDICION DE DISCAPACIDAD, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, ANALISIS JURISPRUDENCIAL.

DESCRIPCIÓN:

El presente trabajo de investigación, parte del reconocimiento y respeto de las personas en condición de discapacidad, su autonomía y libre decisión respecto de sus derechos sexuales y reproductivos, por lo tanto, se indaga históricamente la vulneración de los derechos hacia esta comunidad, desde la edad primitiva, hasta la edad moderna, posteriormente se analiza el ordenamiento internacional y nacional existente que protege estos derechos, enfatizando la ley 1346 de 2009 que es aquella que ratifica la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, esto para poder abordar por medio del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, las sentencias y los criterios que se han desarrollado antes y después de la promulgación de dicha ley, en decisiones que tengan que ver sobre los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad mental. Para establecer en qué medida han incidido los principios internacionales, en la evolución de los criterios de la Corte y cuál de estos criterios tiene vigencia en la actualidad, finalmente se hará un estudio acerca del proyecto de ley 027 de 2017 por medio del cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, esto para hacer énfasis en la incidencia de la ley 1346 del 2009 y como la corte constitucional marcó una diferencia para esta población vulnerable.

* Trabajo de grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Directora: Mary Verjel Causado, Abogada.

ABSTRACT

TITLE: CRITERION THAT HAS USED THE CONSTITUTIONAL COURT SINCE ITS CREATION IN 1991 FOR THE SENTENCES REFERRED TO THE SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS OF PEOPLE IN CONDITION OF MENTAL DISABILITY BEFORE AND AFTER THE ENFORCEMENT OF LAW 1346 OF 2009*

AUTHORS: LAURA LUCIA MORENO ALVAREZ
RAFAEL DAVID PRADA ÁLVAREZ. **

KEYWORDS: SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS, INTERNATIONAL LAW, PERSONS IN CONDITION OF DISABILITY, BLOCK OF CONSTITUTIONALITY, JURISPRUDENTIAL ANALYSIS.

DESCRIPTION:

The present investigation, part of the recognition and respect of people with disabilities, their autonomy and free decision regarding their sexual and reproductive rights, therefore, has been historically investigated the violation of the rights to this community, from the modern age, and the existing national and international law that protects these rights, emphasizing Law 1346 of 2009 which is the one that ratifies the International Convention on the rights of persons with disabilities, this to be able to address through the analysis of the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia, the judgments and the criteria that have been developed before and after the promulgation of said law, in decisions that have to do with the sexual and reproductive rights of people with mental disability. To establish the extent to which international principles have influenced the evolution of the Court's criteria and which of these criteria is currently valid, finally a study will be made about the project of law 027 of 2017 by means of which the regime is established for the exercise of the legal capacity of the persons with disabilities of legal age, this to make emphasis in the incidence of the law 1346 of the 2009 and how the constitutional court made a difference for this vulnerable population.

* Bachelor thesis.

** Faculty of Humanities. School of Law and Political Sciences. Director: Mary Verjel Causado, A lawyer

INTRODUCCIÓN

En esta generación han ocurrido avances destacables en cuanto a tecnología, ciencia, y alfabetización, sin embargo, debe resaltarse la responsabilidad social, moral y también jurídica de hacer visible las problemáticas invisibles, de sensibilizar los actos de discriminación que por años se han normalizado, de garantizar los derechos de quienes a lo largo de su vida han sido menospreciados, discriminados, donde ni siquiera la ley ha podido garantizar un mínimo de independencia y dignidad humana, el compromiso de los juristas es llevar humanidad y justicia en cada uno de los pronunciamientos judiciales, y con más razón en las Altas Cortes que son las encargadas de salvaguardar los derechos de la sociedad de la que hacen parte.

De ahí que, hay una clara necesidad de buscar un contrapeso contra los poderes autoritarios, contra las injusticias y los vejámenes, por esta razón se ha tratado el tema de los derechos fundamentales, y de cómo el propio Estado debe ser un medio para la realización y construcción del hombre, es decir, la existencia de una relación ambivalente entre el Estado y la protección de los derechos fundamentales.

Es destacable el avance en materia de derechos de las personas que conforman una población susceptible de discriminación, que desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 se hicieron claramente visibles, desde una perspectiva jurídica, pero también social y económica, se mostró al país, la gran diversidad cultural, social, étnica y de lenguaje que poseemos, una riqueza inconmensurable, que reivindica nuestros derechos y a partir de las diferencias construye lo que somos.

En este sentido, nuestra Constitución Política ha sido clara en determinar en el segundo y tercer inciso del artículo 13 qué:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan¹

Por lo tanto, es ineludible revisar cómo históricamente los derechos de las personas en condición de discapacidad han sido vulnerados, especialmente los sexuales y reproductivos, desde las primeras civilizaciones, las cuales basándose en libros sagrados y dioses perfectos los desecharon como impuros y sin alma, los hicieron unos con las sombras, invisibles e insalvables, hasta en los Estados modernos, que invertían en estratagemas para minimizarlos, desterrarlos y borrar de nuestros genes todo indicio de estas diferencias, que triste sería el mundo con todos los seres humanos homogenizados, marchando al unísono, ignorando toda la gama de sensaciones y pensamientos que podemos descubrir en el otro.

Por otro lado, respecto de los derechos sexuales y reproductivos (DSR)², concurren diferentes ideas preconcebidas, revestidas de un halo de tabú, determinan que las personas en condición de discapacidad (PcD)³, no deberían tener ningún tipo de contacto físico o sexual con otras personas, dado su especial condición, y en sentido contrario, otros afirman que son personas hipersexualizadas que deben ser controladas a partir de medicamentos o procedimientos quirúrgicos con el objetivo de mermar esas sensaciones que los pueden poner en situación de peligro, por actos sexuales abusivos, embarazos no deseados, o contagio de enfermedades sexuales. Quienes somos nosotros para decidir sobre los sentimientos, sensaciones y experiencias de las PcD, se quiere legislar sobre sus cuerpos, abrir grietas en sus mentes, colonizar con códigos y leyes, las indomables reglas del corazón y de la sexualidad, sencillamente porque el legislador no se ha detenido a escuchar lo

¹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE 1991. ARTICULO 13.

² De ahora en adelante al referirnos a los Derechos Sexuales y Reproductivos se usará este acrónimo.

³ De ahora en adelante al referirnos a las Personas en condición Discapacidad se usará este acrónimo.

maravilloso que tienen por decir estas personas, le ha dado prioridad a las barreras en la comunicación y ha ignorado los distintos lenguajes que nos hacen humanos.

Actualmente, los DSR de estas personas gozan de una protección legal y constitucional, puesto que, se encuentran inmersos en los Derechos Humanos y han sido desarrollados por Convenciones Internacionales, en Colombia han tenido mayor preponderancia desde la promulgación de la ley 1346 del 2009 mediante la cual se aprobó por parte del Congreso de la República la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de Diciembre del 2006.

Dicha protección debe reflejarse en sentencias judiciales que sean concordantes con los tratados y convenciones internacionales que ha suscrito el Estado Colombiano para garantizar la protección de los DSR de las PcD mental.

Por lo anterior, es menester revisar las sentencias de la Corte Constitucional respecto de los derechos sexuales y reproductivos, teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la ley 1346 del 2009, por medio de la cual se aprobó la CDPD, obedeciendo lo prescrito por el **Artículo 93** de nuestra Carta Política:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia⁴.

Finalmente, se analizara si dicha ley ha tenido incidencia en los criterios que ha usado la Corte a la hora no solo de salvaguardar los derechos sexuales y reproductivos de las PcD, si no de minimizar las barreras que han sido impuestas

⁴ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE 1991.

por la sociedad, y que fueron completamente normalizadas, desde el lenguaje común que es usado cuando se hace referencia a estas personas, hasta las sentencias de jueces constitucionales que obedecen a estas ideas comunes.

1. ESBOZO HISTÓRICO DE LA DISCAPACIDAD Y LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD

1.1 EDAD PRIMITIVA

Desde los inicios del hombre mismo, incluso mucho antes de descubrir la utilidad del fuego, del primer pensamiento racional, de los primigenios sentimientos de pertenencia a la tierra, nacieron las diferencias, aumentó la riqueza y diversidad del ser humano, pero muchas veces éstas diferencias son incomprendidas, hasta el punto de ser rechazadas. En palabras de Herman Hesse: *“La raíz de todos nuestros miedos es la ignorancia, el miedo del paso incierto y de caminar en el vacío”*⁵, expresó el reconocido escritor alemán.

Estas diferencias han forjado el camino de la humanidad, permitiendo al hombre sobreponerse a condiciones climáticas inclementes, superando tragedias naturales, incentivando la creatividad para solucionar los problemas de su época, además han sido determinadas a lo largo de las distintas etapas del ser humano y observadas desde distintos puntos de vista, dependiendo del contexto histórico, geográfico y la condición social.

Las personas en condición de discapacidad (en adelante PcD) son un claro ejemplo de estas diferencias que enriquecen, pero que por falta de conocimiento de su condición, es que se han alimentado los prejuicios, mitos y supersticiones que han derivado a lo largo de la historia en una horda de violencia sistemática y prolongada, legitimada, las más de las veces, por distintos actores políticos y sociales, siendo

⁵ HESSE, Hermann. Siddarta. Libro Digital. Consultado el: 01 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.itvalledelguadiana.edu.mx/librosdigitales/Hermann%20Hesse%20-%20Siddharta.pdf>

claro ejemplo de ello los círculos religiosos e incluso, quienes detentan el poder y ejercen el Derecho.

En la etapa primitiva del ser humano, caracterizada por una intensa lucha por sobrevivir a las inclemencias de la naturaleza o a la barbarie de otros grupos de seres humanos, las enfermedades y dolencias que aquejaban el cuerpo muy raramente eran entendidas, mucho menos las cuestiones que afectaban la psiquis del hombre; por lo tanto, cuando algún miembro de la comunidad presentaba alguno de estos padecimientos, era preferible abandonarlo a su suerte, antes de cargar con problema que iba a ralentizar al grupo o a hacerlo más susceptible a los ataques de animales feroces o de otras tribus.

A pesar de lo anterior, se han evidenciado casos en los cuales ciertas comunidades de seres humanos cuidaron de miembros que presentaban alguna discapacidad. Tal es el caso de los restos encontrados por los integrantes del equipo de investigación Centro UCM-ISCIH de Evolución y Compartamientos Humanos, en el yacimiento de la Sima de los Huesos de Atapuerca ubicado en España⁶, lugar en el que se excavó los fósiles de un individuo apodado *Elvis*, de la especie humana *homo heidelbergensis**, que habría vivido hace más de medio millón de años aproximadamente y, que presentaba un desgaste en la columna vertebral acorde con el de una persona de 45 años, lo cual lo hace uno de los fósiles más antiguos de un ser humano de avanzada edad, teniendo en cuenta que la expectativa promedio de vida en ese momento era aproximadamente de 35 años; sin embargo lo más impactante en este descubrimiento es la observancia de signos patológicos que se relacionan con deformidades en la columna vertebral y que no son nada habituales en fósiles de seres humanos tan viejos, porque ninguno alcanza una

⁶ BONMATÍ, Alejandro. El caso de Elvis el viejo de la Sima de los Huesos. Dendra Médica. Revista de Humanidades. Consultado el: 9 de Marzo de 2017. Disponible en: http://www.dendramedica.es/revista/v10n2/El_caso_Elvis.pdf

* Es una especie extinta del género *homo*, que surgió hace más de 600.000 años y, que algunos teóricos señalan como ascendiente directo del *homo neanderthalensis* y el *homo sapiens*.

edad avanzada con una discapacidad funcional de su columna tan pronunciada, tal como lo expresan los investigadores:

Elvis estaba afectado por una importante discapacidad motora, a causa de la cual andaba más despacio, daba pasos cortos, necesitaba períodos largos de descanso y tenía serias dificultades para levantar objetos pesados. Estas circunstancias le habrían impedido participar, por ejemplo, en las partidas de caza del grupo.⁷

De lo anterior se infiere que con una discapacidad de esta magnitud, no sería sencillo sobrevivir por si solo a los rigores propios de esta edad prehistórica de la humanidad; por esta razón no se puede descartar la posibilidad de que este individuo, Elvis, haya sido asistido por los demás miembros de la comunidad, velando por su salud, ofreciéndole alimento aun cuando su participación en la caza fuera nula y en general garantizando la prolongación de su existencia.

No obstante, el caso de *Elvis*, no es el único que puede brindar luces de los primeros seres humanos en situación de discapacidad y de cómo eran tratados por sus congéneres. En el mismo lugar, la Sima de los Huesos, fue hallado el cráneo de un individuo de edad inmadura, también de la especie *homo heidelbergensis*, que correspondía al de una niña fallecida a la edad de 10 años aproximadamente, apodada Benjamina, que presentaba asimetría de las suturas craneales derivada de su unión prematura. Por esta razón se le reconoce como el primer fósil de ser humano con un grave caso de *craneosinostosis*^{**}, lo que le ocasionaba una deformidad evidente a la vista de la estructura craneal y ósea, y muy probablemente trastornos motores y cognitivos, como un retraso mental y una parálisis facial parcial que de no tratarse afectaría las funcionalidades de la mandíbula, impidiendo la adecuada masticación y alterando el proceso de habla e incluso produciendo

⁷ BONMATÍ, Alejandro. El caso de Elvis el viejo de la Sima de los Huesos. Dendra Médica. Revista de Humanidades. Consultado el: 9 de Marzo de 2017. Disponible e: http://www.dendramedica.es/revista/v10n2/El_caso_Elvis.pdf

^{**} La craneosinostosis es un defecto congénito en el cual una o más suturas de la cabeza del bebé se cierran antes de lo normal lo que provoca una forma anormal de la cabeza y puede limitar el crecimiento del cerebro produciendo retraso mental.

problemas respiratorios, por ejemplo, asma y dificultad para respirar después de realizar alguna actividad física.⁸

Los investigadores mencionan que, a pesar de estas desventajas, el individuo sobrevivió más de cinco años, lo que sugiere que su condición patológica no fue un impedimento para recibir la misma atención que cualquier otro niño del género *Homo* del Pleistoceno Medio"⁹. Sin embargo, es menester hacer hincapié en las labores que tenían que realizar los diferentes miembros del grupo para garantizar lo necesario para la supervivencia de *Benjamina*, actividades tales como seleccionar alimentos de fácil masticación o incluso que algún miembro del grupo triturara previamente los alimentos para ayudar con los problemas mandibulares de la niña que le impedían tener una nutrición adecuada.

Al mismo tiempo al no desarrollarse correctamente el cerebro, las funciones motoras de *Benjamina*, se vieron seriamente comprometidas, al grado de no poder realizar actividades comunes como las de caminar o mantener el equilibrio, por lo que, es probable y presumible que la niña estuviera constantemente postrada o gateando, por lo tanto nuevamente los miembros de la comunidad debían invertir tiempo en cuidarla, e idear formas de movilizarla de un lugar a otro, teniendo en cuenta que, muy probablemente pertenecían a una comunidad nómada y cazadora.

De lo anterior se concluye que, en algunas de las primeras comunidades de seres humanos se trataba de la forma igualitaria a los miembros que tuvieran alguna discapacidad ya sea física o mental, incluso cuando su condición de discapacidad era evidente, garantizando incluso su cuidado y supervivencia por más de 45 años, lo que contraría la noción que se tiene popularmente de que, sin importar las

⁸ CUCALA, Marta. La discapacidad en la prehistoria. Fórum de recerca. Consultado el: 9 de Marzo de 2017. Disponible en: www.repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/132168/10.%20Cucala%2c%20Marta%20-%20La%20discapacidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁹ RIVERA, Alicia. Atapuerca cuidó de *Benjamina*. Diario el País. Consultado el: 10 de Marzo de 2017. Disponible en: http://elpais.com/diario/2009/03/31/sociedad/1238450407_850215.html

condiciones externas o las latitudes geográficas, los primeros seres humanos experimentaban una clase de crueldad innata que los convertía en criaturas barbáricas, frías y sin ningún sentido de altruismo, las cuales ignoraban todo cuanto fuera posible para sobrevivir un día más en un mundo hostil.

Ahondado a lo anterior, los investigadores han descubierto fósiles de huesos de *neandertales* con fracturas que posteriormente habían sido curadas, lo que permitiría concluir que, algunos grupos de *neandertales* protegían y cuidaban de sus enfermos y heridos¹⁰, y en los casos de fallecimientos en la comunidad, se han encontrado rastros de polen en los lugares donde se hallaban los restos del difunto. Este planteamiento encuentra sustento en la siguiente afirmación de Nuria Herrero Lapaz:

Basándose en estudios comparativos de flores delimito incluso la fecha del enterramiento describiéndolo entre mayo y junio de hace 50.000 años cuando un grupo de Neandertales pusieron a un contemporáneo suyo en una especie de lecho formado por una serie de flores blancas, amarillas y azules con ramas verdes.¹¹

Sin embargo, no solo se encontraron rastros de polen provenientes de flores cercanas, sino también herramientas que presuntamente pertenecían al difunto, además de distintos objetos que fueron denominados como ajuares y adornos que acompañaban el cadáver que había sido depositado en posición fetal en pequeñas depresiones naturales del terreno.¹²

¹⁰ CADENA Monroy, Luis Álvaro. ¿Una nueva especie homo?. Revista colombiana de Bioética. Consultado el: 11 de Marzo de 2017. Disponible en: http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/Revista/pdf_revistacolbio/revcolbio10_2.pdf#page=11

¹¹ HERRERO Lapaz, Nuria. Los neandertales los grandes marginados de la evolución humana. Revista Atlantica-Mediterranea de Prehistoria y Arqueología social. Consultado el: 13 de Marzo de 2017. Disponible en: <http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/8971/17214737.pdf?sequence=1> pág. 44

¹² SANCHEZ, Luis Manuel. Nómadas en los barros: Los primeros pobladores de Villafranca. El Hijoal. Consultado el: 15 de Marzo de 2017 pág. 21. Disponible en: <https://amuvimuseovillafranca.files.wordpress.com/2013/11/el-hinojal-n2-remuvi-mayo-2014.pdf>

Aunque se desconoce si los neandertales poseían algún sistema de creencias que los impulsara a realizar este tipo de ceremonias funerarias, es destacable la relevancia que le daban a sus compañeros fallecidos. Sin distinguir entre sus condiciones físicas o mentales, todos recibían un mismo tratamiento *post mortem*, lo que indica que dentro de su cosmovisión de la vida y la muerte, no realizaban acepción de individuos, dicho comportamiento es imposible no contrastarlo con los posteriores sistemas religiosos que surgirían millones de años después, los cuales desde sus textos sagrados marcaban una clara diferenciación entre individuos sanos y enfermos, y como esto afectaba su vida y muerte.

Estos descubrimientos cobran relevancia a la hora de analizar el trato humanitario que recibían las personas con algún tipo de lesión que los incapacitara a realizar las labores cotidianas o propiamente seres humanos en condición de discapacidad, por parte de su grupo, quienes no ejercían ningún tipo de rechazo hacia aquellos, ni siquiera en el ocaso de su existencia cuando bien podían confinarlos en alguna cueva o dejarlos abandonados a su suerte, sino que demostraban el interés por mantenerlos el mayor tiempo en las condiciones necesarias para su subsistencia, este comportamiento debe rescatarse de los libros de arqueología y analizarse como una reivindicación de los antepasados del ser humano moderno que en forma indebida han sido tildados de salvajes, inhumanos y crueles llegando a tal punto de dar a la palabra primitiva una característica peyorativa.

1.2 EDAD ANTIGUA

Con el paso de los milenios, hasta hace aproximadamente 13.000 años cuando el ser humano abandonó las cuevas para conformar grupos y comunidades cada vez más numerosos, ocupando extensos territorios, organizándose bajo un mismo idioma, costumbres y conjunto de creencias, los cuales generaban un sentimiento

de pertenencia a una zona, o de reverencia a una autoridad superior, como un líder político o religioso, los cuales determinaban los lineamientos y leyes que deberían ser obedecidos por la comunidad, desde los actos cotidianos que se tornaban más seculares, hasta aquellos con contenido eminentemente ceremonial y hasta divino, cuyo objetivo era escapar de la ira de los dioses y deidades.

Para dichas comunidades la ira de los dioses podía manifestarse a través de catástrofes naturales que arrasaban con sus cultivos, o en el ataque inevitable de un pueblo enemigo, pero también en el nacimiento de niños que presentaran alguna disminución física o mental. Por regla general, en casi todas las culturas antiguas las características físicas de las personas eran exaltadas como un culto a la belleza o a la fuerza física, por lo cual, las PcD eran rechazadas. Sin embargo, el tratamiento que se daba en cada cultura, difería en el nivel de crueldad de los métodos usados y de lo dictaminado por cada autoridad religiosa o libro sagrado.

Verbigracia, en la *polis* griega de Esparta en el año 650 a.c, los infantes eran sometidos a una rígida eugenesia de Estado, la cual consistían en presentar al niño ante una comisión de ancianos quienes examinaban minuciosamente a los menores; aquellos que no cumplían con las características físicas adecuadas al canon de belleza espartano o que simplemente eran considerados como no aptos por presentar algún tipo de discapacidad física, eran lanzados al vacío por los ancianos de la polis desde el monte Taigeto, con el pretexto de mantener una superioridad racial y proteger la estirpe guerrera y dominante que los había caracterizado por siglos y que les había dado la hegemonía y el control de sus territorios¹³.

¹³ GOMEZ Frode, Carina. Eugenesia: moralidad o pragmatismo. Gaceta Médica de México. Consultado el: 25 de Abril de 2017. Disponible en: http://www.anmm.org.mx/GMM/2013/n4/GMM_149_2013_4_476-480.pdf

Este tipo de ideas eugenésicas, se mantendrán vigentes en los siglos venideros, ocultas a simple vista dentro de ordenamientos jurídicos aparentemente legítimos, o ejecutadas desde las sombras por organizaciones religiosas o de limpieza social, en muchas ocasiones ajenas al fin del Estado e incluso, dirigidas por este mismo de manera clandestina ignoradas por la sociedad y defendidas por los supremacistas raciales, quienes seguirán esperando el momento oportuno en el cual puedan llevar a cabo estos vergonzosos actos.

En la cultura hebrea se señalaba negativamente a las personas con algún tipo de discapacidad, en algunos casos hasta prohibiendo su participación en las ceremonias sagradas, como se observa de la descripción de la Torá, en el Libro de Levítico 21: 16-20

Y Jehová habló a Moisés, diciendo: Habla a Aarón y dile: Ninguno de tus descendientes por sus generaciones, que tenga algún defecto, se acercará para ofrecer el pan de su Dios. Porque ningún varón en el cual haya defecto se acercará; varón ciego, o cojo, o mutilado, o sobrado, o varón que tenga quebradura de pie o rotura de mano, o jorobado, o enano, o que tenga nube en el ojo, o que tenga sarna, o empeine, o testículo magullado. Ningún varón de la descendencia del sacerdote Aarón, en el cual haya defecto, se acercará para ofrecer las ofrendas encendidas para Jehová. Hay defecto en él; no se acercará a ofrecer el pan de su Dios.

Además de la prescripción tajante en la Ley Mosaica, en la cultura y tradición hebrea, el discapacitado era un ser que sufría un castigo divino a causa de los pecados que hubieren cometido sus padres o el. Además, su situación podía obedecer a alguna posesión demoniaca o maldición, lo que derivaba en un fuerte rechazo por parte de la comunidad y, finalmente eran sacados de las ciudades sin oportunidad de acercarse a su Dios, ni a los hombres. Sin embargo, con el paso de los años, aproximadamente hasta que el imperio Romano conquistara a los hebreos, esta exclusión radical se vio mermada por la influencia de otras culturas y filosofías que, aunque no propugnaban una inclusión total a la sociedad, si contribuían al mejoramiento del trato hacia las personas en condición de discapacidad, tal como lo enuncia María Luisa Sartori de Azocar:

Las tradiciones religiosas judía y cristiana mantenían algunas características basadas en principios y valores de la cultura greco-romana. La cultura judía del mundo antiguo influida por la sociedad griega, entendía las discapacidades como algo impío por haber obrado mal, pero se diferenciaba de las otras religiones de la época, en que prohibía el infanticidio; esto influyó luego en el Cristianismo y el Islam. Su costumbre era cuidar de los enfermos y de los menos afortunados mediante limosna y el cuidado directo.¹⁴

En consonancia con lo anterior, en la India, en el libro de las Leyes de Manú en Precepto 149, del Libro Séptimo reza que:

Los hombres idiotas, mudos, ciegos o sordos, los pájaros habladores, como el loro y la sarika, las gentes de avanzada edad, las mujeres, los bárbaros (Mlechhas) los enfermos y los lisiados, deben ser apartados en el momento de la deliberación.¹⁵

De lo anterior se puede concluir que dentro de esta cosmovisión religiosa y social, los discapacitados tanto mentales como físicos, eran considerados en ocasiones específicas de igual valor que un ave parlanchina, prohibiéndoles en ambos casos su comparecencia a la hora de las deliberaciones; esto demuestra no solo la discriminación que se ejercía, sino también la nula oportunidad que tenían estas personas de ser escuchadas, de alzar su voz para reclamar algún derecho, dado que, esta tendría el mismo valor que el canto de un pájaro.

A pesar de esto, no todas las civilizaciones antiguas tenían tratos despectivos con las personas que presentaban alguna discapacidad, incluso algunas como la egipcia, propugnaban una serie de rituales con el fin de garantizar el mejoramiento en la calidad de vida de la persona que presentara alguna discapacidad:

En el antiguo Egipto había individuos con limitaciones o insuficiencias, y de nuevo es dudoso que los egipcios descuidaran a dichas personas. La presencia de parálisis en ese pueblo está representada en relieves de individuos adultos con una pierna más corta que la otra, quienes se sirven de un bastón como ayuda para caminar; hay

¹⁴ SATORI de Azocar, María Luisa. Discapacidad y Representaciones Sociales de la Educación Especial a la Educación Inclusiva. 1ª edición. Universidad Nacional de San Juan, 2010. Consultado el: 15 de marzo de 2017. Disponible en:

<http://www.unsj.edu.ar/descargas/institucional/comisionDiscapacidad/libroSartoriMariaLuisa.pdf>

¹⁵ Leyes de Manu, Libro Séptimo. Conductas que deben observar los reyes y la clase militar.

igualmente relieves que ilustran músicos ciegos, y en las pinturas de las tumbas o en las esculturas aparecen enfermos aquejados de malformaciones o ancianos, lo que demuestra que los egipcios no se burlaban de estos individuos sino que recibían su atención; además, las malformaciones de los monarcas egipcios –como el caso del pie torcido del rey Siptah (1100 a. de C.)–, o las manos acalambradas por lesión craneal encontradas en la momia de un rey que murió hacia el 1700 a. de C, no tenían consecuencias en el orden político, ni se les consideraba como reyes inferiores debido a ello.¹⁶

Esto reafirma la excepción a la idea generalizada y preconcebida que se tiene acerca de la mayoría de civilizaciones antiguas, de que poseían comportamientos bárbaros e irracionales que, al menor indicio de discapacidad en algún habitante de su comunidad, ejercían un juicio sumario u orden religiosa para terminar con su vida, sin embargo, los egipcios demostraron que a pesar de las condiciones y pocos conocimientos médicos de los que se disponía en aquellos tiempos, existía una preocupación real por las personas en condición de discapacidad, a tal punto de crear tratamientos médicos rudimentarios o cuidados espirituales para los oprimidos.

En Roma, a partir de la Ley de las Doce Tablas (540 A.C), específicamente la Tabla IV, reza que, “*debe matarse de inmediato a un niño extremadamente deforme*”¹⁷, es decir, los padres tenían el derecho total sobre sus hijos, incluso la potestad de disponer de su vida como bien les pareciese. Teniendo en cuenta lo anterior, se esperaría un comportamiento similar a la cultura espartana; sin embargo tal como lo enuncia Ricardo Hernández Gómez:

¹⁶ JUAREZ Acosta, Fernando. Aceptación o rechazo: Perspectiva histórica sobre la discapacidad, la rehabilitación y la psicología de la rehabilitación. Psicología y Salud. Consultado el: 9 de febrero de 2017. Disponible en: <http://revistas.uv.mx/index.php/psicysalud/article/viewFile/771/1380>

¹⁷ ESCOBAR, Federico. Práctica de Derecho Romano: Personas y Bienes. Consultado el: 15 de febrero de 2017. Disponible en: https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/5258/1/6apendices.pdf

La muerte del niño deforme no era lo habitual, sino que se le abandonaba en las calles, o bien se le dejaba navegar por el Tíber, introducido en un cesto, para pasar a las manos de quien le utilizase, bien como esclavo, bien como mendigo profesional.¹⁸

La expresión mendigo profesional hace referencia a la costumbre que inicia en Roma, la cual consistía en incrementar las deformaciones de las personas, con el fin de causar mayor lástima y obtener mejores limosnas de los ciudadanos, además de todo un comercio de niños en condición de discapacidad desde el nacimiento o por ser infringida a voluntad.

Aunado a lo anterior, desde el punto de vista jurídico, el procedimiento que se daba a las personas con discapacidad consistía en la regulación de los efectos civiles de determinadas formas de discapacidad, usando la institución jurídica de la curatela, haciendo la distinción entre los *furiosi* y los *mente capti*, tal como lo enuncia Alfredo Di Pietro, cuando menciona que el *furiosus* es aquel que tiene alteradas las facultades mentales, mientras que el *mente captus*, es el insuficiente mental y, donde radica su diferencia es en la posibilidad de intervalos lúcidos que tiene el primero, en el cual los actos realizados son válidos y en contrario sensu son imposibles para el segundo¹⁹. Además, refiriéndose a la curatela menciona que:

Esta institución aparece ya en la ley de las XII tablas a propósito del *furiosi* y del *pródigo*. En el primer supuesto, el poder del *curator* ancla, a la persona y los bienes del enfermo mental, mientras que en el segundo la curatela se limita al patrimonio heredado por el *pródigo*. No se requería intervención judicial: al producirse el desequilibrio mental surgía, *ipso iure*, la incapacidad y la consecuente necesidad de curatela.²⁰

Posteriormente, con el surgimiento de la nueva religión del cristianismo en la que se predicaban nuevas ideas basadas en el reconocimiento del hombre como máxima creación de Dios y la aceptación del prójimo, las personas en condición de

¹⁸ HERNÁNDEZ Gómez, Ricardo. ANTROPOLOGÍA DE LA DISCAPACIDAD: Un enfoque humanístico de la discapacidad. 2001. Consultado el: 15 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Lectura%203.8.18.antrop.discapac.pdf

¹⁹ DI PIETRO, Alfredo. Manual de derecho Romano. Cuarta edición, pág., 82.

²⁰ Ibid., pág., 245.

discapacidad, los desvalidos, los que habían sido rechazados por tantos años, tenían una nueva posibilidad de ser aceptados por la sociedad, teniendo en cuenta que esta nueva ideología estaba conquistando los mismos territorios que el imperio romano y que los nuevos evangelios en diversas historias buscaban desvincular la hasta ahora ya muy conocida dupla indisoluble de discapacidad y pecado, tal como se evidencia en el siguiente pasaje neotestamentario:

Vio, al pasar, a un ciego de nacimiento. Y le preguntaron sus discípulos: "Rabí, ¿quién pecó, él o sus padres, para que haya nacido ciego?". Respondió Jesús: "Ni él pecó, ni sus padres; es para que se manifiesten en él las obras de Dios" (Juan, 9: 1-3).

Sin embargo esta nueva idea de transición no se llevó a cabo de forma completa, tal como hace mención Francisco Guzmán Castillo:

El Cristianismo, por su parte, no acabó con la sombra de maldición divina que recaía en la persona con discapacidad, pero le asignó un nuevo rol social junto a pobres y marginados, el de sujeto de compasión. Los que sobrevivían lo hacían mendigando, apelando a la caridad, o como objetos de diversión, en los márgenes más externos de la periferia social. Aunque fueran susceptibles de tener alma, estas personas continuaban viviendo condenadas por un pecado cuya signatura era su limitación física o mental.²¹

Aunque las personas en condición de discapacidad seguían siendo rechazadas, esto no impidió que se crearan las primeras instituciones con el objetivo de atender y mejorar su situación, conocidas como *Nosocomios*²², e instauradas por el emperador Constantino estos lugares buscaban emular a los primeros hospitales los cuales brindaban techo, ofrecían alimentación y ayuda espiritual a las personas con algún tipo de discapacidad física o mental.²³

²¹ GUZMÁN Castillo, Francisco. El Binomio Discapacidad – Enfermedad. Un análisis crítico. Revista Internacional de Humanidades Médicas. Fundación Iatrós. Consultada el: 16 de marzo de 2017. Disponible en: http://uvsalud.univalle.edu.co/escuelas/rehabilitacion/Logros/Publicaciones/585_el_binomio_discapacidad-enfermedad._un_analisis_critico.pdf

²² Hospital de enfermos y casa que servía para acoger pobres y peregrinos por tiempo limitado.

²³ Universitat de les Illes Balears. España: Artículo. Consultado el: 17 de marzo de 2017. Disponible en: http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/Historia.cid220290

1.3 EDAD MEDIA

Con la caída del imperio romano en el año 492 se da inicio a la Edad Media, un período de la historia que usualmente se relaciona con actos bárbaros, violentos y oscuros, en la que era el cristianismo el que influenciaba todas las esferas sociales incluyendo la jurídica, teniendo en cuenta que las leyes que tenían mayor preponderancia eran las divinas, y estos eran tomados como dogmas irrefutables que no tenían el respeto mínimo por la dignidad humana.

Aunque en este período se conservaban algunas tradiciones romano germánicas, y unos contrastes en lo referente al trato social y cultural que se les daba a las personas en situación de discapacidad, por un lado los avances médicos que habían sido descubiertos por los griegos y los romanos, fueron retomados por las escuelas árabes, resaltando la labor llevada a cabo en la antigua Bagdad, tal como lo enuncia Fernando Juárez Acosta y sus investigadores:

Los árabes mantuvieron viva la medicina griega y romana, así como las prácticas hospitalarias antiguas, fundándose en el año 765, en Bagdad, un manicomio para enfermos mentales que proporcionaba alojamiento, alimentación con dieta especial y tratamiento a base de música, danza, teatro, baños, trabajo y control mensual, poniendo así de manifiesto una consideración especial a estos enfermos.²⁴

Aún existía un sistema rudimentario el cual contenía normas que no regulaban la vida en sociedad, sino que castigaban a quienes infringían la ley, cuyas penas eran comunmente multas, castraciones, la tortura como un sádico espectáculo público o en muchas ocasiones la muerte.

²⁴ Psicología y Salud, Vol. 16, Núm. 2: 187-197, julio-diciembre de 2006

Durante este período considerando que ocurren retrocesos en el sistema jurídico a su vez se dan avances en la medicina, las matemáticas y el arte pues en esta se da el nacimiento del estilo gótico y románico. Es importante resaltar dicho progreso puesto que así, como hubo contradicciones entre lo cultural y lo social, lo está en lo referente a el trato dado a las personas en condición de discapacidad, toda vez que a lo largo de este período existen variaciones que dependían del país y del contexto social en el cual se encontraban.

Cuando es instaurada la inquisición, en el año 1230 aproximadamente, el monje jurista Graciano considerado padre del derecho canónico con su obra *Concordia discordantium canonum* el concepto de pecado y de posesión diabólica quedan institucionalizados constituyendo ideología dominante se transcribe qué:

Aceptado extraoficialmente por la Iglesia declaraba que "*todo ser humano concebido por el concubinato de un hombre con una mujer nace con el pecado original, es reo de impiedad y muerte y, por lo mismo, hijo de la ira*"²⁵. Esta situación fomentó sentimientos de impureza y culpa por lo que muchos hijos no deseados o en condición de discapacidad mental son dejados en las calles para morir, pues como afirma Scheerenberger²⁶, "*Ninguna persona mentalmente diferente de la norma se escapaba de la acusación de brujería*".

En Francia son construídas fortalezas y torres amuralladas para ocultar a personas nacidas con discapacidad física, mental o sensorial, sin embargo años después empiezan a ser exhibidos en espectáculos circenses para diversión, o para mostrar que estas personas llamadas fenómenos y monstruos eran una señal de castigo enviada por Dios²⁷.

²⁵ GRACIANO. Concordia discordantium canonum. Año 1150.

²⁶ SCHEERENBERGER RC. A history of mental retardation.

²⁷ DI NASSO, Patricia. Mirada Histórica de la Discapacidad. Edición de la Fundación Cátedra Iberoamericana, 2004. Consultado el 27 de marzo de 2017. Disponible en: http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/

A menudo las personas en condición de discapacidad era relacionados con demonios, brujería y pecados, tal es el caso en lo expuesto en *El Malleus Maleficarum* el manual más importante y autoridad irrefutable usado por todos los jueces y sacerdotes de la Inquisición, en este compendio se les considera hijos del pecado y del demonio indicando qué:

En ocasiones el uso de la razón está encadenado por entero; y esto puede ejemplificarse con ciertas personas defectuosas por naturaleza, y con los locos y los borrachos. Por consiguiente, no es extraño que, con el permiso de Dios, los demonios puedan encadenar la razón; y a esos hombres se los llama delirantes, porque sus sentidos han sido arrebatados por el demonio.²⁸

Como puede apreciarse, la situación de las personas en condición de discapacidad en la Edad Media, crean en la sociedad sentimientos de zozobra y de temor hacia esta población pues era la demonología un rasgo definitorio de la Edad media en el tratamiento que se hacía a la locura, considerada como hechicería siendo las personas en condición de discapacidad segregadas entre los miembros de la comunidad. Sin embargo, en las cortes de los primeros feudos estas personas eran tomadas para entretener a los señores feudales causando diversión y mofa lo que amplió igualmente la brecha social y la discriminación.

En el año 1409 el Padre Fray Joan Gilabert Jofré, quien nació en Valencia en 1350 y falleció en 1417, fundó el primer hospital psiquiátrico del mundo, tras presenciar un acto bárbaro hacia una persona en condición de discapacidad, esta fue una institución benéfica que acogió a 400 enfermos mentales de ambos sexos, 350 dementes y 480 recién nacidos, así como un lugar en el que se acogían prisioneros de guerra y esclavos. Estos eran asistidos por nueve eclesiásticos, cuatro médicos un cirujano, cuatro practicantes y 50 hermanas de la caridad²⁹. Otro hospital que

²⁸ KRAMER Heinrich. SPRENGER Jacobus. *Malleus Maleficarum*. El Martillo de los Brujos. Consultado el: 12 de marzo de 2017. Disponible en: <http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusEspanol1.pdf>

²⁹ El primer manicomio del mundo. Consultado el: 12 de marzo de 2017. Disponible en: <http://medicablogs.diariomedico.com/psiquinfantojuvenil/2009/03/01/el-primer-manicomio-del-mundo/>

acoge enfermos mentales es el Bethlem Royal Hospital de Londres, fundado en 1247, que, como muchos hospitales de ese tiempo, iniciaron como órdenes religiosas, pero que con el paso de los años, fueron recibiendo a personas cada vez más necesitadas, hasta convertirse finalmente en un asilo para lunáticos³⁰. Sin embargo, este acontecimiento, no es fortuito, todo se debe a las frecuentes guerras contra reinos árabes, invasiones nórdicas, cruzadas en Medio Oriente y a las grandes epidemias como la peste negra, gota, lepra, fuego de San Antón^{***} que azotan el continente pues con está se aumenta el número de personas en condición de discapacidad las cuales no tienen lugar donde vivir, por lo que se incrementa la mendicidad y el asilo de la iglesia por caridad se convierte en la única posibilidad de existencia de está población, esto también se da por la creación de las cofradías³¹ como agrupaciones religiosas que realizan actos de culto y que por otra parte brindan asistencia en situación de enfermedad, invalidez, vejez o muerte, está asistencia es tanto espiritual como económica. Y tiene como base las enseñanzas bíblicas del nuevo testamento como:

³⁰ RUGGERI, Amanda. Bedlam: el hospital psiquiátrico londinense que se convirtió en un “palacio para lunáticos” en el siglo XVII. Revista BBC Mundo. Consultado el 10 de Abril de 2017. Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/vert-cul-38517703>

^{***} **Peste Negra:** Esta enfermedad provocada por la pulga de la rata negra, fue traída desde China por los navegantes genoveses el año 1347. Se expandió con tal rapidez que el año 1350 toda Europa estaba infectada con este mal. Se presentaba principalmente en forma bubónica, en la cual al afectado le salían bubones en las ingles, las axilas y el cuello. Los afectados morían aproximadamente al cabo de una semana. También se presentaba en forma pulmonar afectando a las vías respiratorias, y de forma septicémica, sin duda la más grave, que causaba hemorragias cutáneas con placas de color negro azulado, lo cual explica el nombre. Los infectados con esta forma de la peste morían en tres días. **Lepra:** Llegó a afectar al 4% de la población. El enfermo era separado de la comunidad, al confirmarse que padecía esta enfermedad se le decía una misa de difuntos y su familia le acompañaba en algo parecido a una procesión a la leprosería, ya que se le consideraba un muerto en vida, perdía todos sus derechos civiles y sus bienes pasaban al hospital que lo recibía. Como síntomas físicos para diagnosticar esta enfermedad se consideraba la pérdida de las cejas, los ojos saltones, hinchazón en la nariz, color amoratado en la cara, nódulos junto a las orejas, piel de la frente tensa y brillante, los dedos de los pies pequeños y la voz ronca. **Fuego de San Antón:** Producida por un exceso de ergotina, sustancia segregada por un hongo que se cría en el centeno en mal estado. El afectado sentía como si un fuego le abrasara interiormente hasta hacerle enloquecer de dolor. Produce el engangrenamiento de las extremidades, con el desprendimiento de los miembros y finalmente la muerte. Enfermedades de la Edad Media. Consultado el: 25 de mayo de 2017. Disponible en: http://iesleopoldocano.centros.educa.jcyl.es/aula/archivos/repositorio/0/5/html/web/etapa4/enfermedades_medio.html

³¹ TELLO, Hernández Esther. Aportación al estudio de las cofradías medievales y devociones en el reino de Aragón. Colección estudios de historia. Libro Consultado el 13 de marzo de 2017. Disponible en: http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/20/_ebook.pdf

Recordando el mensaje de Jesucristo de que todos los hombres son iguales ante Dios, las bienaventuranzas (Lucas, 6:20-21), las consideraciones sobre el juicio final (Mateo, 25:34-40), la respuesta de Jesús a la pregunta de "*¿Quién ha pecado para que este hombre esté ciego, él o sus padres? Ni él ni sus padres*" (Juan, 9:1-3), los principios de amor, misericordia, entrega y sensibilidad hacia los niños, las curaciones de sordos, ciegos, epilépticos, paralíticos, leprosos, la exorcización de las influencias demoníacas y el "principio de los humildes" (Lucas, 9:46-48),

Está es una postura que va adoptando tanto la iglesia como la sociedad, pues con la creación de orfanatos, hospitales y asilos, se recibe protección a esta población lo que implica el rol lastimero o por caridad pues a pesar de estar en un lugar cuyo objeto era su encierro, al hacerlo no se buscaba con esto una rehabilitación, sino su marginación, lo que está lejos de una inclusión social y la constitución de una vida digna para las personas en condición de discapacidad.

Es así como puede visualizarse que la iglesia, por una parte rechazaba y calificaba a las personas en condición de discapacidad como hijos de Satanás, herejes, brujos e indignos de pertenecer a la sociedad, creando así sentimientos de culpa hacia los familiares de estos quienes osan abandonarlos a su suerte o cometían infanticidio, pero también existía un ala de la iglesia cuyos sacerdotes se compadecían y por caridad daban hogar y protección a las personas en condición de discapacidad como se menciona ocurre la creación de hospitales y asilos para al menos asegurar la vida y condiciones mínimas siguiendo las enseñanzas de Jesús en los pasajes bíblicos del nuevo testamento en donde dicta que a estos debe brindárseles amor, misericordia, entrega y sensibilidad.

1.4 EDAD MODERNA

El paso del mundo medieval al mundo moderno se encuentra como más que una época de la historia, en la que se debilita el feudalismo y el poder de la iglesia, un fenómeno complejo que tuvo gran relevancia llamado Renacimiento y que se inicia con el descubrimiento de la imprenta y cuyo fin es el rescate de la cultura grecolatina que fue olvidada tras la caída del imperio romano esta ocupa dos Siglos el XVI y el XVII. Como se menciona la imprenta fue esencial pues se da la difusión de libros los cuales son un paso del hombre hacía el conocimiento ya que este siente necesidad de aprender y saber contrario a la edad media en la que el pueblo en su mayoría era analfabeto y la cultura se encontraba encerrada en iglesias y monasterios.

Por lo tanto con este movimiento se da el redescubrimiento del hombre como individuo, cuyo fin es el conocimiento de las ciencias, artes, técnicas y filosofía resultantes de la observación, es así como se va liberando de las creencias religiosas comprendiendo la realidad a través de la razón, la percepción del mundo con armonía es decir, con exaltación a la naturaleza.

Y más aún se exalta la imagen misma del hombre, el Antropocentrismo cobra preponderancia y la razón toma el lugar de la fe en la sociedad, ya no se obedece ciegamente a la Iglesia, con sus dogmas y creencias basadas en mitos, sino que se recurre al método científico como principal fuente de experimentación, reflejando la curiosidad del ser humano, por los fenómenos físicos, químicos, anatómicos y astronómicos.

Con el inicio de la llamada Revolución Científica, entre los siglos XVI y XVII, se propicia a que esta sea una época que impulsa el estudio de la anatomía humana rindiéndose culto a la belleza y al cuerpo, por lo que se hacen cuestionamientos

acerca de las deformidades, enfermedades y disfunciones del aparato locomotor y también la forma de resolverlos empezando así a hacerse una clasificación del estado en que se encontraban las personas en condición de discapacidad y entendiendo que algunos pueden mejorar con medicamentos o con tratamientos que se adecuen a la enfermedad que padecen. También se propicia la creación de prótesis y aparatos ortopédicos.

Es así como la llegada de la Edad Moderna supone la transformación de la mentalidad del hombre, quien se convierte en un individuo liberado de toda preocupación religiosa, y empieza a hacer grandes descubrimientos en las artes, las ciencias, las letras y toda forma de pensamiento, es así como se inician investigaciones para la educación de las personas en condición de discapacidad tal como lo hace el psiquiatra francés Esquirol³² quien realiza un estudio exhaustivo de los centros para lunáticos existentes en Francia.

Ahondado lo anterior, Esquirol presenta un artículo en el que describe las pésimas condiciones de vida de las personas en condición de discapacidad en Francia. Esquirol además de esto, realiza grandes aportaciones al saber psiquiátrico, como lo es el diagnóstico de personas que presentan cuadros clínicos aparentemente normales, tales como los cleptómanos, pirómanos, monomaníacos homicidas, dando trascendencia con su trabajo a la profesión misma, pues resultaban claras las repercusiones que se podrían presentar tanto para estas personas como para la sociedad.

³² ESQUIROL Dominique, Jean Étienne. Las pasiones consideradas como causas, síntomas y medios para curar casos de locura. Pág 198. ISBN: mkt003132322.

Otro era el panorama en la descubierta América³³, en donde antes de la conquista los mayas de centroamérica trataban con gran bondad a las personas con discapacidad física o a los ancianos que no podían valerse por sí mismos. Así también sucedía en Norteamérica en donde las personas de la comunidad que estaban impedidas eran cuidadas por los demás, aunque esto fuera en contra de los intereses de la misma;

A su vez, era costumbre en el pueblo Inca, que se amputarían las extremidades de sus miembros cuando existía indicio de alguna infección o enfermedad entonces para compensar dicha limitación por ejemplo en una pierna, realizaban un tipo de bastón que servía como ayuda y apoyo, sin embargo la situación cambia cuando llegan los españoles con su proceso de colonización, pues estos hacen una esclavización generalizada entre los pueblos indígenas, situación que lleva al comercio de los mismos entre los portugueses, ingleses, franceses y holandeses, quienes daban un menor precio por los esclavos, si se encontraban enfermos, o de avanzada edad, existía la discriminación pero no la marginación pues estas personas eran de utilidad para ellos siempre y cuando pudiera desplazarse³⁴.

En los inicios del Siglo XVI, aparece en Europa un hombre que marca la diferencia, Martín Lutero³⁵ monje agustino fue un teólogo alemán y el principal dirigente de la reforma debido a las críticas que le hace a la Iglesia Católica, tales como su corrupción, el pago de indulgencias a cambio del perdón de los pecados, las riquezas y lujos en los que vivía el clero además de la degradación que daba la

³³ ANGEL, Miguel. La esclavitud de indígenas y negros en la época colonial. (En línea). Consultado el: 04 de abril de 2017. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/expertos/articulo/la-esclavitud-de-indigenas-negros-en-la-epoca-colonial/324348>

³⁴ VALENCIA, Luciano Andrés. Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la Lucha por sus Derechos. 2014. Consultado el 30 de marzo de 2017. Disponible en: <http://www.rebelion.org/docs/192745.pdf>

³⁵ National Geographic España. Artículo. Consultado el 16 de marzo de 2017 Disponible en: http://www.nationalgeographic.com.es/historia/actualidad/la-vida-de-martin-lutero_7744

iglesia a las personas a causa de su condición social, todo esto podía percibirlo directamente ya que antes de que empezaran sus cuestionamientos hacia la Iglesia.

Por supuesto estas afirmaciones, le valen su excomunión y a pesar de sus múltiples llamados por parte de la la iglesia para que rectificara estas críticas, Lutero se mantenía firme en su posición y continuaba rechazando las autoridades eclesiásticas³⁶, indicando así que para ser salvos bastaba con tener fe y no comprando las indulgencias como se acostumbraba, hacer lectura de las escrituras usando la razón teniendo en cuenta que la biblia es la única autoridad de fe, es por esto que realiza la primera traducción de la biblia del latín al alemán lo que ocasiona que posteriormente se realizaran múltiples traducciones y con ayuda de la imprenta divulgando de la palabra de Dios en todo el mundo para que no existiera ningún intermedario que la interpretara a su antojo.

Esta doctrina se conoce como luteranismo y con esta se da inicio a la creación de iglesias protestantes por Europa, las cuales debido a sus innovadoras ideas y nuevas teorías religiosas, son apoyadas por los príncipes quienes cuando Lutero proclama la independencia de las iglesias nacionales, se unen al movimiento reformista lo que facilita su expansión, a pesar de esto, la reforma no supone un alivio para las personas con discapacidad, Lutero es sumamente duro con ellos denunciándolos como habitados por Satanás, proclamando que ve el diablo en los niños discapacitados y que recomendaba su muerte³⁷. Lo anterior permite hacer énfasis que a pesar de los cambios políticos, religiosos y culturales que ocurrieron durante el renacimiento, existían vertientes que rechazaban a las personas con discapacidad

³⁶ LUTERO, Martín. Traducido por: CAMACHO, Harold Ph. Comentario sobre la epístola de los Gálatas 1535.

³⁷ AGUADO Díaz, Antonio León. Historia de las deficiencias. Madrid. Escuela Libre Editorial. Fundación Once, 1995. Pág. 64.

A pesar de que con la Reforma son clausuradas muchas instituciones benéficas propiedad de la iglesia, se abren nuevas clínicas y hospitales, cuyo fin es la atención a niños, ciegos, sordos y con retraso mental logrando así su reeducación para la realización de las actividades cotidianas, todo esto a cargo del Estado pues en el año 1601 la reina Isabel de Inglaterra implementa la ley de pobres³⁸, el cual crea un sistema nacional de asistencia y que a su vez es una medida para brindar ayuda tanto a personas de escasos recursos económicos como a personas en condición de mendicidad, esta estuvo vigente hasta el año 1834, es tomada como referente para los países de Europa los cuales crean reglamentos que incluyen a las personas en condición de discapacidad sin fines de lucro, sino por el contrario para acabar con la desigualdad social.

El humanista y filósofo Juan Luis Vives, fue un gran precursor de la protección y atención de las personas de escasos recursos económicos y de las personas en condición de discapacidad durante esta época. Era cada vez más frecuente la propagación de enfermedades, y por esto Vives empieza a clasificarlas así:

Las que derivaban deficiencia:

- a) La dolencia física no afectaba el ingenio, y la mente goza de salud dentro de éstas se encuentran las amputaciones, deformaciones, malformaciones del crecimiento y que se apartan de las normas de la naturaleza,
- b) en cambio en la dolencia mental, la mente no puede juzgar rectamente de sí misma.

Vives realiza un estudio mediante el cual se vislumbra que las personas que padecen tanto de dolencias físicas como de dolencias mentales, se hacen notar entre las plazas, por lo que afirma que éstas deficiencias son causa de pobreza y pretexto para la mendicidad, y a pesar de la existencia de hospitales y lugares de

³⁸ CHECKLAND, S. y Checkland, O. (eds.) 1974 The Poor Law Report of 1834 (Harmondsworth: Penguin) consultado el 14 de marzo de 2017 Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/clacso/crop/glosario/l.pdf>

beneficencia, en estos se combatía únicamente su hambre, su sed, su pobreza, y la cura de las enfermedades del cuerpo si eran deficiencias físicas más no eran redimidos de su condición marginal ante la sociedad³⁹.

Es así como Vives, con su tratado “Del Socorro de los Pobres” busca proteger a las personas que sufren dolencias tanto físicas como mentales, en este se encuentra estipulado que la discapacidad tiene rehabilitación, y que se realiza mediante la integración laboral y social, está debe iniciar desde temprana edad por medio de una orientación escolar personalizada, juegos, que los establecimientos en donde se encuentren cuenten con las condiciones necesarias para lograr un adecuado crecimiento, además Vives propugna que las personas en condición de discapacidad sean incorporadas a la economía de la sociedad, pues pueden realizar ejercicios manuales, elaborar actividades que no impliquen esfuerzo mental como: mover poleas, hilar, trabajar con vasijas de barro.

Es claro para Vives que la remuneración por estas actividades, no lograrían cubrir los gastos de subsistencia para las personas en condición de discapacidad, por lo que propone unos subsidios a cargo del Estado.

Así como Vives, en el inicio de la Edad Moderna, existen diversas figuras buscan garantizar de los derechos de las personas en condición de discapacidad. Una de ellas es el francés Ambrosio Paré, quien inventa una técnica para ligar arterias a los muñones y se encarga de la confección de prótesis y aparatos ortopédicos, este hecho logró influenciar a la Reina Isabel en España⁴⁰, quien por está razón inaugura un hospital en el cual se brindaba atención a soldados que tenían algún tipo de mutilación o resquicios de la guerra y que además de la inserción de prótesis, se les reconoció el pago de un salario mensual para su sostenimiento, este acontecimiento

³⁹ UIG de la Bellacasa, Ramón- Juan Luis Vives: Pobreza y Discapacidad. Archivo de video. 1993. (En línea). Consultado el 27 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=1lfbSCHjasE&t=726s>

⁴⁰ DI NASSO, Patricia. Mirada Histórica de la Discapacidad. Edición de la Fundación Cátedra Iberoamericana, 2004. Consultado el 27 de marzo de 2017. Disponible en: http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/

marca una diferencia en la historia de la discapacidad pues, es la primera vez que el Estado y la sociedad reconocen que tienen responsabilidad con esta población.

Con el siglo XVIII, además de presentarse los cambios mencionados anteriormente, se da inicio a un movimiento cultural e intelectual en Francia llamado la Ilustración⁴¹, entendiéndose este como el despertar del hombre de todo lo que le nublaba la razón. Los principales precursores de este movimiento Voltaire, Rousseau, René Descartes, Montesquieu, Hume y John Locke, quienes propugnan que la vida sea examinada a través de la experiencia.

Sin embargo el mayor influyente fue John Locke, médico, filósofo, economista y pensador inglés, quien con su teoría empírica del conocimiento desempeñó un papel fundamental en el desarrollo de la psicología general y una base para el tratamiento y educación de la discapacidad mental. Planteó cuatro ideas fundamentales:

- a) no es válida la autoridad absoluta de ningún dogma o doctrina
- b) nadie nace con ideas innatas
- c) el ser humano aprende a través de sus sentidos del pensamiento reflexivo
- d) el método experimental, junto al razonamiento deductivo, es crítico para dar validez a cualquier opinión o especulación⁴²

Por estos enunciados, se empezó a concebir la vida mental desde una perspectiva asocianista, es decir, el trastorno como una deficiencia mental que puede ser tratado, como un hecho susceptible de ser analizado utilizando la lógica del pensamiento científico, y el cual debe usarse teniendo como objetivo alcanzar su recuperación funcional y lo más importante su reinserción social⁴³.

⁴¹ COBBAN, Alfred. Siglo XVIII: Europa en la época de la Ilustración Volumen 9. Consultado el: 28 de mayo de 2017. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=AXGVdoGEY2wC&dq=que+es+la+ilustracion++epoca&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjKwcOz_JPUAhUFOSYKHZn9CRgQ6AEIJTAB

⁴² LOCKE, John. Ensayo sobre el entendimiento humano. Fondo de Cultura Económica, México. 1982.

⁴³ AMOR, Pan José Ramón. Afectividad y sexualidad en la persona con deficiencia mental. Consultado el 30 de mayo de 2017. Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=p->

La reinserción social, pues en su libro Carta sobre la tolerancia de 1689 plasma qué:

Para mi, el Estado es una sociedad de hombres constituida únicamente con el fin de adquirir, conservar y mejorar sus propios intereses civiles. Intereses civiles llamo a la vida, libertad, salud y prosperidad del cuerpo; y a la posesión de bienes externos, tales como el dinero, tierra, casa, mobiliario y cosas semejantes.

Ahondado lo anterior, se entiende que para Locke el Estado tiene la obligación de servir a los ciudadanos y garantizar su vida, libertad, propiedad y derechos individuales bajo una Carta Política.

1.4.1. Revolución Francesa. Estos ideales llegaron a tener tanta popularidad, que junto con los problemas que presentaba Francia en 1789, entre los cuales se hace mención a: la incapacidad de las clases gobernantes entre las que se encontraban la nobleza, el clero y la burguesía para hacer frente a la pobreza y a los excesivos impuestos que recaían sobre el campesinado conformado por artesanos, obreros, tenderos, estudiantes y funcionarios, que el 14 de julio de 1789 el pueblo, convocado por la burguesía sale a las calles y se apodera de la Bastilla, una prisión real que simbolizaba el despotismo de los Borbones⁴⁴.

Desencadenando así la Revolución Francesa, que comprendió desde el año 1789 hasta 1815 y que en su momento se constituyó como un movimiento social, político y económico, que basándose en los ideales que proclamaban los contractualistas es decir, la libertad, igualdad y fraternidad, buscó combatir la desigualdad social, la abolición de la monarquía para el establecimiento de un régimen republicano que estuviera amparado bajo una Carta Política.

fB3lSF4oMC&pg=PA41&lpg=PA41&dq=john+locke+retraso+mental&source=bl&ots=tXw1npAjZg&sig=24qBfP9fIB5zU08vc4qx15Or9aA&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwimkon9xpjUAhXFRyYKHbmtDrUQ6AEIPjAH#v=onepage&q=john%20locke%20retraso%20mental&f=false

⁴⁴ PRIETO, Fernando. La Revolución Francesa. Colección Historia en sus textos. Ediciones Itsmo, 1989.

Una de las consecuencias de la Revolución Francesa, es la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁴⁵, la cual fue adoptada por la Asamblea Constituyente Francesa y que sirvió como preámbulo a la primera Constitución de la Revolución Francesa, y que dicta en su artículo primero qué:

Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Esto marcó un gran avance para las personas que poseían algún tipo de discapacidad pues empiezan a ser vistas como responsabilidad pública y como sujetos susceptibles que pueden tener una vida en condiciones mínimas de dignidad si el Estado le brinda asistencia y protección legal para lograrlo.

Impulsado por las ideas de la Revolución Francesa, el médico francés Phillippe Pinel, en el año 1790 cuando es nombrado para dirigir el manicomio de Bicêtre, donde empezó a intentar nuevos tratamientos con los internos, los cuales consistieron en suprimir las cadenas que los sujetaban, las sangrías, las purgas y todo aquello que los debilitaba, cambiándolo por un trato moral, la creación de un entorno humano y la participación del interno en su caso⁴⁶.

Por lo anterior Pinel, es llamado el padre de la psiquiatría moderna pues con su *Tratado médico-filosófico de la alienación mental*, clasificó las enfermedades mentales e insitió en la necesidad de una reglamentación de la institución

⁴⁵ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Consultado el: 05 de Junio de 2017. Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

⁴⁶ AMOR, Pan José Ramón. Afectividad y sexualidad en la persona con deficiencia mental. Consultado el 30 de mayo de 2017. Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=p-fB3lSF4oMC&pg=PA41&lpg=PA41&dq=john+locke+retraso+mental&source=bl&ots=tXw1npAjZg&sig=24qBfP9fIB5zU08vc4qx15Or9aA&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwimkon9xpjUAhXFRyYKHbmtDrUQ6AEIPjAH#v=onepage&q=john%20locke%20retraso%20mental&f=false>

hospitalaria psiquiátrica como también en el avance que presentaron los pacientes con los que trabajó gracias al desencadenamiento, la persistencia, y un ambiente caritativo y benévolo con los internos.

1.4.2. Revolución Industrial. A su vez, en Inglaterra se estaba presentando un aceleramiento del crecimiento económico por la llamada Revolución Industrial⁴⁷, este fue un fenómeno que se produjo porque la economía de Gran Bretaña presentó un cambio radical, que consistió en dejar en manos de la industria lo que hacía la agricultura y la artesanía, esto se dió por la llegada de las grandes máquinas, que producen la materia prima, reemplazando así la mano de obra campesina, destruyendo su forma de abastecimiento que era el autoconsumo y buscando que mediante la comercialización de los productos, se diera el capitalismo entendido como el sistema económico basado en la propiedad privada de los medios de producción y que la sociedad empezara a emplearse como asalariados para obtener ingresos monetarios mínimos que permitieran su sostenimiento económico.

Es así como los propietarios de estos medios de producción, procuraban contratar solo a quienes consideraban aptos para realizar tareas repetitivas durante largas jornadas de trabajo, apróximadamente de 14 a 18 horas en condiciones inhumanas⁴⁸. Esto implicó no solo una discriminación hacia las personas en condición de discapacidad pues quedaban marginadas de la vida laboral, desempleados y sin otro camino para lograr su subsistencia que la mendicidad.

⁴⁷ PORTILLO, Luis. La Revolución Industrial. Consultado el: 06 de Junio de 2017. Disponible en: http://www.finanzasparatodos.es/gepeese/es/inicio/laEconomiaEn/laHistoria/revolucion_industrial.html

⁴⁸ GODIO, Julio. Los orígenes del movimiento obrero, Buenos Aires, 1971. CEAL. “Esta situación se mantiene a lo largo de todo el siglo XIX en la mayoría de los países industrializados. En Inglaterra, en 1801, una legislación limitó la jornada de trabajo a 12 horas y posteriormente a mediados del siglo se consiguen 10 horas. La introducción de la maquinaria, lejos de mejorar la situación de la clase obrera, mantuvo y acentuó la jornada laboral extenuante y los salarios miserables

Estos medios de producción por no contar con las condiciones adecuadas para lograr un buen desarrollo de la actividad, pues además de las largas jornadas de trabajo, la maquinaria era pesada y solo diseñada para producir grandes cantidades de productos en poco tiempo más no para ser manejada de manera fácil y segura, por lo que la industria deja un gran número de personas con discapacidad tal como lo menciona Engels en el siguiente fragmento:

En Manchester, se puede ver, aparte de numerosos lisiados, un gran número de mutilados; uno ha perdido todo el brazo o el antebrazo, otro un pie, aun otro la mitad de la pierna; tal parece que se halla uno en medio de un ejército que regresa de una campaña. Las partes más peligrosas de las instalaciones son las correas que transmiten la energía del eje a las diferentes máquinas, sobre todo cuando tienen curvas lo cual es, cierto, cada vez más raro; quienquiera que sea atrapado por esas correas es arrastrado por la fuerza motriz con la rapidez del relámpago, su cuerpo es lanzado contra el techo después contra el suelo con una violencia tal que raramente le queda un hueso intacto y la muerte es instantánea.⁴⁹

Aquí se puede apreciar que cuando no se trataba de enfermedades congénitas, el sistema capitalista dej personas discapacitadas ya sea por accidentes de trabajo, o por las condiciones y los ritmos en los que se laboraba.

Este fue el momento histórico en que nació el concepto de “discapacidad” entendiéndose a la persona discapacitada, aquella con ineptitud para vender su fuerza de trabajo, rendir y producir ganancias⁵⁰. Ahondado lo anterior, las personas discapacitadas empezaron a ser vistas como un problema social, cuya solución es la segregación a hospitales o a escuelas especiales cumpliendo un objetivo únicamente disciplinario.

⁴⁹ ENGELS, Frederick. La situación de la clase obrera en Inglaterra. Consultado el: 07 de Junio de 2017. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/situacion/>

⁵⁰ TALAMONTI, Daniela. Discapacidad y capitalismo. 4 de diciembre de 2014. Consultado el: 13 de Junio de 2017. Disponible en: <http://www.laizquierdadiario.com/Discapacidad-y-capitalismo>

1.5 SIGLO XX

1.5.1 Eugenesia. El siglo XX trae consigo el primer atisbo sobre el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad desde la Eugenesia, entendiéndose esta como una disciplina que aplica las leyes biológicas de la herencia para perfeccionar la especie humana. Este ocurre en la década de 1970 y su principal objetivo es la higiene racial. El creador de esta ciencia es el inglés Francis Galton, y con ella se espera la mejoría del nivel físico y mental de la raza humana.

Es así como nace la expresión de debilidad mental y con este unas campañas legislativas a favor de una custodia permanente y segregación confinada en instituciones para los débiles mentales, con el fin de aislarlos socialmente y evadir la obligación de emitir una regulación jurídica que se inscribiera dentro del marco legal y amparara los derechos que a pesar de su condición mental les corresponden, y que además les brindara la posibilidad de participar en los actos jurídicos como contraer matrimonio, la celebración de contratos e igualmente de mantenerlos controlados en caso que se tomara la decisión de esterilizarlos argumentando su imposibilidad para el cumplimiento de las responsabilidades que conlleva la paternidad.

La Edad Moderna empodera al hombre y propugna una separación sustancial entre el Estado y la Iglesia, sin embargo en los inicios del Siglo XX, se observa que dicha separación no estaba definida, y que la Iglesia aún tenía una fuerte coerción moral y social, por supuesto, esto provocó detrimento en los derechos de las minorías, de los diferentes, de aquellos que tenían una condición diferente, aún con los cambios que se dieron en esta época, el tema de los derechos de las PCD seguía siendo un tema relegado entre quienes detentan el poder o ejercen posiciones de influencia socio-política, y, por tanto, no existía ningún intermediario que presentara las

demandas de grupos tan marginados como las personas en condición de discapacidad, algunos escribían sobre las capacidades, derechos y reconocimiento que debían tener por parte del Estado los débiles mentales, mientras que otros grupos rechazaban esta idea alegando que eran personas anormales y cuya creación iba en contra de las leyes de la naturaleza, tal como lo demostraba el movimiento Eugenésico.

El país pionero en la aplicación de la Eugenesia es Estados Unidos, y es el Estado de Indiana en el que se promulga una ley en 1907⁵¹, fueron 33 Estados los que llevaron a cabo programas de esterilización, no solo a personas pertenecientes a institutos mentales sino que se adicionan a este grupo a los alcohólicos, sordos o mudos, epilépticos, personas promiscuas y a los criminales. Motivos económicos como que la esterilización de las personas débiles mentales liberaba al Estado de cuidar perpetuamente de sus descendientes, que seguramente serían inaptos siendo así una inversión financiera a largo plazo, otro de tipo científico como la criminalidad heredada de Lombroso para la esterilización de violadores y perversos sexuales y finalmente el de la creencia que la de los seres humanos defectuosos se reproducían con mayor frecuencia que las personas normales y su amenaza de la invasión a la sociedad con una descendencia inferior⁵². Es tanta la incidencia de este movimiento en Estados Unidos que en 1940 el Departamento de Bienestar Público lo defiende manifestando que además de los argumentos expuestos la esterilización sería también una solución a la pobreza.

⁵¹ SANZ, Javier. La Eugenesia en EEUU: Más de 65.000 personas fueron esterilizadas. Consultado el 05 de abril de 2017. Disponible en: <http://historiasdelahistoria.com/2012/10/17/la-eugenesia-en-eeuu-mas-de-65-000-personas-fueron-esterilizadas>

⁵² BETANCOR Curbelo, Diego. Leyes Norteamericanas de Esterilización Eugenésica. Oliver Wendell Holmes y El caso Buck vs. Bell. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Consultado el 19 de Abril de 2017 Disponible en: http://acceda.ulpgc.es/bitstream/10553/8111/1/0233586_00007_0002.pdf

Un documental que plasma en un sentido amplio lo ocurrido durante la promulgación de estas leyes eugenésicas es uno llamado Colonia Lynchburg⁵³, que fue una institución del Estado de Virginia encargada del cuidado de las personas que padecían alguna debilidad mental o que posteriormente como se logra probar era hogar de epilepticos, lisiados, mutilados, alcohólicos o prostitutas, este nombra casos de personas esterilizadas durante el período de 1927 a 1972, menores de edad que eran reclusos en este sanatorio y que tenían historial familiar de personas débiles mentales, ciegos, sordos, leprosos, criminales e incluso marginados socialmente.

Uno de ellos es el de Mary Donald quien fue internada allí a la edad de 11 años en 1924, ella no era débil mental, sino huérfana y por supuesto no contaba con recursos para mantenerse por sí misma así que estuvo allí mientras encontraba un hogar o cumplía la mayoría de edad, Mary manifiesta que en el mismo año en que entró a esta Colonia fue esterilizada, que nunca se le informó del procedimiento que iban a realizarle ni los motivos por los cuales lo harían.

Es así como basándose en la teoría de Sir Francis Galton, realizan esterilizaciones durante 45 años, vigencia de la Ley de Eugenesia en el Estado de Virginia amparada por la Ley de Integridad Racial de 1942 posteriormente. Los doctores y personas del común manifestaban que esta se realizaba con el fin de que la raza blanca pura se perpetuase y que aquellos que la deterioraban no pudieran reproducirse por criterios hereditarios que declinaban la raza, y además de esta manera el Estado también podría ahorrar dinero en asistencia social, hospitales y tratamientos.

⁵³ La historia de Lynchburg. La esterilización eugenésica en América. The Lynchburg Story, produced by Bruce Eadie, made by Worldview Pictures in association with Discovery Networks and Channel Four, 1993.

Mary menciona también los crueles castigos a los que eran sometidos los internos, como el encierro en un cuarto oscuro durante 3 días con camisas de fuerza, recuerda que una mujer débil mental que fue encerrada junto con ella y que fue golpeada brutalmente, amaneció muerta el día siguiente y que ella fue amenazada por los miembros del hospital para que no contara nada de este lamentable suceso, cuenta además de cómo eran explotados laboralmente los hombres en la colonia y como las mujeres eran obligadas a trabajar fuertemente en los comedores por escasos salarios. Para Mary, el estar recluida no fue tan traumático como el hecho de ser esterilizada pues para ella el Estado la rechazó, la creyó un ser tan repugnante e inútil como para permitir el tener hijos y que a través de su descendencia trascender como ser humano, pues este así hubiera sido su deseo, así como Mary otras 8.300 personas fueron esterilizadas bajo el amparo de esta ley, lo que es una clara muestra de la vulneración de los derechos individuales de estas personas y también de su menosprecio como población en estado de indefensión.

Un caso emblemático es el de Buck contra Bell⁵⁴, del año 1927 el cual fue un fallo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el que se debatió la esterilización de Carrie Buck quien era presuntamente una persona con debilidad mental, hija de Emma Buck y de Friedrich Buck quien al corto tiempo de haber estado casado, abandona a su familia, producto de esto es acusada de inmoral, promiscua y de tener sifilis, por lo que es internada en la Colonia Lychburg, y sus menores hijos entregados a los familiares más cercanos, en el caso de Carrie es llevada a un hogar de acogida, en este hogar lamentablemente recibe malos tratos a pesar de mostrar calificaciones promedio en la escuela, al iniciar sexto grado su madre adoptiva decide que no podrá asistir más pues necesita ayuda en el hogar, Carrie, a la edad de 17 años es abusada sexualmente por un sobrino de la mujer que se encontraba criándola, producto de esta violación nace una pequeña llamada Vivian, en vista de

⁵⁴ SUPREME COURT UNITED STATES. Buck vs Bell. 1927. Consultado el 21 de Abril de 2017. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona61/61Buck.htm> Traducido por: Tomas Dostal Freire.

esta situación Carrie es encerrada en la Colonia de Lychburg donde estaba su madre y es acusada de inmoral e imbécil.

Para entonces Carrie ya tenía 18 años, y fue justamente en 1924 cuando se aprueba la ley de esterilización obligatoria cuando el Superintendente elige a Carrie como caso muestra de la transmisión genética de la debilidad mental como aspecto clave para que esta ley empezará a hacerse efectiva, en ella se encuentran unos parámetros que soportan su promulgación como:

La salud del paciente y el bienestar de la sociedad deben ser promovidos en ciertos casos mediante la esterilización de personas con problemas mentales, bajo una minuciosa cautela, la esterilización puede llevarse a cabo mediante vasectomía en el caso de los hombres y salpingectomía en el caso de las mujeres, sin un gran sufrimiento o daño sustancial a la vida, el Commonwealth mantiene en diversas instituciones a un gran número de personas que sufren problemas mentales que, de ser dadas de alta ahora, representarían una amenaza para la sociedad, sin embargo, si se les incapacitara para procrear, sería posible dárselas de alta con seguridad que podrían ser independientes, beneficiarse y beneficiar a la sociedad, esto basados en la experiencia que la herencia juega un papel importante en la transmisión de enfermedades mentales.⁵⁵

Es así como esta Ley permitió que cuando el director de alguna de las instituciones mentales del Estado de Virginia lo considere, puede esterilizar a uno de sus internos con herencia de insania y enfermedad mental esto para el bien de el paciente mismo y de la sociedad, es entonces el caso de Carrie una mujer presuntamente con debilidad mental proveniente de una madre que había tenido una condición tan desfavorable como para ser internada en la Colonia de Lychburg, sumandole a esto que para cuando Carrie fue internada estando embarazada y su hija nace en este escenario, para las enfermeras que la cuidaban, la pequeña Vivian tenía comportamientos extraños tendientes a pensar que también padecía de algún tipo de debilidad mental.

⁵⁵ SUPREME COURT UNITED STATES. Buck vs Bell Op. Cit.

El caso de Carrie fue revisado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, quien debía decidir si era constitucional que Carrie y su hija fueran esterilizadas. El Tribunal toma la decisión de encontrarlo procedente, a pesar que no se tienen en cuenta los derechos mínimos de la paciente, ni unas pruebas que muestren la veracidad de la supuesta enfermedad mental que tiene Carrie ni de su hija, es así como el juez Oliver Wendell Holmes da el siguiente veredicto para respaldar la decisión del Tribunal de encontrar constitucional la ley de Virginia:

Se ha visto más de una vez que el bienestar público puede exigir el sacrificio de la vida de sus mejores ciudadanos. Sería extraño que no pudiera requerirse la fuerza de los sacrificios estatales menores que a menudo se perciben como importantes por las personas afectadas y por eso se debe prevenir su fracaso. Es mejor para el mundo en su conjunto, en lugar de tener a unos débiles mentales con descendientes degenerados debido a sus acciones criminales, o a dejarlos morir de hambre por su imbecilidad, por esto, la sociedad debe evitar que aquellos que no son aptos, continúen reproduciéndose, tres generaciones de idiotas son suficiente prueba de ello.

Este fallo constituye un precedente para el tratamiento de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad, particularmente en lo atinente a la esterilización no solo de Carrie Buck, quien es dejada en libertad condicional después de la cirugía, sino de otras 8.300 víctimas del Estado de Virginia, y un total de 60.000 personas amparadas bajo leyes de esterilización en otros Estados. Cabe resaltar que estas solamente se realizaban en instituciones mentales públicas, es decir, las que eran para personas de escasos recursos económicos y en donde llegaban a entrar como se menciona anteriormente, alcohólicos, indigentes, sordos, mudos, huérfanos, personas con deformidades físicas, promiscuos y criminales declarados enfermos. Estas víctimas nunca fueron reconocidas como tal⁵⁶, ni siquiera ha habido algún tipo de disculpa o anuncio público para lograr resarcir el daño y el dolor por el que pasaron, pues durante toda su vida tuvieron que cargar con esta decisión que no fue de ellos, impidiéndoles tomar esta decisión, bajo una ley egoísta, con argumentos que no solo vulneraban

⁵⁶ La historia de Lynchburg. La esterilización eugenésica en América. Op. Cit.

los derechos humanos, sino también los derechos de esta minoría que por estar en estado de indefensión y debe ser protegida.

1.5.2 El nazismo y los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad. En la historia de la humanidad se han desarrollado toda serie de conflictos, desde las primeras guerras tribales y las confrontaciones entre pequeñas comunidades, que se llevaban a cabo con herramientas rudimentarias, pero que, con el paso de los siglos, fue escalando en la sofisticación de los medios bélicos y las estrategias militares, hasta las grandes batallas imperiales que definían el destino de millones de personas y que cambiaban drásticamente la economía, desarrollo tecnológico y hasta la lengua dominante en determinado territorio.

Sin embargo a mediados de la primera mitad del siglo, las personas no se imaginaban las acciones que llevarían a cabo ciertos gobiernos, con el fin de permanecer un día más en pie de lucha por sus intereses e intentar ganar la guerra, aunque son innumerables las violaciones a los derechos humanos y a los tratados internacionales, el propósito de este capítulo es enfatizar la violación de los derechos de las personas en situación de discapacidad y como su calidad de vida fue directamente afectada, por las decisiones y políticas del Tercer Reich.

Es en este oscuro período de la humanidad, el respeto por la dignidad fue completamente ignorado y transgredido, a tal punto que ni siquiera la ley y el Derecho podían garantizar la protección de las personas en condición de discapacidad, todo lo contrario, el régimen nazi los uso como mecanismos de dominación y segregación racial, como preámbulo para enmarcar con un halo de legitimidad y legalidad, las más crueles actividades estatales.

Es acertado hacer mención a las leyes eugénicas que tuvieron lugar durante casi todo el siglo XX en Estados Unidos, pues basándose en estas, es Hitler quien en 1933 cuando por una consolidación de poder sin precedentes se convierte en

canciller líder de Alemania y promueve la Ley para la prevención de Descendencia sin enfermedades genéticas, autoría de Falk Ruttke abogado y de Arthur Gütt, médico y director de asuntos de salud pública, bajo la argumentación del linaje humano ideal, estaban sujetos a la ley los hombres y las mujeres que sufrían de alguna de estas condiciones: debilidad mental, esquizofrenia, trastorno maníaco depresivo, epilepsia genética, corea de Huntington (una forma mortal de demencia), ceguera genética. sordera genética, deformidad física y alcoholismo crónico⁵⁷.

Esta ley fundamento jurídico un libro publicado en 1920 por el jurista Karl Binding y el psiquiatra Alfred Hoche, indicaba qué:

Preparados ideológicamente de esta forma, impresionados por la muerte de tantos jóvenes sanos en la Primera Guerra Mundial y acicateados por su experiencia con la indigencia social que en ese momento se generalizaba en los establecimientos para enfermos crónicos, inválidos e incapacitados mentales, la conciencia de responsabilidad social de los médicos se invirtió, tomando una dirección inhumana y reaccionaria: La medicina y el Estado no podían sacrificar hombres sanos en los campos de batalla, mientras se conservaba la vida a enclenques y enfermos con un alto gasto material y asistencial. La medicina y el Estado no debían tomar medidas en contra de la selección natural, ayudando así al empeoramiento de la especie humana. En tanto que la medicina y el Estado ostensiblemente no podían lograr condiciones de vida que suficientes para todos, debían tener el valor de promover la vida de los sanos y socialmente fuertes y exterminar las existencias lastres⁵⁸.

La “*ley sobre prevención de descendencia con enfermedades hereditarias*” que se mencionó anteriormente, fue promulgada el el 14 de Julio de 1933, y esta no era más que el resultado de la ideología que se había promovido en los inicios del siglo y que sustentado en un darwinismo social mal interpretado, ganó rápidamente la aceptación de cierta parte de la comunidad científica, quienes argumentaban que la medicina moderna interfería con los procesos de selección natural al mantener con vida a personas débiles, quienes a su vez se reproducían más rápido que las

⁵⁷ ENCICLOPEDIA DEL HOLOCAUSTO. UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. Consultado el 10 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007585>

⁵⁸ RIQUELME, Horacio. La medicina nacionalsocialista: ruptura de cánones éticos en una perspectiva histórico cultural. 1998

personas productivas⁵⁹, pero sobretudo de la sociedad alemana en general, quienes enceguecidos por las políticas del partido nacional socialista, no se inmutaron ante lo que simbolizaba esta ley y, que solo sería el primer peldaño en un camino de esterilización y muerte de las personas que no encajaban con la utopía racial del Führer.

Para garantizar la efectiva implementación de esta ley y evitar los escándalos de la sociedad acerca de estas políticas rigurosas, el ministerio para la Ilustración Pública y Propaganda Alemán, dirigido por Joseph Goebbels, inició todo un andamiaje estratégico y publicitario, para convencer a la propia población civil de la importancia y gran oportunidad que representaba esta ley para Alemania, teniendo en cuenta que, si se llevaba a cabo de forma correcta, no solo mejoraría la situación económica del país, sino que en algunas cuantas generaciones, la propia raza aria estaría plenamente purificada de todas las “hierbas malignas”, refiriéndose a las personas en condición de discapacidad.

Por ejemplo, Joseph Goebbels, y su ministerio, elaboraron campañas visuales, donde se veía a un hombre alemán, cargando en su espalda a dos personas de aspecto reducido y enfermo, acompañado de un lema que rezaba: *“Un enfermo con una enfermedad hereditaria cuando alcanza los 60 años, cuesta por término medio 50.000 Reichsmark⁶⁰”*. Otra imagen que se hizo popular entre la sociedad, fue la de una persona con una clara discapacidad física, acompañado de un enfermo, y con una frase que decía: *“60.000 marcos es lo que nos cuesta este discapacitado a lo largo de su vida. Este dinero también es vuestro”*.

⁵⁹ BACHRACH, Susan. Ph.D. In the Name of Public Health – Nazi Racial Hygiene. Perspective Magazine. Consultado el: 20 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.ushmm.org/m/pdfs/07192004-nazi-racial-hygiene-bachrach.pdf>

⁶⁰ Reichsmark fue la moneda oficial utilizada en Alemania desde 1924 hasta el 20 de junio de 1948.

La inversión en salud, que había hecho el Estado en décadas anteriores, para mejorar la calidad de vida de las personas en situación de discapacidad fue fuertemente criticada por el creciente partido nazi, sin embargo, también realizaron campañas para desprestigiar la inversión en materia de educación de los niños con alguna discapacidad física y mental, con la imagen de distintas bolsas de dinero, y con un lema que decía: *“El Estado de Prusia invierte cada año 125 marcos en un alumno normal, 573 marcos en uno con problemas de aprendizaje, 950 marcos en un niño educable pero con enfermedad mental, y 1500 marcos en un niño ciego y sordo de nacimiento”*.

Estas campañas con mensajes e imágenes impactantes que incluían la afectación al bolsillo del ciudadano alemán, tuvo un recibimiento más que aceptable, teniendo en cuenta que, dichos mensajes apelaron al temor colectivo que existía de recaer nuevamente en una crisis como la experimentada después de la Primera Guerra.

De esta manera se logró el consentimiento popular de la ley sobre prevención de descendencia con enfermedades hereditarias, la cual en su Artículo primero determinaba que: *“Inciso 1° Los enfermos congénitos podrán ser esterilizados mediante intervención quirúrgica toda vez que la experiencia médica dé lugar a presumir, con alto grado de probabilidad, que su descendencia habrá de sufrir graves daños congénitos de índole psíquica o física”*.⁶¹ Lo cual, reafirmó la clara intención del Tercer Reich de lograr una higiene racial utilizando en principio y a toda luz, los medios legales con los que contaba.

⁶¹ Fragmento de la Ley sobre prevención de la descendencia con enfermedades congénitas del 14 de julio de 1933. Consultado el: 20 de marzo de 2017. Disponible en: <http://learning-from-history.de/sites/default/files/attach/8663/b018t06s.pdf>

Aunado a lo anterior, y con ánimo de mostrar una imparcialidad a la sociedad y a la comunidad internacional, el artículo segundo intentó evitar la discrecionalidad por parte del médico tratante, y determinó una lista de las enfermedades que se tuvieron en cuenta a la hora de realizar los procedimientos de esterilización, las cuales eran:

1. Debilidad mental congénita.
2. Esquizofrenia.
3. Demencia circular (maníaco-depresiva).
4. Epilepsia hereditaria.
5. Corea de Huntington hereditaria.
6. Ceguera hereditaria.
7. Sordera hereditaria.
8. Malformación corporal grave.

El tercer inciso del artículo primero, estipuló que, también sería esterilizado quién padeciera de alcoholismo grave, lo que demostraba no solo la intención de mejorar la higiene racial, sino también, la preocupación del régimen por tener una sociedad libre del alcohol y el tabaquismo, para aumentar el número de personas dispuestas a apoyar el nacional socialismo, teniendo en cuenta que, a mayor cantidad de ciudadanos, aumentaría la fuerza laboral y militar del Estado, garantizando la expansión del Tercer Reich.

El proceso de esterilización era decidido por el Tribunal de Salud Hereditaria, que estaba compuesto por médicos admitidos directamente por el Führer, quienes a su vez realizaban el procedimiento invasivo, el cual consistía en la extirpación de ovarios en mujeres y de los conductos seminales en hombres, por medio de exposición a rayos X o con tratamientos farmacéuticos.

Es precisamente con esta intención, que en 1935 el gobierno alemán promulgó la Ley de Salud Marital, la cual tenía por objetivo garantizar la preservación de la higiene racial, esta ley obligaba a quienes tuvieran intenciones de contraer matrimonio, a realizarse una serie de exámenes médicos para demostrar que no se

padecía de alguna tara genética.⁶² Incluso se encomendaba a los contrayentes que investigaran a los familiares ascendientes mutuos sobre alguna enfermedad transmisible.

Además, el gobierno instaba a las parejas admitidas para contraer matrimonio, a la rápida procreación, elevándolo a deber ciudadano, incluso se otorgaron condecoraciones exclusivamente a las mujeres que tuvieran una gran cantidad de hijos. No obstante, para poder optar a dicho premio debían, además de tener como mínimo cuatro hijos, pertenecer a familias arias puras, sin tener antepasados familiares judíos o no-arios, los niños debían nacer y criarse sin ningún “estigma”, es decir, sin enfermedades hereditarias.⁶³ Además, existieron tres tipos de medallas, las de bronce cuando la mujer tuviera de 4-5 hijos, de plata cuando hayan procreado 6-7 hijos, y las de oro para aquellas madres con 8 o más hijos, estas medallas podían ser usadas en ocasiones especiales, daban reconocimiento y alto prestigio a la madre portadora, además les otorgaba beneficios y privilegios sociales, al contribuir al crecimiento del Tercer Reich.

Basándose en esta argumentación, desde el año 1933 hasta 1939, se esterilizan de 225.000 a medio millón de personas en condición de discapacidad sea mental o física, y no siendo esto suficiente en 1939 con los inicios de la Segunda Guerra Mundial, Hitler autorizó el exterminio de las personas discapacitadas indicando que, este “era el momento perfecto para eliminar a los enfermos incurables”⁶⁴ pues estos

⁶² Experimentación en sífilis hasta la Segunda Guerra Mundial: Historiayy reflexiones éticas. Consultado el: 21 de marzo de 2017. Disponible en: <http://actasdermo.org/es/experimentacion-sifilis-hasta-segunda-guerra/articulo/S000173101300358X/#bib0060>

⁶³ RODRÍGUEZ, David. La Cruz de las madres. Consultado el 06 de Mayo de 2017. Disponible en: <http://bibliotecasegundaguerra.blogspot.com.co/2012/11/la-cruz-de-las-madres-la-cruz-de-las.html>

⁶⁴ MOROS Peña, Manuel. Los médicos de Hitler. Colección Historia Incógnita. Consultado el: 03 de Mayo de 2017. Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=c2uPAwAAQBAJ&pg=PT441&dq=hitler+experimentos+retrasados&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiTiKGco9LTAhVDKCYKHVjKDfMQ6AEIITAA#v=onepage&q=hitler%20experimentos%20retrasados&f=false>

no eran de ninguna utilidad en la sociedad y representaban una amenaza para la pura genética aria.

Este programa tuvo por nombre T-4, ya que los médicos tenían que cumplimentar los formularios donde aprobaban la muerte misericordiosa y posteriormente enviarlos al número 4 de la Tiergarten Strasse en Berlín, dicho programa se instauró mediante un decreto que, en sus primeros meses se mantuvo en secreto, pues demostraba la intención del Führer no solo de estigmatizar y rechazar a este grupo de personas, si no de exterminarlas con programas más contundentes como la eutanasia.

Con ayuda de este decreto, se crearon diversas instituciones y empresas como fachada, con el objetivo de ocultar el asesinato masivo de miles de personas, como es el caso del conocido Castillo de Hartheim, ubicado en Austria, en el cual en la década de los 30's, operó un instituto de beneficencia para personas con discapacidades pero que posteriormente fue utilizado como campo de concentración entre 1940 y 1944 por los oficiales alemanes. La eutanasia se llevaba a cabo mediante la inhalación de monóxido de carbono, y aunque no hay cifras exactas de cuantas personas fueron asesinadas, se estima que la mayoría de estos, eran quienes presentaban alguna condición de discapacidad física o mental, elevando la cifra a 18.200 personas⁶⁵.

Los experimentos nazis a cargo de médicos alemanes como el llamado ángel de la muerte, Josef Mengele quien fue un médico, antropólogo y general alemán, perteneciente a la SS (Schutz-Staffel)⁶⁶ desde 1938, tenían como objetivo a

⁶⁵ Medicina y holocausto. El Castillo de Hartheim. Centro de "Eutanasia" nazi. 15 de mayo de 2012. Disponible en: <http://medicinayholocausto.blogspot.com.co/2012/05/el-castillo-de-hartheim-centro-de.html>

⁶⁶ Revista digital de historia. Y Ciencias Sociales. Escuadras de protección. Cuerpo elite dentro del nazismo encargado de poner en práctica la erradicación mediante asesinato de todos los judíos en los campos de concentración de los cuales tenían custodia. Consultado el: 04 de mayo de 2017 Disponible en: <http://www.claseshistoria.com/fascismos/n-ssoficiales.htm>

personas discapacitadas físicas y mentales, gemelos, personas con enanismo. homosexuales y gitanos.

Estos experimentos*, tenían como finalidad el desarrollo de la raza aria, es decir, la búsqueda de un modelo humano ideal para los nazis, Mengele quería lograr la reproducción de gemelos en mujeres alemanas para que este país después de la higiene racial a que tuvo lugar, se poblara en mayor cantidad y menos tiempo del estipulado, sin embargo, estos no tenían base científica, eran resultado de la ambición de este hombre por realizar torturas a personas que no pertenecían al ideal de la raza aria.⁶⁷

Cuando culmina el holocausto, Eva y Miriam, gemelas sobrevivientes a Mengele y a Auswhitz, buscan a otros gemelos que hubiesen tenido su experiencia y en 1984 fundan CANDLES⁶⁸, según estimaciones de esta organización de los dos mil pares de gemelos utilizados por Josef Mengele, sólo doscientos salen con vida del campo⁶⁹.

* Los experimentos consistían en Mengele encontraba a los gemelos como fascinantes, por lo que les realizaba estudios durante horas, tomando medidas antropométricas, fotografías, radiografías, moldes de su dentadura, estos se repetían aproximadamente dos veces por semana durante meses, acto seguido, se procedían los estudios en el laboratorio, en donde se extraía sangre a cada uno y se le hacían transfusiones al otro, también intentaba cambiar sus ojos de color mediante diferentes químicos, los cuales producían infecciones y en algunas ocasiones hasta la ceguera, inyectaba también vía intravenosa, enfermedades como tifus o malaria en uno de los gemelos, para realizar una comparación de la degeneración causada por la enfermedad, todos estos procedimientos realizados sin ningún tipo de anestesia, los gemelos sufrían además remoción de órganos, castración y amputaciones, y cuando se recolectaba toda esta información, los gemelos eran asesinados mediante una inyección de cloroformo en el corazón y no bastando con esto, sus cadáveres eran diseccionados para que tanto órganos como tejidos se enviaran a centros de investigación para ser analizados

⁶⁷ GONZÁLES, Pablo. Josef Mengele y sus aterradores experimentos. Video. Consultado el 09 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=dXAUQarknKo>

⁶⁸ CANDLES. Acrónimo de Children's of Auschwitz Nazi's Deadly Lab Experiments Survivors que traduce: Niños Supervivientes de los Mortales Experimentos Nazis de Auschwitz.

⁶⁹ MOROS, Peña Manuel. Los Médicos de Hitler. Colección Historia Incógnita. Consultado el: 09 de Mayo de 2017.

Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=c2uPAwAAQBAJ&pg=PT441&dq=hitler+experimentos+retrasados&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiTiKGco9LTAhVDKCYKHVjKDfMQ6AEIITAA#v=onepage&q=hitler%20experimentos%20retrasados&f=false>

1.5.3 Post-guerra. Como se ha estudiado, en el transcurso de toda la historia del ser humano, de sus incontables guerras, de sus innovaciones trascendentales en las áreas del conocimiento, se ha demostrado la preponderancia de nuestra riqueza multicultural apoyada en el descubrimiento del otro, del compartir experiencias y técnicas para avanzar en el desarrollo de esto que llamamos humanidad, a pesar de dichos logros grandes errores han retrasado e incluso detenido el desarrollo del potencial humano, muchos han sido olvidados y algunos otros se han tenido por falsos, cuesta creer hasta dónde puede llegar el egoísmo de gobiernos y dictadores, quienes utilizaron todo el engranaje estatal con el objetivo de acabar con miles de vidas si era necesario para garantizar la consecución de sus propios intereses y su permanencia en el poder.

Es imposible no pensar en todo el progreso que experimentaría la raza humana, si desde un principio de su historia, no se hubiese ignorado el valor intrínseco de las personas en condición de discapacidad, tal como hicieron los primeros seres humanos, quienes en lugar de segregarlos aunque tuvieran diferencias físicas evidentes o se comportaran de manera distinta, los acogieron en sus tribus y brindaron el apoyo médico básico que conocían para su subsistencia.

Además, los hicieron parte activa de las labores tribales como la crianza de los más pequeños y en los cuidados de sus moradas, les dieron un lugar y un propósito en su sociedad primitiva; estos homo neandertales, demostraron mucha más humanidad que su sucesor el homo sapiens, quien desde un principio de su historia, se respaldó en los primarios estamentos legales y mitos religiosos para discriminarlos, quitarles voz y finalmente abandonarlos a su suerte, como seres humanos de segunda categoría, equiparándolos con portadores de maldiciones y desgracias.

No obstante, en la edad moderna aún con el surgimiento de un nuevo pensamiento crítico, el ser humano nacido en los siglos de las luces, responsable del mayor progreso científico en la historia de la humanidad, liderando una auténtica revolución en casi toda las áreas de la vida cotidiana, tampoco fue digno de ser llamado un reivindicador de los derechos de las PCD, porque la gran mayoría de los gobiernos y líderes mundiales estaban más preocupados en la forma de garantizar la permanencia de sus imperios y aumentar sus riquezas que en la forma cómo eran tratadas las PCD, ni siquiera les reconocían su titularidad como personas sujetos de derechos.

Sin embargo, después de lo ocurrido en la monstruosa segunda guerra mundial, las naciones se unieron con el objetivo de alzar la voz y dejar un legado que trascendiera a las generaciones, demostrando que por primera vez la humanidad podía unirse para garantizar los derechos de cada ser humano, y promover un ambiente de fraternidad y cooperación para mitigar los efectos de la guerra procurando la no utilización de armas.

Con la creación de la ONU y la promulgación de su Carta, se refuerzan las ideas de cooperación mundial y, una nueva esperanza se abrió camino en el pensamiento colectivo, sin embargo, la comunidad internacional y los gobiernos sabían que no bastaba con tener buenas ideas e intenciones a la hora de garantizar los derechos humanos, se debían crear herramientas jurídicas que superaran las reglamentaciones internas de cada país al definir los derechos humanos, evitando lagunas jurídicas que propiciaran sus futuras violaciones, como había ocurrido en el pasado.

1.5.4 Movimientos Sociales por la defensa de las personas en condición de discapacidad. Como el inició de un fin, en el año 1970 se presenta un fenómeno que abarca toda clase de movimientos sociales que buscaban justamente evitar que se volvieran a menoscabar los derechos que se vulneraron a miles de personas

durante la primera y segunda guerra mundial. Entre ellos se encontraban los que promovían la protección de los derechos civiles, los estudiantiles, feministas, pacifistas, ecologistas, de liberación gay, espirituales, entre las características que compartían estos movimientos entre sí, se encontraban: la reivindicación del reconocimiento de nuevas identidades, humanistas, uso de formas de acción no violenta, autonomía, y rechazo a las organizaciones centralizadas, burocratizadas e institucionalizadas como los partidos políticos tradicionales⁷⁰. Esto logra cambiar la percepción del sentido de lucha, pues a raíz de la guerra, se generan pasiones individuales que se convierten en colectivas y que buscan un cambio por cauce democrático removiendo así las antiguas querellas.

Por supuesto, se dio un movimiento de personas con discapacidad, cuyo objetivo principal era la lucha por mejorar su calidad de vida y asegurar su accesibilidad tanto a entornos físicos como sociales, dentro de este movimiento se puede encontrar a el activista británico Paul Hunt⁷¹, quien afirma que *“el problema de la discapacidad no descansa solamente en el daño de una función y sus efectos sobre nosotros individualmente, sino también y lo que es más importante en el terreno de nuestras relaciones con personas “normales” esto para presentar que la sociedad es la encargada de definir el sentido que tiene la discapacidad, cuyo término lleva consigo un sistema de restricciones impuestas, lo que es directamente discriminatorio*⁷². Como ejemplo de este, se tiene la falta de oportunidades laborales, la deficiente atención en los centros de salud, las estructuras de los restaurantes o centros comerciales y su difícil acceso.

⁷⁰ MC ADAM, Doug. MC CARTHY John D. ZALD, Mayer. Movimientos Sociales: Perspectivas Comparadas. Oportunidades políticas, estructuras de movilización y marcos interpretativos culturales. Traducción de: Sandra Chaparro. Ediciones Itsmo, S.A, 1999. Madrid, España.

⁷¹ HUNT Paul, nacionalidad neozelandesa y británica, profesor y miembro del Centro de Derechos Humanos, Universidad de Essex, Waikato, especialista en temas de internacionales y derechos humanos.

⁷² FERRERIRA, Miguel A. La Construcción social de la discapacidad: hábitos, estereotipos y exclusión social. Universidad de Murcia. Consultado el: 09 de julio de 2017. Disponible en: http://www.mferreira.es/Documentos_nuevo/Discapacidad_NOMADAS_MFerreira.pdf

Entonces la identidad de las personas en condición de discapacidad, result impuesta por la concepción de la sociedad, por ello la importancia de la reivindicación de sus derechos, la igualdad de oportunidades y el reconocimiento como un grupo en estado de indefensión.

Para Hunt, unos de los principales obstáculos para la emancipación de las personas discapacitadas es:

El retrato estereotipado de las personas con discapacidad en la cultura popular. Los discapacitados han identificado diez estereotipos recurrentes y habituales de la discapacidad en lo mass media. Estos incluyen: la persona discapacitada como lastimosa y patética, como un objeto de curiosidad o violencia, como siniestra o diabólica, como hiper lisiada, como atmósfera, como ridícula, como su peor enemiga, como una carga, asexuada, incapaz de participar en la vida diaria⁷³.

Esto reitera, el sentido de identidad de las personas en condición de discapacidad y la necesidad de su construcción desde el entorno social, un entorno hostil que tiende a su marginación como grupo social.

Estos pensamientos logran hacer una transformación al juicio que se daba a la sociedad, pues se empieza a hacer una distinción entre deficiencia, minusvalía y discapacidad teniendo que:

- a) deficiencia; cualquier pérdida o anormalidad de la estructura anatómica o funciones fisiológicas o psicológicas
- b) discapacidad; cualquier restricción o ausencia, resultante de una deficiencia, que afecta la capacidad para realizar una actividad de la forma o en la medida considerada normal para el ser humano
- c) minusvalía; desventaja de un individuo determinado, resultante de una deficiencia o discapacidad, que limita o impide el cumplimiento de las funciones sociales que son normales para él, de acuerdo con la edad, el sexo y los condicionantes sociales y culturales⁷⁴

⁷³ BARNES, C. Disabled People in Britain and Discrimination, Londres, Hurst & Co.

⁷⁴ FERREIRA, M.A.V. Un nuevo concepto para la comprensión de la acción social: la transductividad creativa de la práctica cotidiana. Intersticios. 2007.

Esto genera que se haga un panorama más amplio acerca de las necesidades a que están sujetas las personas en condición de discapacidad, pues es pertinente encuadrar la realidad social y las implicaciones que tiene esta en la vida cotidiana de una persona que las vivencie, ejemplo: una persona invidente, desarrollando actividades en un espacio que se encuentra lleno de referencias visuales, como anuncios, luces, fotografías, señales, una persona con disminución de su capacidad auditiva, en un entorno que es orientativamente auditivo, las voces, los cláxones de los vehículos, los gritos de advertencia, las indicaciones en el transporte público, bancos, centros comerciales, restaurantes, las personas paraplégicas, en espacios llenos de escaleras, puertas estrechas e inadecuadas para sillas de ruedas, falta de ascensores o rampas.

A partir de los ejemplos anteriores, se puede evidenciar que el contexto social está limitado para las necesidades de las personas en condición de discapacidad, pues los espacios solo están diseñados para satisfacer y beneficiar a los que no presentan alguna discapacidad.

Ahondados los argumentos por los cuales fue necesaria la creación de movimientos sociales que se preocupasen por la protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad, atendiendo al modelo social que postula que la discapacidad es expresada por entornos que no permiten el acceso a este grupo.

Es así como bajo este modelo social, y a partir de las definiciones que se generaron, la discapacidad es vista como una construcción social que modifica la realidad de estas personas que como sujetos de derechos deben tener una participación activa en la vida política, económica y social, y cuya voz debe ser escuchada para que cada vez sean más las políticas de inclusión en la sociedad.

Desde entonces se han ido creando organizaciones de personas en condición de discapacidad, que reclaman su reivindicación como grupo minoritario discriminado y oprimido durante las diferentes épocas de la historia, entre ellos se pueden encontrar actores como:

La Organización Nacional sobre Discapacidad (NOD), sin ánimo de lucro dedicada a incrementar los derechos y participación de las personas en condición de discapacidad en el mundo, Sociedad Nacional de síndrome down cuyo objetivo

principal es salvaguardar los derechos de las personas con síndrome down. Instituto de discapacidad Ed Roberts, Diana and Kathy Org que es una organización de Diana Braun quien tiene síndrome down y Kathy Conour, que sufre de parálisis cerebral de nacimiento, esto no les ha impedido vivir de forma independiente y ser miembros activos de su comunidad, así como éstas existen diversas organizaciones no gubernamentales dedicadas a las personas en condición de discapacidad ya sea psíquica o física y cuyo objetivo es promover su inclusión en la sociedad, a través del apoyo a sus familiares y la creación de actividades que eliminen cualquier barrera que se encuentre impidiendo su desarrollo y crecimiento profesional⁷⁵.

De éstas organizaciones sociales y sus luchas, se han ido obteniendo logros como la creación de decretos internacionales cuyo objetivo es la protección de sus derechos y libertades fundamentales, promover el respeto de su dignidad inherente y asegurar su calidad de vida mediante las condiciones de igualdad.

Es así como en el año 1992, al término del decenio de las naciones unidas para los impedidos, la asamblea general a través de la resolución 62/127 el 03 de diciembre proclamó el Día Internacional de las Personas con Discapacidad⁷⁶, con el objeto de sensibilizar la opinión pública sobre la discapacidad, promover movilizaciones en apoyo a la dignidad, los derechos y el bienestar de esta comunidad y promover la toma de conciencia sobre las ganancias que derivarían de la integración de las personas en condición de discapacidad en los diferentes aspectos de la vida política, económica y cultural, eliminando así las barreras para que en cada país se fuese creando una sociedad inclusiva y accesible para todos⁷⁷.

⁷⁵ GUIA DE ONGS. Consultado el: 14 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.guiaongs.org/>

⁷⁶ Día Internacional de la discapacidad 03 de diciembre. Consultado el: 14 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/disabilitiesdaz>

⁷⁷ INTEF. Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación de Profesorado. Objetivos día internacional discapacidad. Consultado el 14 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.ite.educacion.es/fr/inicio/noticias-de-interes/732-3-de-diciembre-dia-internacional-de-las-personas-con-discapacidad>

Esto, apenas es el inicio de un camino que debe ser construcción de todas las esferas en la sociedad, no solo de un movimiento social y de las organizaciones que se derivan de este, pues es prioridad que en un país se le brinde protección y ayuda tanto jurídica como económica a los grupos minoritarios que se encuentren en estado de indefensión como lo son las personas en condición de discapacidad, pues en muchas ocasiones ni siquiera encuentran este apoyo en su núcleo familiar y terminan llegando a lugares donde son explotados para mendigar dinero en las calles o muriendo, por abandono total.

Por lo tanto se espera que a través de organizaciones y grupos sin ánimo de lucro, se logre un verdadero cambio a nivel mundial, que exista un freno a la discriminación y a la falta de conciencia de la población en general pues, son muchas las noticias sobre los abusos, la discriminación, la falta de oportunidades que encabezan los diarios, noticieros, o programas radiales, entender que los avances en la conquista de los derechos son el resultado de múltiples esfuerzos por parte de movimientos sociales y que es necesario que nuevas generaciones lo sepan, para que den valor a estos y para que sigan luchando por las minorías a quienes durante décadas les han restringido la voz.

1.6 HISTORIA DE LA DISCAPACIDAD EN COLOMBIA

Son muy pocas las fuentes encontradas acerca de los antecedentes del tratamiento que se dió a las personas en condición de discapacidad en Colombia antes del Siglo XXI.

Es hasta la década de los años 50 cuando aparece el Instituto Nacional para Ciegos (INCI)⁷⁸ que se creó mediante el Decreto de 1955 del 15 de Julio y cuya finalidad fue garantizar los derechos de los colombianos ciegos o con baja visión de carácter irreversible en términos de inclusión social, educativa, económica, política y cultural, esta entidad en la actualidad continúa trabajando para mejorar la calidad de vida de su población objetivo así como la eliminación de barreras que impiden su reconocimiento como sujetos políticos con derechos y deberes.

A su vez, el Decreto 1955 del 15 de Julio le da personería jurídica al Instituto Nacional para Sordos (INSOR)⁷⁹ adscrito al Ministerio de Educación Nacional, el cual tiene como misión orientar y promover el establecimiento de entornos sociales y educativos pertinentes para el goce efectivo de los derechos de la población sorda en Colombia y la transformación de sus condiciones de vida promoviendo lineamientos para su inclusión social.

A pesar que la legislación colombiana actualmente utiliza términos como “persona con discapacidad o minusvalía”, la terminología que se utilizó antes de la promulgación de la Constitución de 1991 y que tuvo vigencia durante más de 100 años desde 1887 con el Código Civil que definía a esta población como: “locos, furiosos y mentecatos” y fue solamente por una demanda de inconstitucionalidad a los artículos 140, 3, 545, 554 y 560 que dictan:

Artículo 140 - El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

3º) Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los **furiosos locos**, mientras permanecieren en la locura, y en los **mentecatos** a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.

⁷⁸ INSTITUTO NACIONAL PARA CIEGOS (INCI). Disponible en: <http://www.inci.gov.co/home/content/somos-inc>

⁷⁹ INSTITUTO NACIONAL PARA SORDOS (INSOR). Disponible en: <http://www.insor.gov.co/61-anos-dejando-huella/>

Artículo 545 - El adulto que se halle en estado habitual de **imbecilidad** o **idiotismo** de demencia o de **locura furiosa** será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos.

La curaduría del demente puede ser testamentaria legítima o dativa.

Artículo 554 - El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o cause peligro o notable incomodidad a otros.

Ni podrá ser trasladado a una **casa de locos** encerrado ni atado sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas.

Artículo 560 - Cesará la curaduría cuando el sordomudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, si él mismo lo solicitare, y **tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes**; sobre lo cual tomará el juez o prefecto los informes componentes.

Se resaltaré a continuación que la terminología es importante puesto que al referirse a las personas en condición de discapacidad como mentecatos, locos o imbéciles tiene consecuencias negativas en la sociedad como son la exclusión de políticas tendentes a su rehabilitación e integración social.

Fundamentando la demanda de constitucionalidad el Dr. Carlos Alberto Parra Dussan⁸⁰, manifestó que éstas expresiones van en contra de los avances que se han realizado con respecto a la protección, tratamiento y rehabilitación de las personas con discapacidad y también se opone a lo que dicta la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de 1999⁸¹ cuyo objetivo principal es la protección de está población reafirmando que tiene los mismos derechos y libertades individuales

⁸⁰ PARRA Dussan, Carlos Alberto. Abogado con doctorado en derechos fundamentales Universidad Carlos III de Madrid, España. Convalidado por el Ministerio de Educación Nacional bajo la resolución No. 5505 de 2010. Profesor de derecho en la Universidad Sergio Arboleda.

⁸¹ CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS ON DISCAPACIDAD. Suscrita en la ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999. Organización de los Estados Americanos. Ratificada por Colombia el 01 de marzo de 2000. Consultado el 16 de Junio de 2017 Disponible en: http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/064dd_OEA-1999%20DISCAPACIDAD.PDF

de todas las personas, y que dentro de estos derechos se encuentra incluido el de no sentirse discriminado en razón a su discapacidad.

Por otra parte el Dr. Parra Dussan, siendo una persona con ceguera irreversible, y sabiendo lo que esto implica en una sociedad que aún no está pensada para personas que padezcan algún tipo de discapacidad, indicó que los términos referidos en los artículos son calificativos degenerativos, y que la población generalmente los utiliza para referirse a conductas negativas y reprochables, vulnerando así el principio de la dignidad humana de que trata el preámbulo y el artículo 13 de la Carta Política, que hace alusión a la igualdad de las personas ante la ley, estableciendo un trato diferencial que no puede ser discriminatorio ni ofensivo, esta incongruencia es dada por el momento histórico en que se crea el Código Civil, y los principios que lleva consigo la promulgación de la Constitución de 1991.

De esta manera Parra Dussan, toma como referente a la Organización Mundial de la Salud (OMS) que en reiteradas ocasiones se pronunció acerca de cómo debía referirse a las personas que padecieran alguna discapacidad, indicando que este término abarca deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales⁸².

Es así como mediante la Sentencia C 478 de 2003, que resuelve la demanda de Inconstitucionalidad impuesta por el Dr. Carlos Alberto Parra Dussan, resuelve:

⁸² Organización Mundial de la Salud. (OMS) Término Discapacidad. Consultado el 19 de Junio de 2017. Disponible en: <http://www.who.int/topics/disabilities/es/>

PRIMERO. Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “...los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a...” contenida en el numeral tercero del artículo 140 del Código Civil.

SEGUNDO. Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “...de imbecilidad o idiotismo...” y “...o de locura furiosa...” contenida en el artículo 545 del Código Civil. El resto de la disposición se declara EXEQUIBLE en el entendido de que debe existir interdicción judicial.

TERCERO. Declarar INEXEQUIBLE la expresión “...de locos...” contenida en el artículo 554 del Código Civil.

CUARTO. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-983 de 2002 en relación sobre la expresión “...y tuviere suficiente inteligencia...”, contenida en el artículo 560 del Código Civil.⁸³

Así es como la Corte Constitucional, encargada de salvaguardar los derechos fundamentales y de brindar protección cuando se estén vulnerando. En las consideraciones de la Corte, se resalta que existe una disparidad entre las normas legales, pues así como en la Constitución de 1991, se resalta en:

El artículo 13 que alude al principio de igualdad a “*personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en debilidad manifiesta*”

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

Artículo 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Artículo 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente. Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa. Las

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 478 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D 4324. Consultado el 19 de Junio de 2017. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-478-03.htm>

integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

Estos artículos emplean términos que van acorde no sólo con la normatividad internacional, sino con los avances de las ciencias de la salud y de la terminología adecuada para referirse a la personas en condición de discapacidad. Pero el Código Civil, por su parte, continuó empleando términos que constituyeron parte de la psiquiatría y medicina de la época.

Es entonces mediante esta sentencia se resuelve el problema jurídico de: si es correcta la permanencia en la legislación civil de expresiones que si bien en su momento correspondieron a los términos técnicos empleados en la medicina, actualmente pueden considerarse ofensivos y contrarios al principio de la dignidad humana, y como consecuencia de ello ser expulsados del ordenamiento jurídico colombiano.

Es así como la Corte Constitucional, después de realizar un análisis exhaustivo de cada una de las expresiones demandadas y de su historia, determinó que el compromiso que tiene el Estado con las personas en condición de discapacidad, es:

- a) abstenerse de adoptar o ejecutar cualquier medida administrativa o legislativa que lesione el principio de igualdad.
- b) garantizar una igualdad de oportunidades, remover todos los obstáculos que en los ámbitos normativo, económico y social configuren efectivas desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de estas personas, y en tal sentido, impulsar acciones positivas⁸⁴.

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 478 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D 4324. (Consultado el 19 de Junio de 2017. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-478-03.htm>

A pesar de la existencia de una modificación a estas disposiciones legales hace más de una década, es el imaginario social el que se encuentra lleno de actitudes o expresiones que amenazan la dignidad humana de esta población constitucionalmente protegida.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su informe mundial sobre la discapacidad del año 2011⁸⁵, las personas en condición de discapacidad representan más de la décima parte de la población colombiana, esta cifra es corroborada por el DANE⁸⁶, que según las estadísticas realizadas en el año 2012 la totalidad de las personas en condición de discapacidad se encuentra aproximadamente en 2.149.710, correspondiente al 4,7% de la población.

Lo anterior permite concluir que la discapacidad se ha venido convirtiendo en un tema que debe abordarse en el ámbito académico, periodístico e investigativo para que así logre trascender a la vida cotidiana, pues la discriminación es una realidad que vivencia esta población a diario, lo que les impide desarrollarse como sujetos de derechos con una calidad de vida acorde a la que menciona la Constitución Política de 1991.

Los problemas a los que se enfrenta la población con discapacidad en Colombia pueden ser enumerados a gran escala así:

- a) acceso del espacio público
- b) acceso a la educación y condiciones que proporcionen un aprendizaje adecuado
- c) acceso a la salud y tratamientos, rehabilitación, terapias que permitan estabilidad y no deterioro de la salud
- d) acceso al empleo y a su vez que las condiciones laborales o bajo las cuales se emplean no menoscaben su calidad de vida, sino que permitan desarrollar sus labores en un ambiente y entorno apto

⁸⁵ INFORME MUNDIAL SOBRE LA DISCAPACIDAD. 2011. Consultado el 20 de Junio de 2017. Disponible en: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/accessible_es.pdf?ua=1

⁸⁶ Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2012 Consultado el: 20 de junio de 2017 Disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticassociales/calidad-de-vida-ecv>

e) protección social y dentro de esta un preciso

En el 2007 mediante la Ley 1145, se creó el Sistema Nacional de Discapacidad, como el conjunto de normas, actividades, recursos, programas e instituciones que ponen en marcha los principios generales de la discapacidad y que a su vez, tiene como objeto impulsar la formulación e implementación de la política pública en discapacidad, coordinando así entre las entidades públicas del orden nacional, regional y local a las personas en condición de discapacidad y a la sociedad civil para garantizar sus derechos humanos en el marco de los derechos humanos. Se tiene que el primer artículo de la ley:

Artículo 1. La articulación de un Sistema Nacional es un elemento sistémico fundamental por cuanto la complejidad del Sistema es muy alta, por el gran número de instancias que lo conforman, y la gran diversidad institucional en el orden nacional, regional y local, además de su interacción internacional. Factores éstos que determinan un sinnúmero de interrelaciones potenciales, así como la formación de un gran número de estados posibles que el Sistema puede alcanzar, considerando cada estado como un patrón de interacciones específicas entre sus actores⁸⁷.

Entonces el Sistema Nacional de Discapacidad está conformado por 4 niveles:

1. El Ministerio de la Protección Social o el ente que haga sus veces como el organismo rector del SND.
2. El Consejo Nacional de Discapacidad, CND, como organismo consultor, asesor institucional y de verificación, seguimiento y evaluación del Sistema y de la Política Pública Nacional de Discapacidad.
3. Los Comités Departamentales y Distritales de Discapacidad, CDD, como niveles intermedios de concertación, asesoría, consolidación y seguimiento de la Política Pública en Discapacidad.
4. Los Comités Municipales y Locales de Discapacidad – CMD o CLD – como niveles de deliberación, construcción y seguimiento de la política pública de discapacidad⁸⁸.

⁸⁷ CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 1145 DE 2007. Diario Oficial. Julio 10 de 2007. Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones. Artículo 1.

⁸⁸ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Página Oficial. Consultado el 22 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/Sistema%20Nacional%20de%20Discapacidad.aspx>

Por esta razón, en Santander a finales del año 2013 se creó el Comité Departamental de Discapacidad, tomando como referentes los parámetros impuestos por la ley 1145 del 2007, sumando a su vez el interés de los líderes en temas de discapacidad e inclusión social del departamento quienes pertenecían a este grupo exclusivamente, presentando un diagnóstico exponiendo las necesidades de este grupo poblacional y dando soluciones para que se hicieran válidos sus derechos y desarrollar acciones que acaben con la discriminación y el incumplimiento de las leyes que los protegen.

A nivel local en Bucaramanga, tomando como referente la misma ley, se expidió igualmente el acuerdo 005 de 14 de abril de 2009⁸⁹, que creó el Comité Municipal de Discapacidad cuyo objetivo principal es la mejora de la calidad de vida de las personas en condición de discapacidad del municipio y brindó herramientas para que este grupo lograra desarrollar los proyectos que se encaminen a la protección y promoción de sus derechos.

Entonces articulando estos Comités de Discapacidad, uno a nivel departamental y municipal, se creó con el Decreto 053 de 2010 la política pública de discapacidad, cuya esencia radica en la construcción conjunta con la dirección de planeación del municipio de Bucaramanga, esto con el fin de realizar mesas de trabajo que pudieran valorar los principales inconvenientes que enfrenta la población en situación de discapacidad en Santander, entre los cuales se encuentran:

Un sistema de transporte masivo que no garantiza su movilidad, conductores de taxis que se niegan a prestarles el servicio, rectores o personal administrativo que se opone a recibir a niños con discapacidad en los salones de clase, baños públicos que no cuentan con la debida accesibilidad, jueces que ordenan la esterilización a

⁸⁹ CONCEJO DE BUCARAMANGA. ACUERDO 005 DE 14 DE ABRIL DE 2009. Consultado el 28 de junio de 2017. Disponible en: http://www.concejodebucaramanga.gov.co/proyectos2016/PROYECTO_DE_ACUERDO_027.pdf

las mujeres con discapacidad y empresarios que rechazan a una persona por presentar alguna discapacidad sin tener en cuenta su capacidad laboral.⁹⁰

Los problemas anteriores son una muestra de todos los que presentan las personas en condición de discapacidad no sólo en el área metropolitana sino en todo el departamento, por esto la importancia de incluir las metas del Comité Departamental y Municipal creados bajo la ley 1145 de 2007, dentro de los planes de ordenamiento territorial para tener un propósito a cumplir, entregando resultados a corto, mediano y largo plazo,

⁹⁰ REDACCIÓN LOCAL. Por casos de discriminación la población con discapacidad, marchará. Vanguardia Liberal Consultado el: 15 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.vanguardia.com/area-metropolitana/bucaramanga/300584-poblacion-con-discapacidad-marchara-por-la-dignidad>

2. MARCO NORMATIVO

2.1 INTERNACIONAL

Teniendo en cuenta que el reconocimiento de los derechos a las personas en condición de discapacidad, se dio en un primer momento en las normas internacionales y que poco a poco se han ido incorporando en la legislación nacional, mostrando el compromiso que tienen los Estados de cumplir y desarrollar internamente los principios y lineamientos contemplados en éstas.

La Corte Constitucional tiene como referente esta normatividad internacional en la toma de las decisiones proferidas respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad con la premisa de la igualdad y dignidad humana como principios constitucionales, es así como se considera pertinente la inclusión de este marco legal dentro del análisis jurisprudencial que se desarrollará más adelante.

2.1.1 Declaración Universal de los derechos humanos (1948)

Comparativo con la legislación colombiana

Este documento, fue creado posteriormente a toda la violencia, hambre, ruina que desató la segunda guerra mundial en 1948, por la comisión de los derechos humanos de las naciones unidas bajo la presidencia de Eleanor Roosevelt, defensora de los derechos humanos y delegada de Estados Unidos ante la ONU⁹¹, documento fue redactado por los representantes de la mayoría de los Estados del

⁹¹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Historia. Consultado el: 29 de junio de 2017. Disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

mundo y constituyó el más grande avance en la protección de los derechos humanos.

Los países miembros, adquieren el compromiso de trabajar en conjunto para la promoción y protección de los derechos humanos, plasmados por primera vez en los 30 artículos de la Declaración, lo cual sienta un precedente ya que por primera vez se sistematizan en un documento y se articulan en las constituciones de las naciones democráticas.

Este documento, representó el primer reconocimiento como sujetos de derecho a la población en condición de discapacidad pues como se mencionó anteriormente, se plasman los derechos humanos, incluyendo los principios de la igualdad y la dignidad humana así:

Artículo 2.

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 5.

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Bajo esta premisa, se rechaza por primera vez en la historia la tortura a la que está población en estado de indefensión había sido sometida, esto implica un avance para que dentro de los Estados se incluya dentro de la constitución una norma que tenga como fundamento esta protección hacia los grupos minoritarios como la población lgtb, gitanos, indígenas, raizales y por supuesto las personas en condición de discapacidad tanto física como mental.

En Colombia se encuentra estipulado en el artículo 12 que dicta “*nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”⁹² guardando relación con la tortura, entendida como el acto de causar daño físico o psicológico por medio de máquinas, artefactos o sin ellos, sin el consentimiento y en contra de la voluntad de la víctima, este se encuentra vinculado principalmente al dolor físico o quebrantamiento moral que puede o no desembocar en la muerte⁹³.

La rectora de la Corporación Reiniciar ONG de Colombia, Jahel Quiroga denunció la existencia de diversos casos de tortura ante la ONU⁹⁴, entre estos se encontraron las prácticas sistemáticas de tortura, tales como la “esterilización forzada” que se practica a las personas en condición de discapacidad por la existencia de una legislación que los aparta de su personalidad jurídica y que permite que sean los curadores quienes tomen estas decisiones por ellos, privándolos así de una elección particular que afecta su esfera social de manera abrupta.

A pesar de que la UNCAT⁹⁵ se mostró receptiva ante esta situación que se vivencia en el país y realizó unas recomendaciones, que a decir verdad tienen poca cabida dentro de las entidades estatales, esto permite evidenciar que la tortura es real, constante a esta población y que es necesario que se tome conciencia de este hecho para lograr un verdadero cambio que implique el respeto hacia los derechos humanos.

⁹² ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Consultado el 02 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

⁹³ Definición legal de tortura. Asociación para la prevención de la tortura. Centre Jean-Jacques Gautier. Consultado el 02 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.apr.ch/es/que-es-la-tortura/>

⁹⁴ ONG de Colombia denunciaron casos de tortura ante la ONU. 01 de Mayo de 2015. Consultado el: 02 de julio de 2017. Disponible en: http://elmundo.com/portal/noticias/derechos_humanos/ong_de_colombia_denunciaron_casos_de_tortura_ante_la_onu.php#.WVrNjtM1-5Q

⁹⁵ United Nations Convention Against Torture.

Artículo 6.

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Este artículo de la declaración menciona a la personalidad jurídica, cuya atribución se dá al individuo a través del ordenamiento jurídico que tiene inmersos los derechos y obligaciones y que supone una condición para su goce y ejercicio. La personalidad jurídica comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte, y le da a “todo ser humano” la capacidad para llevar a cabo ciertas acciones o ser parte de relaciones jurídicas particulares⁹⁶.

Para la Corte Constitucional en la Sentencia C 109 de 1995, la personalidad jurídica:

No se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana de ingresar al tráfico jurídico y ser titular de los derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho⁹⁷.

Esta capacidad a la que hace mención es conocida en la mayoría de ordenamientos como capacidad jurídica, y se entiende como el poder ejercer derechos y contraer obligaciones por decisión personal, sin asistencia de terceros. Esta a su vez permite crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de manera voluntaria y autónoma.

Para el alto comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la personalidad jurídica tiene dos elementos: el elemento estático, entendido como la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, y el elemento dinámico, como

⁹⁶ ACNUDH. Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la Quinta reunión del Comité Especial de la CDPD, sobre el asunto de la capacidad jurídica. Nueva York, 2005, Pág. 13.

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SENTENCIA C 109 – 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero. Demanda No. D 680. Normas acusadas: Artículo 3 de la ley 75 de 1968.

la capacidad de ejercer derechos y asumir obligaciones a través de sus propias decisiones⁹⁸.

En Colombia, se encuentra sobre capacidad el artículo 1502 del Código Civil así:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1) que sea legalmente capaz;
- 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;
- 3) que recaiga sobre un objeto lícito;
- 4) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

La ley presume que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley expresamente considera incapaces artículo 1503. Esta capacidad se clasifica así:

- 1) capacidad de goce, aquella que se tiene por el hecho de ser humanos y adquirir derechos que se derivan de esta condición por lo mismo esta se adquiere antes de ser concebido, es decir, al llamado *naciturus* (no nacido) que tiene capacidad de goce y garantía aún sin haber nacido.

Esta capacidad no tiene limitación alguna, es decir, por padecer algún tipo de condición física o mental

- 2) capacidad de ejercicio, puede estar en cabeza de una persona natural o de una persona jurídica, y es la que permite además de exigir derechos y contraer obligaciones⁹⁹

Esta presunción asume que estas personas señaladas incapaces no pueden asumir responsabilidades, pues la capacidad de ejercicio se adquiere cumpliendo la mayoría de edad, que en Colombia es: 18 años, pero esto no se aplica a todos los ciudadanos, ya que históricamente, desde el derecho romano, se empezó a usar la

⁹⁸ ACNUDH. Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la Quinta reunión del Comité Especial de la CDPD, sobre el asunto de la capacidad jurídica. Nueva York, 2005, Pág. 13.

⁹⁹ ¿QUÉ ES LA CAPACIDAD JURÍDICA?. Missabogados.com.co. 19 de Octubre de 2016. Consultado el: 03 de Julio de 2017. Disponible en: <https://misabogados.com.co/blog/que-es-la-capacidad-juridica/>

figura de la curatela, está consistía en la designación de una tercera persona para que tomara las decisiones de las personas en condición de discapacidad, sustituyendo su capacidad jurídica, esta figura se incluye en los sistemas jurídicos y en Colombia se hace a través de la ley 1306 de 2009.

La ley 1306 del 2009¹⁰⁰, incluye normas para la protección de personas con discapacidad mental y a su vez establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados. Y su objeto consagrado en el artículo 1. Es *“la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad”*¹⁰¹ es así como dentro de esta ley se encuentran los lineamientos que regirán la vida jurídica de las personas en condición de discapacidad en Colombia.

Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho e igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Este artículo menciona la palabra discriminación entendida como:

Una conducta, culturalmente fundada, sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales.¹⁰²

¹⁰⁰ CONGRESO DE COLOMBIA. Diario Oficial 43.471. Ley 1306 de 2009. 05 de Junio. Consultado el: 03 de julio de 2017. Disponible en: http://fundacionparalasamericas.org/wp-content/uploads/2013/12/Ley_1306-de-2009.pdf

¹⁰¹ Ibíd. 103. Artículo 1.

¹⁰² RODRIGUEZ, Zepeda Jesús. Definición y concepto de la no discriminación. Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. 2005. Consultado el: 15 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32513404>

Esto nos permite interpretar que uno de los factores de la exclusión social de la que son víctimas las personas en condición de discapacidad es la discriminación, pues esta población constituye uno de los grupos más vulnerables de la sociedad.

En Colombia, se promulgó el 30 de Noviembre de 2011 la Ley 1482, la cual modifica el Código Penal y que penaliza la discriminación en función de raza, nacionalidad, sexo y orientación sexual, la misma fue objeto de una demanda por omisión legislativa ante la Corte Constitucional en la Sentencia C 671 de 2014 por no contemplar a la discapacidad dentro de la estructura del tipo penal del que trata la respectiva ley.

En esta Sentencia, la corte aborda la palabra discriminación desde el punto de vista de su carácter dinámico, indicando que se transforma en función de la organización y del funcionamiento social en la que se inscribe, tratándose entonces de los procesos que se adecuan a una estructura social por el que se manifiestan, entre ellos se pueden encontrar las prácticas o discursos de marginación y exclusión, los patrones de conductas y los mecanismos a través de los cuales se concretan y transforman conforme a los cambios en la vida económica, política, social y cultural.

De esta manera la Corte después de realizar un estudio de esta definición, logra concluir que la discriminación hacia las personas en condición de discapacidad tiene su origen predominante en las instituciones empezando desde la familia, la sociedad y el Estado, pues sus limitaciones para el goce de sus derechos en su mayoría se vincula a las barreras físicas, arquitectónicas, comunicativas, actitudinales y socioeconómicas¹⁰³.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 671/2014. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Actor: Carlos Parra Dussan. Expediente D- 110118. Bogotá, Septiembre 10 de 2014.

Sin embargo, para la Corte no se está incurriendo en ningún tipo de omisión legislativa al no incluir a las personas en condición de discapacidad en la ley 1482 de 2011 pues dentro de las funciones de la Corte, específicamente en el juicio de constitucionalidad no está el ampliar el alcance de los tipos penales, pues debe valorarse el efecto jurídico del accionante, teniendo en cuenta la vista fiscal, los intervinientes en el proceso y los participantes de la audiencia pública, sobre la posible afectación de las libertades públicas y de los principios del derecho penal¹⁰⁴.

No es función de la Corte Constitucional definir la política criminal del Estado por vía de establecer los elementos constitutivos de los tipos penales, ni la ampliación del catálogo de conductas prohibidas y sancionadas por vía penal. O el alcance de una ley en relación con la cual existen cuestionamientos, claros, concretos, pertinentes sobre su conformidad con los principios y derechos constitucionales.

Por lo mismo, en el año 2015 el 03 de Junio se expidió la ley 1752 que modificó la ley 1482 del 2011, para sancionar penalmente la discriminación contra las personas con discapacidad modificando los artículos así:

Artículo 1. Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto sancionar penalmente actos de discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación.

Artículo 3. El Código Penal tendrá un artículo 134A del siguiente tenor:

Artículo 134A. *Actos de discriminación.* El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 3. Modifíquese el artículo 4 de la Ley 1482 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 4. El Código Penal tendrá un artículo 134B del siguiente tenor:

¹⁰⁴ Ibíd. 106.

Artículo 134B. Hostigamiento. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Definiendo la palabra discapacidad así:

Entiéndase por discapacidad aquellas limitaciones o deficiencias que debe realizar cotidianamente una persona, debido a una condición de salud física, mental o sensorial, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.¹⁰⁵

Ahondado lo anterior desde el año 2015, las personas en condición de discapacidad cuentan con esta ley que resulta siendo una herramienta de defensa efectiva a las personas que cometan actos de discriminación contra ellos población, pues se amplía su rango de protección, enviando un mensaje a la sociedad sobre la importancia de su inclusión en todas las esferas sociales, aunque por otro lado el mensaje es claro, si no ha sido posible lograrlo por los medios de concientización a través de entidades sin ánimo de lucro, o desde el mismo Estado que con sus políticas públicas intenta llevar a todas las esferas sociales, el cambio se empieza desde el mismo sistema penal, conductas sancionables, que marca una falta de conciencia pero que es necesaria, pues toda conducta penal es la respuesta a un hecho y el hecho aquí es que las personas en condición de discapacidad están siendo discriminadas, a diario, dentro de su familia, en los lugares tanto públicos como privados y desde el mismo Estado.

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques de su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

¹⁰⁵ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1752 de 2015. Diario Oficial 49531 de junio 03 de 2015. Bogotá. Juan Manuel Santos Calderón.

Este artículo hace una mención especial a la palabra privacidad, definida como el ámbito de la vida personal de un individuo que se desarrolla en un espacio reservado y debe mantenerse en la intimidad¹⁰⁶, este concepto puede ser muy amplio en el entendido que existen ciertos entornos de la vida personal de un individuo en condición de discapacidad que pueden estar siendo violentados como: la intervención de terceros en las relaciones interpersonales o el disfrute de su libertad sexual, impidiendo la socialización con personas de su edad y el compartir, jugar, explorar sus gustos e intereses.

Además de la DDH, existen dos mecanismos internacionales que protegen este derecho los cuales son: el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos.

En Colombia este derecho se encuentra estipulado en la Carta Magna, en su artículo 15 así:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de identidades públicas y privadas¹⁰⁷.

Por lo anterior, la Corte Constitucional desde el año 1992 reconoce el derecho a la intimidad como fundamental, indicando que este permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores¹⁰⁸, esto permite inducir que por el hecho de ser una persona, se es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada, la finalidad que se busca es la de asegurar la

¹⁰⁶ DICCIONARIO USUAL. Real Academia Española. Definición privacidad. Consultado el: 05 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=privacidad>

¹⁰⁷ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 15. Consultado el 06 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-15>

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 414 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Expediente T 534

protección de los intereses morales, y no se puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado con la nulidad absoluta.

En el caso de las personas en condición de discapacidad, este derecho se encuentra limitado pues muchas veces son terceras personas quienes manipulan su espacio personal, cambiando de pañales, irrumpiendo su ropa, tomando sus decisiones con respecto a las relaciones de tipo afectivo sin tener en cuenta la voluntad de ellos.

Al respecto la Corte ha explicado que así como el derecho a la intimidad garantiza el poder contar con una esfera privada que no sea susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas su restricción tiene cabida cuando existe vulneración de los derechos de los demás o el ordenamiento jurídico, es decir en procura del interés general.¹⁰⁹

Artículo 17.

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad

Dentro de este artículo se encuentra estipulado el derecho a la propiedad, entendido como aquel que tiene toda persona de usar, gozar, disfrutar y disponer de sus bienes. Para la Corte Constitucional en Sentencia C 189 de 2006, la propiedad es un derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias¹¹⁰.

¹⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 640 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Referencia D – 7999.

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 189 de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D – 5948.

En la Constitución Política de Colombia este derecho se encuentra en el artículo 58 así:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.¹¹¹

Es así como para la Constitución la propiedad debe realizar su función social, definida como los derechos y responsabilidades que tienen los propietarios para con la sociedad, por lo que cuando un bien se encuentre incluido dentro de una ley por motivo de utilidad pública o interés social, el Estado podrá hacer expropiación del mismo a través de sentencia judicial e indemnización previa, cuya fijación se hará de acuerdo a los intereses de la comunidad y del afectado.

Este derecho de propiedad cuenta con varias características, entre las cuales se encuentran:

- a) Es un pleno derecho porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos
- b) Es un derecho exclusivo en la medida que por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio
- c) Es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue por su falta de uso
- d) Es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal

¹¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 58. Consultado el 06 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-15>

- e) Es un derecho irrevocable, en el sentido de reconoce que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero
- f) Es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas¹¹²

De acuerdo con estas características, es importante destacar que en Colombia para las personas en condición de discapacidad el derecho de la propiedad, no es absoluto, pues como se nombró anteriormente, en la Ley 1306 del 2009 se encuentra estipulado el proceso de interdicción cuya finalidad es la de evitar el aprovechamiento por parte de terceros de la discapacidad mental de las personas y le hagan celebrar negocios que puedan afectar su patrimonio.

Se puede encontrar en el artículo 25 de la Ley 1306 del 2009 así:

Artículo 25. La interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta es también una medida de restablecimiento de los derechos de la persona en situación de discapacidad y en consecuencia, cualquier persona podrá solicitarla.¹¹³

Esto permite inferir que a pesar que una persona que tenga alguna discapacidad, sea mental, física o cognitiva es presuntamente discapacitada, para que está sea declarada y oponible a terceros debe ser declarada judicialmente mediante un proceso de interdicción,

La interdicción es un proceso de jurisdicción voluntaria, cuya finalidad es la de delatar que una persona no está en capacidades mentales para ejercer su capacidad de ejercicio.

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 189 de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D – 5948.

¹¹³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1306 de 2009. Diario Oficial No. 47.371 de 5 de junio de 2009. Consultado el: 07 de Septiembre de 2017. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1306_2009.htm

En la sentencia que declara la interdicción de la persona en condición de discapacidad sea provisoria o definitiva, el juez podrá decretar las medidas de protección personal que considere necesarias y las terapéuticas, pues con este proceso se busca una posible rehabilitación de la persona¹¹⁴. La declaratoria de interdicción será incluida en el registro civil de la persona en condición de discapacidad.

Artículo 22. Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Este derecho inalienable constituye uno de los más importantes pues resulta ser producto de una lucha social de organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) e instituciones supranacionales como la Asociación Internacional de Seguridad Social (AISS) entre otras, además abarca no sólo a la población en condición de discapacidad sino a la población en general, debe tenerse en cuenta que la seguridad social es un conjunto de medidas que la sociedad proporciona a sus integrantes con la finalidad de evitar desequilibrios económicos y sociales¹¹⁵.

Como se mencionó anteriormente todas las personas tienen derecho a la seguridad social, y este es un derecho que debe respaldar el Estado mediante la provisión de bienestar social y asistencia, normalmente se encuentra reflejado en las prestaciones sociales y la asistencia médica, para la protección y garantía en

¹¹⁴ ZAMBRANO Mutis, Ángela. Procesos de Interdicción para personas con discapacidad mental en Colombia. Consultado el: 07 de Septiembre de 2017. Disponible en: http://www.divorciosmedellin.com/sitio/contenidos_mo.php?it=128

¹¹⁵ Definición Seguridad Social. Consultado el: 08 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.seguridadsocialparatodos.org/node/1>

eventos como el desempleo, maternidad, accidentes laborales, enfermedades, invalidez, vejez y otras circunstancias que se puedan presentar en la vida cotidiana¹¹⁶.

La seguridad social, constituye a su vez un factor de inclusión y cohesión social, pues el Estado además de garantizar que exista, debe tener en cuenta el acceso a personas menos favorecidos o grupos marginados, sin discriminación, atendiendo especial atención a personas en condición de discapacidad, inmigrantes, personas en zonas de conflicto o que se encuentren en riesgo permanente por amenaza de desastres naturales.

Este derecho se encuentra dentro de la Carta Magna en su artículo 48 así:

La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por las entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante¹¹⁷

En Colombia, el Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra regulado mediante la Ley 100 de 1993, a todas aquellas entidades, normas y procedimientos de los que la comunidad podrá tener acceso y así ser garante de una calidad de vida acorde a la dignidad humana.

¹¹⁶ RED Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consultado el: 08 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/derechos/seguridad-social>

¹¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 48. Consultado el 06 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-15>

Dentro del Sistema de Seguridad Social se encuentran cuatro subsistemas que lo conforman así:

- a) Sistema general de pensiones, su objeto es garantizar el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones determinadas en la ley 100.
- b) Sistema general de seguridad social en salud, cuyo objeto es regular el servicio público esencial de la salud y crear condiciones de acceso al servicio de toda población, en todos niveles de atención. Está operado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y su prestación del servicio mediante Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS).
- c) Sistema general de riesgos laborales, constituye un conjunto de entidades públicas y privadas, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores en caso de enfermedades o accidentes que puedan ocasionarles el trabajo o actividad laboral que se encuentren desarrollando. Las entidades encargadas de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones (ARL).
- d) Servicios sociales complementarios – Colombia Mayor, estos subsidios económicos, buscan proteger a las personas de la tercera edad que se encuentran desamparadas, es decir, que no cuentan con una pensión, viven en indigencia o extrema pobreza.

Este servicio se presta mediante el Programa de Colombia Mayor que otorga un subsidio económico para esta población.¹¹⁸

Ahora bien, en el caso de las personas en condición de discapacidad dentro de estos subsistemas deben ser sujetos de especial protección, como hace mención la Corte Constitucional en Sentencias como la C 606 de 2012:

... Tanto instituciones como individuos deben facilitar de una forma activa el ejercicio de los derechos de las personas en condición de discapacidad, cuya definición engloba a aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Por ende las personas en situación de discapacidad deben ser tuteladas en primer lugar mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos y en segundo lugar, mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas. Este tipo de medidas NO DEBEN ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin

¹¹⁸ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. Seguridad social. Consultado el: 09 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/derechos/seguridad-social>

promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en condición de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad.¹¹⁹

Cabe resaltar que de lo anterior, en la Ley 1306 de 2009, se encuentra prevista la importancia que tiene el sistema de salud para las personas en condición de discapacidad pues es en su artículo 11, el cual indica que:

Ningún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia, a efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia... La organización encargada de prestar el servicio de salud y de educación en Colombia adoptará las medidas necesarias para obtener que ninguna persona con discapacidad mental sea privada del acceso a estos servicios desde temprana edad¹²⁰.

Lo anterior constituye un claro ejemplo de discriminación positiva¹²¹ en la que la finalidad de la ley y su contenido, está dirigido a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, en este caso la población en condición de discapacidad mediante un trato preferencial en el acceso y distribución de ciertos recursos o servicios.

Artículo 23.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de su trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 606 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango. Referencia: expediente No. D – 8871.

¹²⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1306 de 2009. Diario Oficial No. 47.371 de 5 de junio de 2009. Consultado el: 07 de Septiembre de 2017. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1306_2009.htm

¹²¹ Discriminación Positiva. Consultado el: 09 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.tnrelaciones.com/discriminacion/>

- vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Los artículos anteriores hacen referencia al derecho al trabajo, entendido como la posibilidad de participar libremente en actividades de producción y de prestación de servicios a la sociedad y al disfrute de los beneficios obtenidos mediante estas actividades¹²². Este derecho también incluye condiciones equitativas de trabajo, como salarios justos, horarios establecidos por ley, herramientas necesarias para cumplir con su labor y espacios propicios para hacer pausas activas, tiempo de ocio y lo necesario para garantizar que no se menoscabe el principio de dignidad humana.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) organismo de la ONU es el encargado de reunir a gobiernos, empleadores y trabajadores para establecer normas de trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, hombres y mujeres¹²³.

Cuando se habla de sindicatos, se está refiriendo al derecho que tienen todos los trabajadores de asociarse entre sí, negociando de manera colectiva para mejorar las condiciones de trabajo y niveles de vida, a su vez estos sindicatos pueden conformar otros a nivel nacional e internacional. Entre los derechos de los sindicatos se encuentra el derecho de huelga, siempre y cuando está cumpla con las condiciones de ley, pues los derechos laborales colectivos no pueden ser objeto de restricción por parte del Estado.

¹²² ¿Qué es el derecho al trabajo?. Consultado el: 10 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.escrib-net.org/es/derechos/trabajo>

¹²³ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Consultado el: 10 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm>

En Colombia, el derecho al trabajo se encuentra en el artículo 25 de la Constitución Política así:

El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.¹²⁴

En la expresión “... toda persona” se hace inclusión a las personas en condición de discapacidad, tal como lo reitera la ley 1306 de 2009 en su artículo 13:

El derecho al trabajo de quienes se encuentran con discapacidad mental incluye la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo estable, libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles en condiciones aceptables de seguridad y salubridad. El Estado garantizará los derechos laborales individuales y colectivos para los trabajadores con discapacidad mental.

Los empleadores están obligados a adoptar procesos de selección, formación profesional, permanencia y promoción que garanticen igualdad de condiciones a personas con discapacidad mental que cumplan los requisitos de la convocatoria¹²⁵.

Como se mencionó anteriormente, la OIT se encuentra constantemente promoviendo el trabajo y justicia social para personas con discapacidad ¹²⁶, indicando que su inclusión en el mundo laboral, es necesaria para asegurar la sostenibilidad del desarrollo humano y económico de los países, mejorando a su vez la productividad y clima laboral de las empresas, nivel de innovación y creatividad general.

¹²⁴ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 25. Consultado el 06 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-15>

¹²⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1306 de 2009. Diario Oficial No. 47.371 de 5 de junio de 2009. Consultado el: 07 de Septiembre de 2017. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1306_2009.htm

¹²⁶ Justicia social para personas con discapacidad. Consultado el: 10 de Septiembre de 2017. Disponible en: http://www.ilo.org/lima/sala-de-prensa/WCMS_493963/lang--es/index.htm

A pesar, que en el papel se ha incorporado la importancia y el deber del Estado colombiano de que se garantice la integración laboral de las personas en condición de discapacidad, bajo el principio de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, en la práctica existe una brecha muy amplia pues según las creencias de los empleadores, al contratar a una persona en condición de discapacidad se conlleva una gran responsabilidad en cuestión de incapacidades, citas médicas, el menor rendimiento en el trabajo cosa que pocos están dispuestos a asumir.

Artículo 28. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Este artículo se aplica plenamente dentro del Estado colombiano, pues desde la Constitución Política de 1991, cambia la concepción de los derechos fundamentales quienes pasan estar presentes dentro de todas las políticas que se expidan, siempre teniendo como base el principio de dignidad humana.

El principio de dignidad humana, busca el bienestar de los ciudadanos, permitiendo el acceso a salud, educación, trabajo, alimentación sin importar su situación económica y además garantizar plenamente su participación activa dentro de los procesos democráticos que se realicen.

A pesar, que esto se encuentra dentro de los lineamientos constitucionales y que constantemente son expedidas leyes que buscan la protección de los mismos, en Colombia aún existen miles de habitantes que no tienen una vivienda digna, que no logran obtener un empleo que les brinde las condiciones dignas de existencia y niños que no pueden acceder a la educación por falta de oportunidades para hacerlo, esto ocurre porque los representantes del poder malversan los recursos del Estado destinados a ello.

En Colombia existen altos grados de corrupción, cuyos resultados se muestran de las evaluaciones realizadas, en las que se evidencia una institucionalidad débil y llena de fallas en los procesos de gestión, existiendo un incumplimiento de la misión de entidades como: alcaldías y gobernaciones, quienes se encuentran inmersos en problemas de transparencia e integridad¹²⁷, esto afecta a nivel general la población, especialmente los grupos minoritarios como indígenas, afrodescendientes, desplazados, la población LGTB y las personas en condición de discapacidad, pues ellos siendo sujetos de especial protección cuentan con el respaldo de políticas públicas dedicadas a mejorar su calidad de vida, que no se cumple, pues los recursos destinados a estas son otorgados ilegalmente para obras públicas o contratos falsos, impidiendo así un avance para lograr la plena inclusión de las personas en condición de discapacidad.

2.1.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (1976) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Desde el inicio de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, esta propugnaba como principal objetivo la redacción de una Carta Internacional de Derechos Humanos que incluyera: una Declaración, un Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, y medidas de aplicación. Posteriormente a la aprobación de la Declaración de los Derechos Humanos por parte de los países miembros de las Naciones Unidas, en el mundo se respiraba un aire esperanzador y entusiasta con la visión futura de unas naciones más garantistas y que implementaran raudamente las recomendaciones dadas por los organismos internacionales, sin embargo, distinta fue la realidad cuando se dieron cuenta de la lentitud o poco interés que tenían algunos países de cumplir con lo previamente acordado, por lo tanto, la Asamblea General nuevamente promovió con urgencia la creación de un documento con carácter vinculante que acompañara y garantizara la protección de los derechos

¹²⁷ El mundo. Un “tsunami de corrupción” en Colombia. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/multimedia/especiales/corrupcion-en-colombia/15798518/1/index.html>

humanos contemplados en la declaración, otorgándole una fuerza material que blindara los derechos humanos y que sirviera para hacerlos obligatorios y exigibles.

Desde un principio, la idea que tenía la Asamblea General, era la de converger en un mismo tratado todos los contenidos de la Declaración Universal, es decir, incluir en un solo Pacto los derechos civiles, políticos y los económicos, sociales y culturales, sin embargo, tras muchas discusiones en la Comisión de Derechos Humanos fue imposible materializarlo, por lo tanto en 1952, la Asamblea General sentó una postura concluyente ordenando que:

Solicitar al Consejo Económico y Social que pida a la Comisión de Derechos Humanos que prepare dos Pactos de Derechos Humanos, que se sometan simultáneamente a la consideración de la Asamblea General en su séptima sesión, uno que contenga derechos civiles y políticos, y otro que contenga derechos económicos, sociales y culturales, de manera que la Asamblea General pueda aprobar ambos Pactos simultáneamente y abrirlos simultáneamente a firma, debiendo contener ambos Pactos el mayor número posible de disposiciones comunes para enfatizar la unidad del propósito contemplado, y para garantizar la observancia y respeto de los derechos humanos, en particular respecto de las disposiciones de informes de los Estados Partes sobre la implementación de dichos derechos.¹²⁸

Después de diversas discusiones en la Comisión de Derechos Humanos, el Consejo Económico y Social transmitió a la Asamblea General los proyectos de ambos tratados en 1954, a pesar de esto, los proyectos de estos Pactos no fueron aprobados sino hasta el año 1966, lo que conlleva inmediatamente a la pregunta, ¿Por qué se retardó la aprobación de estos Pactos más de 12 años? La respuesta radica en las diferencias puntuales que presentaban los distintos países miembros, en cuanto a la terminología utilizada en los Pactos, además del alcance de la protección de los derechos y como eso podía afectar la soberanía y autoridad de sus gobiernos. Incluso, se debe tener en consideración la gran batalla ideológica que cobraba fuerzas por aquella década en el panorama mundial con la denominada Guerra Fría, la cual permeó incluso la aprobación de estos Pactos, con su lucha

¹²⁸ BARRENA, Guadalupe. Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Consultado el 15 de Julio. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf> (pág. 18.)

constante entre los sistemas económico-políticos, capitalista y comunista, ya que cada bloque propugnaba darle más importancia a ciertos derechos y dejar a otros de lado, verbigracia, el bloque capitalista promovía los derechos civiles y políticos, mientras que el bloque comunista prefería garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

A su vez, un tercer grupo de países de los continentes africano y asiático, quienes se desligaron de su carácter de colonias, propugnaron una mayor defensa de los derechos colectivos de los pueblos, llegando al punto de ser principal tema de debate, como lo sostiene la autora Guadalupe Barrena al comentar que: *“Ya en la redacción de la Declaración el colonialismo había dividido a los países, en el desarrollo de los Pactos la libre determinación adquiriría una posición central, enmarcando todos los derechos”*.¹²⁹ Todos estos debates y discusiones, retrasaron la aprobación de los dos Pactos, finalmente los Estados aprobaron el contenido del PIDCP y en 1966, mediante la Resolución 2200 A (XXI), la Asamblea General adoptaría por unanimidad, con 106 votos, el texto de dicho Pacto. El cual entraría en vigor 10 años más tarde, el 23 de Marzo de 1976.

Lo anterior, significó un desarrollo palpable a la hora de defender los derechos humanos que se encontraban idealmente positivizados en la Declaración, ahora era posible exigir su cumplimiento a los Estados infractores, es decir, se había dado una herramienta jurídica objetiva para contrarrestar los descomunales poderes estatales y/o gubernamentales quienes a través de actos arbitrarios oprimían a los individuos más desvalidos, pero a su vez se enmarcaba una nueva concepción que sobrepasaba a esto, garantizando el derecho de los pueblos a su libre determinación. Lo anterior, se evidencia en el numeral 3 del Artículo 2 del PIDCP.

¹²⁹ Ibíd. Pág. 26.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial.

De igual forma, se hace referencia a la protección del principio a la igualdad, al prohibir toda forma de discriminación en su artículo 26, el cual reza que:

Artículo 26.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹³⁰

Esta mención se usa casi en los mismos términos contemplados en el artículo segundo de la Declaración de los Derechos Humanos, sin embargo, aquí se evidencia un retroceso conceptual y normativo al excluir nuevamente a las personas que tuvieran alguna condición de discapacidad física o mental, ni siquiera se mencionan de una manera implícita, suprimiendo la expresión “cualquier otra condición” la cual podía emplearse en un sentido más amplio con el fin de garantizar

¹³⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 26. Consultado el 15 de Julio de 2017. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

efectivamente los derechos de una minoría, sin embargo, es cambiada por la expresión “cualquier otra condición social”, que restringe cualquier interpretación a favor de las PCD.

En el manual de preparación de informes sobre los derechos humanos¹³¹, el Comité de Derechos Humanos enuncia que: *“El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”*¹³² Esto quiere decir, que al hacer un análisis de los informes que presentan los Estados referentes a la protección de los derechos humanos, cobra especial preponderancia las acciones afirmativas, o discriminación positiva con el objetivo de cesar o disminuir los factores de discriminación hacia alguna minoría.

Por lo tanto, es necesario que los gobiernos no solamente rechacen de plano cualquier intento institucional o gubernamental de coartar y violar los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad mental, sino que, deben propugnar por un fortalecimiento de los programas y políticas públicas que benefician las condiciones sociales, económicas, y la infraestructura médica a favor de las PCD.

Por esta razón, en Colombia, durante el gobierno del presidente Carlos Lleras Restrepo, el Congreso de la Republica expidió la Ley 74 de 1968 por medio de la cual se aprobaron los *“Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de*

¹³¹ Se trata de un manual de preparación de informes sobre derechos humanos elaborado por el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del Instituto de las Naciones Unidas para la formación de profesionales y la investigación (UNITAR), conforme a seis importantes instrumentos internacionales de derechos humanos entre esos, el PIDCP

¹³²Preparación De Informes Sobre Los Derechos Humanos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consultado el 24 de Julio de 2017. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/manualhrr2bsp.pdf> pág. 91/105

este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”¹³³. Esta buena voluntad del gobierno colombiano, sirvió como precedente para los futuros procesos de aprobación de pactos y convenciones con el ánimo de garantizar los derechos humanos.

2.1.3 Declaración de los Derechos de las personas con retardo mental (1971).

Esta declaración fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971 y constituyó un primer instrumento para el reconocimiento de los derechos de las personas en condición de discapacidad como sujetos que deben tener además de gozar de igualdad de condiciones que la población en general, una garantía plena por parte del Estado para lograr el cumplimiento de cada uno de los artículos de la declaración, de esta puede resaltarse el artículo 7 pues este indica que:

Si algunos deficientes mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar, o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esta limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento, deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores¹³⁴.

Dentro de este artículo se puede evidenciar la existencia de una todavía fuerte discriminación hacia las personas en condición de discapacidad, iniciando por el léxico con el que se les denomina, siguiendo por la expresión “...*suprimir tales derechos*”, como es de conocimiento general a ninguna persona puede eliminar algún derecho a otro, sea quien sea, o tenga el poder que tenga, pues estos son

¹³³ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 74 de 1968. 06 de Diciembre. Consultado el: 26 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4b0d3ebb2.pdf>

¹³⁴ NACIONES UNIDAS CENTRO DE INFORMACIÓN- MÉXICO, CUBA Y REPÚBLICA DOMINICANA. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/integracion/ares2856xxvi.htm>

inalienables, es decir, “*todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos*”¹³⁵ y debe condenarse cualquier ley o nación que intente menoscabar o acabar con esta realidad.

2.1.4 Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975). En el año 1975 solo cuatro años después de haber sido aprobada la declaración de las personas con retardo mental, es aprobada mediante la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3447 del 9 de diciembre, esta declaración que surge de su compromiso con la prevención de la incapacidad física y mental y la readaptación de los iimpedidos a desarrollar aptitudes en las diversas esferas sociales y de fomentar su incorporación a la vida social¹³⁶.

Esta declaración solicita a los Estados parte que se adopten medidas en planos nacional para que se sirva de base a la protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad, es así como en 12 artículos reafirma la importancia que tiene la inclusión de está población dentro de políticas que los protejan y reconozcan como sujetos de especial protección, es así como en su artículo 1. Por primera vez se define, aunque vagamente pero que marca un inició a su estudio conceptual así:

El término impedido designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas y mentales

Cabe resaltar que este término “impedido” aún marca un atisbo discriminatorio pues en su denominación este se encuentra definido como “*una persona que tiene una discapacidad física que le impide moverse por sí mismo o mover una parte del*

¹³⁵ NACIONES UNIDAS. La declaración universal de derechos humanos. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

¹³⁶ NACIONES UNIDAS – CENTRO DE INFORMACIÓN MÉXICO, CUBA Y REPÚBLICA DOMINICANA. Op. Cit.

cuerpo”¹³⁷ excluye de plano a las personas que tienen discapacidad mental, sensorial o psíquica.

A su vez, dentro de esta declaración eliminan la frase “... supresión de derechos” encontrada dentro de la Declaración de los Derechos del Retrasado mental en su artículo 4 así:

El impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos; el párrafo 7 de la declaración de los derechos del retrasado mental se aplica a toda posible limitación o supresión de esos derechos para los impedidos mentales.

También es importante resaltar que dentro del artículo 11 de la Declaración:

El impedido debe poder contar con el beneficio de una asistencia letrada jurídica competente cuando se compruebe que esa asistencia es indispensable para la protección de su persona y sus bienes. Si fuere objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un procedimiento justo que tenga plenamente en cuenta sus condiciones físicas y mentales.

Como puede visualizarse, dentro de este artículo se incorpora la necesidad de un curador, para el aspecto patrimonial y situaciones de carácter civil que requieran a un tercero para que administre los bienes de la persona en condición de discapacidad, como se mencionó anteriormente, en Colombia este proceso es llamado Interdicción y consiste en el nombramiento de un curador preferiblemente familiar, quien se encargará de las decisiones referentes a patrimonio, actos jurídicos de la persona en condición de discapacidad después de haber sido demostrado dentro del proceso que esta persona no cuenta con las facultades mentales para tomar decisiones de este tipo y que muchas veces pueden ser objeto de engaño o manipulación por lo que resulta necesaria dicha asesoría.

¹³⁷ Definición Impedido. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.wordreference.com/definicion/impedido>

2.1.5 Programa de acción mundial para las personas con discapacidad (1982).

Años después de aprobada la Declaración de los Derechos de los Impedidos, se promueve mediante la resolución 37/52 de 03 de diciembre, el programa de acción mundial para las personas con discapacidad por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Esto después de realizar un análisis de la situación que vivencia esta población en los diferentes países y culturas, tomando en cuenta que muchas de las incapacidades pueden ser prevenidas por los Estado tomando medidas contra la desnutrición, la contaminación ambiental, falta de higiene, una atención adecuada en la etapa prenatal y posnatal, pues esto ocasiona enfermedades como poliomelitis, sarampión, tétano, difteria y la tuberculosis¹³⁸.

Un aspecto que es de sumo valor resaltar es la preocupación que muestra la Asamblea General porque los Estados parte no solo acojan este programa sino que utilicen al máximo sus recursos económicos y de carácter social para lograr una verdadera prevención de las discapacidades y a su vez la mayor ayuda posible a las personas en condición de discapacidad para lograr eliminar las barreras que se han construido a través de los años para con esta población y lograr un efectivo alcance de la igualdad.

2.1.6 Convención Interamericana para las Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (1999). Este instrumento jurídico internacional es aprobado por la Organización de Estados Americanos OEA para la protección de las personas con discapacidad. Dentro de su contenido es posible encontrar la definición de discapacidad en su artículo 1. como:

¹³⁸ Programa acción mundial para las personas con discapacidad 1982. Página web Naciones Unidas. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/diswps01.htm>

“Una deficiencia física, mental o sensorial, de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades de la vida diaria, y que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”¹³⁹

Dentro de esta convención, se recalca la importancia que tiene que los Estados que la ratifiquen adopten todas las medidas necesarias para la eliminación de cualquier forma de discriminación desde las mismas leyes, arquitectura del espacios públicos y privados, los medios de transporte y la comunicación.

Para tener un control del cumplimiento de esta convención se establece dentro de la misma un comité cuyo objetivo es la formulación de oportunas sugerencias, conclusiones y obsevaciones que se tengan respecto a la convención y a los problemas que pueden presentarse para esta población.

La Corte Constitucional en la Sentencia C 401 de 2003, realiza un estudio de la constitucionalidad de la Ley 762 de 2002 que es la que ratifica dicha convención en ella se puede encontrar que:

Normas demandadas: Revisión constitucional de la Ley 762 de 2002 por medio de la cual se aprueba la *“Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”*.

Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis
Bogotá, 20 de mayo de 2003

¹³⁹ Organización Estados Americanos (OEA). Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Consultado el: 11 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

Esta sentencia objeto de estudio de la acción de constitucionalidad de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad aprobada mediante la Ley 762 de 2002 el 31 de julio por el Congreso de la República, la cual constituye un instrumento de protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad, pues busca precisamente que se tomen medidas internas en relación con la discapacidad, buscando el bienestar de la población discapacitada, buscando soluciones a los problemas que se han presentado, y lograr un verdadero cambio para que esta población no se siga sometiendo a la desigualdad de la que han sido víctimas durante muchos años, de manera que el Gobierno adopte políticas de previsión, rehabilitación, integración social, laboral, económica, cultural, recreativa y de accesibilidad .

Dentro de las intervenciones es posible encontrar la del Ministerio de Relaciones Exteriores la cual indica que esta ratificación pretende abrir un nuevo espacio para completar las medidas internas en relación con la discapacidad, buscando el bienestar de la población discapacitada sobre todo en materia laboral pues la obligación del Estado debe ser el garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud y erradicar el analfabetismo cumpliendo así con el principio de solidaridad social y defensa de los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica, es posible entonces apreciar que el Ministerio está de acuerdo con que esta Convención se encuentra acorde a la normatividad constitucional sin embargo, se utiliza la palabra “Minúsválidos” para definir a la población en condición de discapacidad contrariando la convención que en su artículo 1. Entiende que el término que debe ser utilizado es el de discapacidad: Significa una deficiencia física, mental o sensorial ya sea de naturaleza permanente o temporal que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Por otro lado, el Ministerio de Salud, defiende la constitucionalidad de la norma afirmando que esta corrobora las bases de trabajo que esta entidad ha adelantado en materia de discapacidad en el marco de sus competencias y responsabilidades de prevención de la discapacidad, atención y rehabilitación de la población con discapacidades físicas, mentales y sensoriales.

Manifiesta la Procuraduría General de la Nación, que el contenido de la Convención es respetuoso de la legislación interna de los Estados parte pues no es ajeno a que se debe contrarrestar la desigualdad de trato del que han sido víctimas durante tiempos milenarios, de forma que los Gobiernos deben adelantar políticas de previsión, rehabilitación, integración social, laboral, económica, cultural, recreativa y de accesibilidad con miras a garantizar el goce de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, señalada por la Convención objeto de estudio se aviene a la Constitución.

Esto es un gran avance en cuanto a la protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad, pues por primera vez se adopta una Convención Internacional cuyo tema principal es el de la discapacidad y su objetivo está encaminado a garantizar la efectividad de los derechos teniendo como fundamento los principios constitucionales, principalmente el de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de este grupo minoritario y creando políticas públicas orientadas a garantizar a los disminuidos, físicos, sensoriales y psíquicos una atención especial.

La Corte resalta la importancia de la Convención, pues esta hace parte de una serie de instrumentos internacionales que en el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se ha ocupado del tema de la discapacidad y ha puesto de presente el interés de la comunidad internacional por superar las desigualdades que afrontan las personas por su condición física, mental o sensorial, no es el primer documento que se ha aprobado respecto al tema pero dentro de esta se ocupa de

los principales problemas que afrontan, pues las personas en condición de discapacidad dependen de manera fundamental del entorno social, esto quiere decir que un medio social negativo puede convertir la discapacidad en invalidez y que, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de una manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad. Esto permite un cambio en la concepción acerca del discapacitado y en el entendimiento sobre los deberes de la sociedad para con él.

Se realiza además un análisis de la protección del derecho de la igualdad de las personas en condición de discapacidad en la jurisprudencia constitucional, al respecto la Corte precisa que por lo menos dos tipos de situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de esta población, por un lado la conducta actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro lado, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tiene derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad. La Corte hace énfasis en que el Estado no sólo debe evitar las eventuales discriminaciones contra la población con discapacidad, sino que además debe desarrollar políticas específicas, que permitan su rehabilitación e integración social. Así las cosas, manifiesta la Corte que no se constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

Por la fundamentación anterior la Corte ha declarado EXEQUIBLE la Ley 762 de 2002 la cual ratifica la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. De lo anterior, es pertinente indicar que esta convención fue suscrita en la ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999 y que el Estado Colombiano la ratificó hasta el año 2002, que esta

constituye una herramienta efectiva para la protección de los derechos pero que es obligación del Estado reafirmarla mediante políticas públicas, incluyéndola en investigaciones científicas, tecnología, desarrollo de medios y recursos diseñados para facilitar la vida autosuficiente e integración total.

2.1.7 Declaración de Cartagena de 1992 “Sobre políticas integrales para las personas con discapacidad en el área iberoamericana”. Esta declaración reconoce que es necesario crear políticas regionales de prevención de la discapacidad y atención integral a las personas discapacitadas y que estas deben tener en cuenta el contexto socioeconómico y ser coherentes con la política general de desarrollo económico y social de la región. Pues los países pertenecientes a la región requieren directrices comunes que orienten acciones coordinadas a nivel iberoamericano para el logro de la prevención de la discapacidad y de la integración sociolaboral efectiva de la población con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas.

Por esto, cuenta con unos objetivos y principios rectores cuyas acciones están encaminadas a prevenir la deficiencia y la discapacidad, a proporcionar la rehabilitación adecuada y a promover la vida independiente y la plena participación de las personas con discapacidad en la vida social y económica.

Los países de la región deben, por tanto, formular y ejecutar una política coherente y global en cooperación con las personas con discapacidades y con sus organizaciones, para asegurar la prevención efectiva de la discapacidad y la respuesta integral de las personas con discapacidad y lograr así su participación plena y su vida independiente en una sociedad capaz de ofrecerles apoyo afectivo e igualdad de oportunidades. Esta política integral, que ha de contemplar necesariamente niveles de intervención múltiples y simultáneos que deben

trascender el restringido ámbito de los centros de atención, proyectándose e involucrando a la comunidad, implica a todas las áreas de la vida social¹⁴⁰.

2.1.8 Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (2006). Podría pensarse que de lo anterior, existen suficientes instrumentos de carácter internacional que protegen los derechos de la población con discapacidad desde la Declaración de los Derechos Humanos que en su objetivo general se encuentra la protección hacia todos, mujeres, hombres, niños, niñas, adolescentes y refugiados. Sin embargo es necesario que desde la Asamblea General se garantice a poblaciones minoritarias que tienen diferentes barreras sociales una norma con carácter vinculante de los Estados para con la población en condición de discapacidad para que sean estos quienes proporcionen a todas las personas la oportunidad de vivir la vida con mayor plenitud posible¹⁴¹.

Este fue el propósito de la convención, promover, proteger y garantizar el disfrute pleno y por igual del conjunto de los derechos humanos hacia las personas con discapacidad, cubriendo una serie de ámbitos fundamentales tales como la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, educación, empleo, habilitación y rehabilitación, la participación en la vida política, la igualdad y la no discriminación. Esto no quiere decir que la convención cree derechos nuevos, sino que expresa los derechos ya existentes en una norma que atienda las necesidades de las personas en condición de discapacidad.

¹⁴⁰ INSTITUTO NACIONAL PARA SORDOS. MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Declaración de Cartagena sobre las políticas integrales para las personas con discapacidad en el área iberoamericana. Consultado el: 16 de Septiembre de 2017. Disponible en: http://www.insor.gov.co/descargar/declaracion_cartagena_politica_discapacidad.pdf

¹⁴¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

La Convención marca un cambio en el concepto de discapacidad, entendiendo que son las barreras y prejuicios de la sociedad las que marginan a esta población y que es obligación de los derechos humanos marcar pautas para lograr el bienestar social de las personas en condición de discapacidad.

Por lo anterior, los Estados se verán obligados a introducir medidas destinadas a promover los derechos de las personas con discapacidad y a luchar contra la discriminación. Estas medidas incluirán una legislación antidiscriminatoria, eliminarán leyes y prácticas que discriminen y se tendrán en cuenta para la creación de nuevos programas o políticas. A su vez se prestarán servicios, proporcionarán bienes y crearán infraestructuras accesibles a las personas con discapacidad.

2.2 NACIONAL

2.2.1 Constitución Política de Colombia. Así las cosas, en el año de 1991, se percibía un desbordado deseo del pueblo con ansias de un cambio real, con millones de ciudadanos quienes veían como el sistema en el que habían creído sus padres los había defraudado, en toda la nación se respiraba un denso aire de revolución, pero una que iba más allá de las balas y las armas, de la selva y los escondites, una que cambiaba los ríos de sangre por los de tinta, las fosas donde se sepultaban a cientos, por las urnas donde se depositarían los sueños de cambio de los colombianos representados en una papeleta.

Nuevamente, después de mucho tiempo, cada colombiano era simbolizado por el deseo popular y por miles de valientes que, sin importar el color de piel, la religión, incluso superando las diferencias políticas, aun así, se reunían como hilos que se iban tejiendo por las calles de la carrera Séptima de Bogotá, formando la bandera de una Nueva Constituyente.

Principales garantías constitucionales que se han desarrollado a partir de la Constitución de 1991 a favor de las PCD.

Esta nueva Constitución visibilizó a las minorías que siempre habían existido en Colombia, pero que gobierno tras gobierno, habían sido calladas, violentadas e incluso exterminadas, incluyendo a las PCD, y que fueron oídas gracias a *“La participación y gestión de los representantes de las personas con discapacidad en la Constituyente de 1991, permitió incluir los artículos 13, 42, 47, 54 y 68 en la Constitución Política de Colombia”*¹⁴².

Con base en lo anterior, se han desarrollado 5 pilares principales que se han elevado a rango constitucional, con el objetivo de garantizar los derechos de las PCD.

2.2.1.1 Principio de Igualdad

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan¹⁴³.

Este pilar fundamental sienta las bases de los derechos de las PCD, al reconocerles constitucionalmente el derecho a recibir un trato igualitario por parte de las instituciones, gobierno, y la sociedad, lo cual los posiciona en el mismo lugar ideal

¹⁴² UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. La discapacidad desde el horizonte de los derechos humanos. Facultad de Jurisprudencia. Consultado el: 30 de Julio de 2017. Disponible en: http://www.urosario.edu.co/Universidad-Ciencia-Desarrollo/ur/Fasciculos-Anteriores/Tomo-II-2007/PDF/2007_fasciculo13/ revista pág. 4.

¹⁴³ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 13. Consultado el 02 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

de respeto, que al resto de los colombianos, garantizándoles los derechos básicos pero también otorgándoles unas prerrogativas diferenciadoras, teniendo en cuenta claro, su condición física o mental. Al respecto la Corte es enfática al decir que:

La necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y la omisión de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. Ello, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones.¹⁴⁴

2.2.1.2 Salud y Seguridad Social.

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

Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (...)

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

El Preámbulo de la Constitución Política de 1991, determina como uno de los fines esenciales del Estado colombiano el de garantizar a sus integrantes la vida, y esto se consigue principalmente cuando se le da importancia al concepto de salud entendido como *“un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo”*. Así las cosas, la

¹⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 174 de 2004. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente D – 4769.

jurisprudencia constitucional ha señalado que, la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social' dentro del nivel posible de salud para una persona. Además, vale la pena enunciar como la Corte ha venido protegiendo este derecho por medio de tres vías:

La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.¹⁴⁵

Con base en lo anterior, es necesario recordar que anteriormente el precedente jurisprudencial reconocía el derecho a la salud, como derecho fundamental solo en la medida en que este tuviera conexidad con los derechos a la vida, igualdad o dignidad humana. Sin embargo, en algunas sentencias se evidenciaba la preocupación por consolidar el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, una de ellas es, la sentencia T-666 de 2004, cuyo M.P., fue Rodrigo Uprimny, en la cual, la Corte consideró que, existe “el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tiene el carácter de derecho fundamental autónomo”¹⁴⁶

En este punto, es preciso señalar que la Sentencia T-227 de 2003, con el M.P. Eduardo Montealegre Lynnet afirmó que:

¹⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

¹⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 666 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. Referencia: expediente T – 867202.

Será derecho fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir en la medida que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella.¹⁴⁷

Bajo este entendido, y aunque en la sentencia no se haga una mención específica del derecho a la salud, este satisface los dos requisitos anteriormente mencionados: Estar dirigido a garantizar el principio de la dignidad humana con la libre elección de cualquier plan de vida y la posibilidad de su exigencia como un derecho subjetivo. Además, es precisamente por esta relación entre salud y dignidad humana, que jurisprudencialmente continuo el viraje conceptual y teórico con el objetivo de proteger el derecho a la salud como un verdadero derecho fundamental, cumpliendo con características específicas como: ser universal, irrenunciable, inherente a la persona humana, integral e integrador, esencial para la materialización de una vida digna y con calidad, y vital para la eficacia real del principio de igualdad material, como reitera la Corte al enunciar que:

De allí que el carácter fundamental de ciertas prestaciones de salud a personas que se encuentren en condiciones de debilidad física o mental tiene como sustento la necesidad de garantizar el principio de la dignidad humana que es una de las bases más importantes de nuestro Estado Social de Derecho. Por eso, resulta necesario que el Estado depare una protección directa y eficaz a esta clase de personas, que debido a su incapacidad se les imponen barreras o se les aísla, impidiéndoles desarrollar sus actividades sociales, poniéndolos en condiciones de debilidad.¹⁴⁸

Ley Estatutaria de Salud.

Esta nueva atribución de fundamental es reiterada por el legislador en la Ley Estatutaria de salud No. 1751 del 16 de febrero de 2015, la cual representa un gran

¹⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 227 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Referencia: expediente T – 669050.

¹⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 666 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. Referencia: expediente T – 867202.

avance social en materia de derechos, al reflejar el espíritu de la Constitución de 1991, cuando en sus primeros artículos enuncia que:

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

Artículo 2 Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.¹⁴⁹

Estos dos artículos representan la base de una idea osada que, aunque como se ha observado no tuvo su origen en el legislador, si fue estudiada, analizada y entendida por diferentes magistrados que con sutileza fueron poniendo su ladrillo en esta gran construcción que permitió finalmente declarar el Derecho a la Salud como Fundamental, lo que además lo reconoció como un derecho autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo. Esto se traduce en unos servicios de salud oportunos y con un mayor grado de eficiencia, preservando la salud de todos los ciudadanos.

Es este principio pro homine, fundado en la dignidad humana el cual dicta que las normas deben ser interpretadas a favor de la protección de los derechos de los individuos, otorgando garantías que se manifiesten en una mejor calidad de vida de las personas.

¹⁴⁹ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1751 de 2015. 17 de Febrero. Consultado el 10 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.ins.gov.co/normatividad/Leyes/LEY%201751%20DE%202015.pdf>

Es por esto, que es pertinente referirnos a lo mencionado en la sentencia C- 313 de 2014, por medio de la cual se realizó el control previo de la constitucionalidad de esta ley, la cual en su artículo 2 afirma que:

Caracteriza el derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.¹⁵⁰

Así las cosas, la ley estatutaria marca una nueva referencia legal que es afín con los criterios jurisprudenciales que desde hacía varios años se venían tratando en la Corte Constitucional, sin embargo, vale la pena hacer un hincapié en la pasividad del legislador que, se rehúsa a tomar una posición firme en materia de defensa de un derecho tan preponderante como el de la salud, y que solo espera como los avances jurídicos sean promovidos por los doctrinantes y los vacíos suplidos por las Altas Cortes, a pesar de lo anterior, es destacable la protección especial que contempla el art 11 de la mentada ley, la cual protege a los sujetos de especial protección, garantizando con esto igualmente los derechos de las PCD:

Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.¹⁵¹

¹⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 313 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza. Referencia: expediente PE – 040.

¹⁵¹ CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1751 de 2015. 17 de Febrero. Consultado el 10 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.ins.gov.co/normatividad/Leyes/LEY%201751%20DE%202015.pdf>

El anterior artículo posee un gran valor, no solo desde el punto de vista jurídico, sino también como una reivindicación histórica, teniendo en cuenta toda la constante discriminación institucional que habían padecido las PCD, incluso en nuestra época moderna muchos fueron expulsados de los hospitales o simplemente brindándoles tratamientos vacuos, negando así cualquier mínima oportunidad de mejoría.

Por esta razón el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizó una observación general en cuanto a las Personas con discapacidad con el objetivo de que fueran legítimamente respetados por las autoridades institucionales y médicas. En la Observación General No. 5, en su numeral 34, el Comité afirma que:

Los Estados deben velar por que las personas con discapacidad, en particular lactantes y niños, reciban atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad. El derecho a la salud física y mental implica también el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales -incluidos los aparatos ortopédicos- y a beneficiarse de dichos servicios, para que las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social. De manera análoga, esas personas deben tener a su disposición servicios de rehabilitación a fin de que logren "alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad. Todos los servicios mencionados deben prestarse de forma que las personas de que se trate puedan conservar el pleno respeto de sus derechos y de su dignidad¹⁵²

2.2.1.3 Educación: En Colombia a lo largo de los años el acceso a centros educativos y a una educación de calidad, han sido temas recurrentes en las campañas electorales, buscando la aprobación de los maestros, los padres y en general el electorado, sin embargo estas propuestas no son tenidas en cuenta una vez ganadas las elecciones; por esta razón, son continuas las exigencias que se soliciten al Ministerio de Educación para garantizar objetivamente el derecho a la educación, puesto que se ha evidenciado a lo largo de los años falta de programas efectivos y una disposición tajante del gobierno para el mejoramiento de la calidad de la educación en el país.

¹⁵² Observación General No. 5: Las personas con discapacidad. Consultado el: 10 de Agosto de 2017. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>

Así las cosas, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas realizó un documento donde se compilan las observaciones finales sobre los informes periódicos que ha realizado Colombia, y que son adoptadas por el Comité en su sexagésimo período de sesiones los cuales se llevaron a cabo el 12 al 30 enero de 2015. En el mismo, al realizar un análisis de los progresos obtenidos hasta ahora en materia de educación, formación y orientación profesional, el Comité acogió con satisfacción las propuestas orientadas hacia la educación gratuita en todos los niveles educativos, sin embargo, también se presentaron preocupaciones, tales como:

- La baja calidad de la educación, debido a un presupuesto insuficiente, lo que resulta en una infraestructura insuficiente y deficiente y la falta de maestros cualificados.
- La alta tasa de deserción escolar, las medidas insuficientes para identificar y abordar sus causas y los reportes sobre el abandono escolar de niñas por embarazo¹⁵³.

Por lo anterior, se pueden evidenciar las fallas estructurales en el sistema general de educación que impide que los niños y niñas, accedan a un nivel de escolaridad óptimo para la realización de su calidad de vida, aunque esto es inaceptable, no se compara a las precarias oportunidades que tienen los niños en condición de discapacidad ya sea física o mental, puesto que son menos las instituciones que ofrecen una educación especial y garantista que satisfaga en buena medida las necesidades únicas que tienen estos niños.

¹⁵³ Comité de los Derechos del Niño: Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto de Colombia, adoptadas por el comité en su sexagésimo periodo de sesiones del 12 al 30 de enero de 2015. Consultado el: 20 de Agosto de 2017. Pág. 18. Disponible en: http://www.campanaderechoeducacion.org/primerainfancia/wp-apyus/wp-content/uploads/2015/06/Observaciones_Finales_CDN_TraduccionNoOficial1-1.pdf

Por esta razón, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, emitió sus preocupaciones respecto de las condiciones a las que son sometidas los niños y las niñas en condición de discapacidad en Colombia, determinando que:

- a) Algunas regulaciones todavía deben ser adoptadas para garantizar la implementación de las disposiciones legales pertinentes.
- b) No existe una estrategia para lograr una educación inclusiva, servicios inclusivos, edificaciones accesibles, servicios de salud adecuados y actividades de recreación no están disponibles, en particular en las zonas rurales, y han sido adoptadas medidas insuficientes para garantizar la coordinación entre las entidades pertinentes.
- c) No se cuenta con datos desagregados sobre niños y niñas con discapacidad.¹⁵⁴

Es alarmante la situación actual de los niños y niñas en situación de discapacidad, puesto que ni siquiera existen datos concretos y actualizados los cuales puedan ser objeto de estudio para garantizar los derechos de estos niños. Actualmente se tienen determinados los datos recabados en el Censo general realizado por el DANE, en el año 2005, de acuerdo con esta fuente, para dicho año existían 96.273 niños y niñas menores de 5 años con algún tipo de discapacidad, los cuales representaban el 2,0% de la población en esta edad.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Ibíd. Pág. 13

¹⁵⁵ Cartilla Ministerio de Salud y Protección Social. Discapacidad en la primera Infancia: Una realidad incierta en Colombia. Marzo de 2013. Bogotá D.C.

Tabla 1. Población censada en primera infancia con alguna limitación permanente

<i>Edad</i>	<i>Total</i>	<i>Acumulada</i>	<i>Cabecera</i>	<i>Acumulada</i>	<i>Resto</i>	<i>Acumulada</i>
0 años	19.014	19.014	11.749	11.749	7.264	7.264
1 año	16.086	35.100	10.152	21.901	5.934	13.198
2 años	14.063	49.163	9.696	31.597	4.366	17.564
3 años	13.898	63.061	9.543	41.140	4.356	21.920
4 años	16.482	79.543	11.525	52.665	4.957	26.877
5 años	16.730	96.273	11.253	63.918	5.477	32.354
%	-		66,4%		33,6%	

Fuente: DNE, Censo General, Colombia, 2005.

Según la tabla anterior el 66,4% de los niños y las niñas con discapacidad en Colombia, vivían en cabeceras urbanas, mientras que el restante 33,6% habitaba en zona rural.

Después del Censo del 2005, se creó el Registro para la Localización y Caracterización de la Población con Discapacidad (RLCPD), aunque cuenta con un efectivo sistema de intercambio y actualización de información, carece de una amplia cobertura poblacional que no permite dar cuenta de la situación global. De acuerdo al RLCPD para marzo del 2010 se encontraban registrados apenas 23.004 niños y niñas menores de 5 años con discapacidad.

2.2.1.4 Trabajo

Artículo 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Son diversas las barreras materiales que ha impuesto la sociedad a quienes se encuentran en una condición de discapacidad, sin embargo, la brecha laboral que se evidencia en la actualidad, en muchas ocasiones supera con creces las demás, toda vez, que son pocas las instituciones y empresas que tienen el sentido humano para contratar a estas personas, lo anterior, sumado al imaginario colectivo que ha relacionado desde los inicios de la vida en comunidad, la mendicidad con la discapacidad.

Así las cosas, no es nada común encontrar a una PcD siendo un trabajador que tenga todas prestaciones sociales de ley, puesto que, los pocos que les ofrecen empleo, se aprovechan de su condición para imponer más cargas horarias por menos retribución salarial; o cuando el trabajador por algún accidente o causas laborales sea diagnosticado con alguna discapacidad, el empleador busca maneras al borde de la ley para desvincular de la entidad a la ahora PcD.

Con el propósito de evitar estos abusos, la Corte garantiza el derecho de la “estabilidad laboral reforzada” al enunciar que:

Quando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, adquiere relevancia el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.¹⁵⁶

Lo anterior, como un avance jurisprudencial obediente a los principios constitucionales que evitan que por razones discriminatorias se retiren de su trabajo a este grupo poblacional.

¹⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 531 de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente D – 2600.

De lo anterior, es posible deducir que con la promulgación de la Constitución de 1991 se brinda una protección efectiva no sólo a la población en condición de discapacidad sino a aquellos grupos minoritarios que estaban siendo desconocidos en el anterior marco legal. Sin embargo, a pesar de las normas existentes, de su desarrollo jurisprudencial, y de la creación de políticas públicas que intentan garantizar sus derechos, en la práctica no se ha dado el mismo avance debido a los prejuicios de la sociedad colombiana.

2.2.2 Ley 361 de 1997 – Ley de discapacidad. Esta ley, entrada en vigor el 11 de febrero de 1997, resulta ser el primer instrumento jurídico nacional expedido por el Congreso de la República a favor de las personas en condición de discapacidad estableciendo mecanismos de integración social y cuyo objetivo general es el reconocimiento de la dignidad que le es propia a la población con discapacidad y sus derechos económicos, sociales y culturales para la realización persona¹⁵⁷. Además de reglamentar situaciones referentes en cuanto a la prevención, educación y rehabilitación, integración laboral, bienestar social, y accesibilidad para las personas con discapacidad.

Esta ley se fundamenta en los artículos 13, 47, 54 y 68 de la Constitución Nacional que reconocen la dignidad propia de las personas en condición de discapacidad buscando la normalización plena de manera armónica con las disposiciones internacionales.

2.2.3 Decreto 2082 de 1996. Esta ley tiene por objetivo general reglamentar la atención educativa para las personas en condición de discapacidad o talentos excepcionales¹⁵⁸ entendiendo que hacen parte del servicio público educativo y que se atenderá con la ley general de educación 115 de 1994.

¹⁵⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 361 de 1997. 7 de febrero. Bogotá DC. Publicada en el Diario Oficial No. 42.978.

¹⁵⁸ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2082 de 1996. En desarrollo de lo dispuesto en el capítulo 1 del título III de la ley 115 de 1994.

Es de resaltar que en Colombia se estuviese mencionando por primera vez la inclusión social de la población en condición de discapacidad en la educación formal e informal, principalmente porque esta encaminada a lograr una integración mediante estrategias pedagógicas, medios y lenguajes comunicativos apropiados, experiencias y apoyos didácticos, terapéuticos y tecnológicos de una organización de los tiempos y espacios dedicados ala actividad pedagógica y de flexibilidad en los requerimientos de la edad que respondan a las diferentes particularidades.

Además de mencionarlo, en la misma ley se encuentra estipulado el apoyo financiero que recibirán las entidades territoriales para lograr el cumplimiento de la misma, aumentando la calidad de vida de la población en condición de discapacidad al permitir el acceso a la educación con programas que se adecuen a las necesidades que se deriven de su discapacidad y que permitan lograr un adecuado desarrollo social.

2.2.4 Ley 1346 de 2009. Por medio de esta ley Colombia como Estado parte de la Organización de las Naciones Unidas ratifica la “*Convención Internacional de los derechos de las personas con discpaacidad*”¹⁵⁹ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, este es uno de los más grandes pasos que ha dado el país en el reconocimiento de las personas en condición de discapacidad, pues dentro de la misma es posible encontrar acciones y políticas que aseguren que esta población disfrute de todos los derechos en igualdad de condiciones.

La Convención para a constituirse en una herramienta jurídica que a partir de la ratificación forma parte del ordenamiento jurídico colombiano y será un instrumento judicial a la hora de presentar acciones o reclamos judiciales.

¹⁵⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1346 de 2009. Diario Oficial No. 47427. 31 de julio de 2009. Pág. 54.

Cabe resaltar que esta convención provee un marco normativo de avanzada para que la garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad sea una realidad, pero es compromiso de las autoridades y de la sociedad que se materialicen los cambios estructurales que se encuentran en su contenido, estos son la accesibilidad, la educación, el trabajo, la salud y la capacidad jurídica de las personas en condición de discapacidad.

Para ahondar mas acerca de esta ley que resulta ser de gran importancia para el presente trabajo de investigación se estudiará la sentencia por medio de la cual la corte constitucional realiza el debido análisis a la convención, estudiando si esta se acoge al ordenamiento jurídico colombiano y los artículos relativos a los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad

Sentencia C 293 de 2010

Revisión de la Ley 1346 de julio 31 de 2009, *“Por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad’ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”*.

Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Bogotá, 21 de Abril de 2010

La Corte inicia su análisis revisando los argumentos presentados por algunas entidades intervinientes, quienes resaltaron la participación activa del Estado colombiano en la incorporación de esta Convención al bloque de constitucionalidad con el fin de proteger los derechos y reconocer la dignidad humana de quienes conforman esta población, que ha sido contantemente discriminada. Posteriormente, revisa el objeto del tratado y al contrastarlo con el artículo 13 Constitucional, el cual determina que es un deber del Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real, y adoptar las medidas a favor de los

grupos marginados, concluye que, por medio de las acciones afirmativas propuestas desde el inicio de la Convención se garantizará la supresión de las barreras sociales e institucionales que impiden el ejercicio efectivo de los derechos de las PcD.

En el mismo sentido la Corte analiza el capitulo completo de la Convención, sin embargo, para efectos de la presente investigación, se hará énfasis solo en algunos artículos y su respectivo comentario de la Corporación con el objetivo de reforzar el análisis de los derechos que hacen referencia a la sexualidad y reproducción de las PcD.

Así las cosas, es pertinente retomar el artículo 8 de la Convención que hace referencia a la *Toma de conciencia*, donde los Estados partes se comprometen a realizar campañas de sensibilización y comunicación dirigidas a la superación de prejuicios, costumbres o estereotipos usualmente existentes en relación con las personas discapacitadas, al reconocimiento de sus méritos y habilidades, y a la viabilidad de su plena inclusión social. Sin embargo, es paradójico como muchos de estos estereotipos han sido reforzados desde las mismas instancias judiciales, incluso por parte de la Alta Corporación, cuando no se reconocen sus habilidades y autonomía a la hora de decidir sobre el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Sin embargo, respecto del artículo 23, el cual versa sobre la protección de los derechos sexuales y reproductivos, y la autonomía para decidir sobre estos, la Corte solo los cita de manera incipiente y no realiza un análisis concienzudo sobre la relevancia de estos principios y su debida aplicación en la jurisprudencia constitucional.

Para la Corte, la Convención objeto de análisis tiene un carácter de acción afirmativa, lo que la dota de un factor altamente incidente de exequibilidad, toda vez que, busca disminuir y suprimir las barreras impuestas por la sociedad que impide el ejercicio efectivo de los derechos de las PcD.

Por otra parte, la Corte observa que las cláusulas que conforman el articulado de la Convención, reflejan una postura moderna e inclusiva respecto de los derechos de las PcD y además son acordes con los criterios desarrollados en la jurisprudencia, lo que conduce a la exequibilidad de esas disposiciones. Sin embargo es necesario recalcar que en lo referente a los derechos sexuales y reproductivos no en todas las sentencias se han mantenido los criterios contemplados en esta Convención, por lo que en este sentido la Corporación peca de optimismo.

Finalmente, se destacan los principios de reconocimiento y exaltación de la autonomía del individuo, por lo que, se busca protegerlos de los procedimientos que los restringen y que además imponen dificultades mayores en el ejercicio de los derechos de las PcD.

Por lo tanto la Corte declara exequible la Ley 1346 de julio 31 de 2009, *“Por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad’ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”*. No se presenta ninguna aclaración o salvamento de voto.

2.2.5 Ley estatutaria 1618 de 2013. Esta ley establece las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y ajustes razonables eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad¹⁶⁰.

¹⁶⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley Estatutaria 1618 de 2013. febrero 27 de 2013. Diario Oficial: 48.717.

Para lo pertinente la ley define discapacidad como aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Dentro de la presente ley es posible encontrar que vincula a las entidades públicas de orden nacional, departamental, municipal, distrital y local en el marco del Sistema Nacional de la Discapacidad indicando que estas son responsables de la inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad, asegurando que todas las políticas, planes y programas garanticen el ejercicio total y efectivo de sus derechos.

Además impone como deberes de la familia, las empresas privadas, las organizaciones no gubernamentales, los gremios y la sociedad en general:

1. Integrar las veedurías locales y municipales.
2. Las empresas, los gremios, las organizaciones no gubernamentales, las Cámaras de Comercio, los sindicatos y organizaciones de personas con discapacidad, integrarán el Consejo para la Inclusión de la Discapacidad, que para el efecto se crea en el numeral 11 del artículo 5°. Este consejo tendrá como fin coordinar las acciones que el sector privado adelante con el fin de coadyuvar al ejercicio de los derechos y la inclusión de las personas con discapacidad.
3. Promover, difundir, respetar y visibilizar el ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad.
4. Asumir la responsabilidad compartida de evitar y eliminar barreras actitudinales, sociales, culturales, físicas, arquitectónicas, de comunicación, y de cualquier otro

tipo, que impidan la efectiva participación de las personas con discapacidad y sus familias.

5. Participar en la construcción e implementación de las políticas de inclusión social de las personas con discapacidad.

6. Velar por el respeto y garantía de los derechos de las personas con discapacidad.

7. Denunciar cualquier acto de exclusión, discriminación o segregación contra las personas con discapacidad.

Por último se ordena crear un mecanismo independiente para la promoción, protección y supervisión del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad previstos en esta ley, así como de la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que se constituya como el mecanismo responsable para todas las cuestiones relativas a estos derechos y a la Convención, incluyendo la coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto¹⁶¹.

De esta ley la corte constitucional realiza una revisión al proyecto de ley presentado en el Congreso para determinar la constitucionalidad de la misma, esta se hace mediante la sentencia C 765 de 2012¹⁶².

¹⁶¹ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Balance del proceso reglamentario Ley 1618 de 2013. Consultado el: 16 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/documento-balance-1618-2013-240517.pdf>

¹⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 765 de 2012. MP: Nilson Pinilla Pinilla. 03 de octubre de 2012.

Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria número 092 de 2011 Cámara - 167 de 2011 Senado, *“por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”*.

Procede la Corte a decidir sobre la exequibilidad del Proyecto de la Ley Estatutaria en cuestión, sin embargo, se analizará lo relativo a los derechos de las PcD. Inicia la Corporación resaltando el gran interés por parte de la comunidad internacional, la ciudadanía y las autoridades de Colombia, con respecto de la situación que afronta la comunidad en condición de discapacidad y de generar ambientes en pro de su protección e integración a la sociedad, teniendo en cuenta que representan el 6% de la población nacional.

En ese sentido, la Corte procede a analizar el concepto de las acciones afirmativas, puesto que, a su parecer es una piedra angular en este proyecto de ley, por lo tanto, reitera el art 13 constitucional, el cual determina que es un deber del Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real, y adoptar las medidas a favor de los grupos marginados. Así las cosas, se enuncia el artículo 47, que hace referencia a estas acciones afirmativas orientadas específicamente a las PcD. Y con base en la interpretación de estas normas constitucionales se analizarán los artículos del proyecto de ley, que los dota de un *factor altamente incidente en la exequibilidad*. Por lo anterior, concluye la Corporación que, el contenido de los artículos 7° a 26 del proyecto resultan acordes a la Constitución.

La Corte declara exequible casi la totalidad del articulado presentado en el proyecto de ley, a pesar de esto, solo una magistrada presentó aclaración de voto, pero al no referirse al análisis de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD, si no a aspectos de requisitos formales del trámite legislativo, no representa importancia para la presente investigación.

2.2.6 Política pública en Colombia sobre derechos sexuales y reproductivos.

Antes de abordar sobre esta política, es menester indicar que la misma se encuentra a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social, y que la misma toma como referente la normatividad internacional para su creación, tiene como objetivo:

Velar por la salud integral, salud sexual y salud reproductiva de las personas y su entendimiento como medio para que el bienestar físico y mental sea posible, para los pueblos, grupos y comunidades de este vasto país sin ningún distingo propiciado en la diferencia o o las condiciones de vulnerabilidad en que puedan encontrarse inmersos y donde el enfoque de derechos, género y diferencial sea realmente materializado a través de la prestación de servicios de calidad, humanizados, dignos y solidarios¹⁶³.

Es así como en todo momento la política pretende darle un nuevo sentido y resignificar la vivencia de la sexualidad como condición esencialmente humana y su pleno disfrute, desde una visión ampliada que incluye lo relacional-comunicacional, erótico, afectivo y reproductivo, donde se entiende el cuerpo como el espacio para el desarrollo político y social en el ejercicio de la ciudadanía.

A pesar de la existencia de una Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva (PNSSR)¹⁶⁴ del año 2003, el Ministerio entiende que debido a los cruciales avances y visiones que se han adelantado los últimos años por la búsqueda del ejercicio efectivo de los derechos y la garantía integral de las demandas de sexualidad, derechos sexuales y reproductivos, es necesario actualizar la política y definirla

¹⁶³ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Libro Política sobre Derechos Sexuales y Reproductivos en Colombia. Consultado el: 20 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%2010.pdf>

¹⁶⁴ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2003. Bogotá DC. Consultada el: 20 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/POL%C3%8DTICA%20NACIONAL%20DE%20SALUD%20SEXUAL%20Y%20REPRODUCTIVA.pdf>. De la lectura de esta política fue posible analizar que dentro de la misma no se encontraban estipulados los derechos sexuales y reproductivos para los grupos vulnerables, esta política se limitaba a dar pautas para la prevención de enfermedades de transmisión sexual como el VIH y mecanismos de asistencia e información para que no se dieran embarazos no deseados o en población muy joven.

como una prioridad en la salud pública, mediante la inclusión a los grupos en condiciones de vulnerabilidad como:

*“las personas en condición de discapacidad, aquellas privadas de la libertad, habitantes de la calle, personas con orientaciones sexuales o identidades diversas de género, en situación de trabajo sexual, víctimas de conflicto armado y desplazamiento”*¹⁶⁵.

Los mencionados grupos encuentran debido a una serie de factores sociales limitaciones para el disfrute de su sexualidad o reproducción de manera plena, satisfactoria, informada, libre y responsable por lo que es necesaria la aplicación del enfoque diferencial en los procesos de atención a la salud sexual y reproductiva que permitan la consideración de sus necesidades específicas.

Es posible encontrar los DSR dentro de III Conferencia sobre Población y Desarrollo de El Cairo, al hacer referencia a los DSR, enuncia que:

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos¹⁶⁶

La anterior referencia es tomada por distintos actores sociales, políticos y jurídicos para sentar las bases de los DSR en los distintos ordenamientos internacionales y nacionales. Tal es el caso de nuestra Corte Constitucional que hace una distinción

¹⁶⁵ Ibíd. 168.

¹⁶⁶ Informe de la III Conferencia sobre Población y Desarrollo de El Cairo, de 1994

entre los derechos sexuales de los reproductivos cuando afirma que: *“sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda”*¹⁶⁷

Entonces los DSR se pueden enumerar como: libertad de decidir sobre el cuerpo, acceder a servicios de salud sexual y reproductiva educación dirigida al desarrollo de la persona el ejercicio responsable de la sexualidad en forma plena, libre e informada, métodos de anticoncepción, información sobre la interrupción del embarazo en los casos que establece la ley, elección de casarse, cómo, cuando y con quién, decidir si se quiere o no tener hijos, cuántos y cuándo, derecho a vivir libre de violencia sexual, mutilación genital femenina, embarazos forzados, abortos forzados, esterilización forzosa, matrimonios forzados y precoces¹⁶⁸.

La nueva política busca que se superen los paradigmas de la sexualidad como riesgo y la gestión de salud limitada a evitar la ocurrencia de eventos negativos o patologías, y asume a la sexualidad desde su potencial en la realización de los seres humanos y como insumo para la creación de transformaciones políticas y sociales para el logro de la calidad de vida, solidaridad humana y ciudadanía.

Es de suma importancia mencionar que los derechos sexuales y reproductivos se desarrollan dentro del marco de los derechos humanos y su que *“su ejercicio es esencial para el goce de otros derechos fundamentales”*¹⁶⁹, y que los mismos exigen que se materialicen efectivamente a través de la prestación de servicios tanto en el sector de salud, como desde la comunidad.

¹⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 274/15 MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶⁸ FUNDACIÓN HUÉSPED. Prevención, Ciencia y Derechos. Derechos Sexuales y Reproductivos. Consultado el: 20 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/que-son-y-cuales-son/>

¹⁶⁹ Informe del Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo, 2013.

Por esto, la política se dirige a la totalidad de los habitantes del territorio nacional, independientemente de sus circunstancias de diversidad, armonizada con los enfoques de derechos, género, diferencial entre otros, dentro de determinantes sociales de la salud. Los componentes que desarrolla la política son:

- 1) Promoción de los derechos sexuales, derechos reproductivos y equidad de género
- 2) Prevención y atención integral en salud sexual y salud reproductiva desde un enfoque de derechos que se desarrollan a través de tres líneas operativas: Promoción de salud, gestión del riesgo en salud y gestión de la salud pública¹⁷⁰.

Estos componentes deben ir ligados a políticas afines como el género, la salud mental, discapacidad, convivencia escolar y formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar; prevención del consumo de sustancias psicoactivas, políticas de reparación de víctimas o prevención de la criminalidad, restitución de tierras, entre otras políticas que incluyan vivienda, calidad de educación, hábitat y medio ambiente y toda la inversión del Estado en los procesos sociales para potenciar el desarrollo humano.

Los principios desde los cuales se sustenta la política sobre derechos sexuales y derechos reproductivos, son la base que permite desarrollarlos y que deben ser interiorizados por toda la población para entender su doble función tanto de demandante de servicios como de garante de derechos, estos se concretan en:

- a) La sexualidad como una condición humana, que debe ser liberada de la carga moral y observarse desde el ámbito de los derechos y el respeto por las personas, quienes son el centro alrededor del cual gravitan las políticas en el marco de una

¹⁷⁰ Ibíd. 168.

moral laica. En este sentido el Estado a través de sus instituciones debe propiciar, facilitar y proveer condiciones necesarias y favorables para el disfrute de la sexualidad libre y responsable, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos que de ella se originen.

- b) Igualdad y equidad, como cualidades primordiales de las personas, aceptando que todas son iguales, únicas y diversas, es decir iguales en la diferencia.
- c) Diversidad y no discriminación, cada persona es diferente por lo tanto cuenta con una identidad íntimamente vinculada con la dignidad humana dentro de este se configura el concepto de “cero discriminación” por condición de sexo, género, orientación sexual, identidad de género cultura y otros.
- d) Diferenciación entre sexualidad y reproducción, entendiendo que la sexualidad abarca el campo de la autonomía personal moldeada en lo social, y la reproducción desde una condición biológica.
- e) Libertad sexual y libertad reproductiva, cuyo núcleo de realización es la anticoncepción y cuya expresión es el respeto a la dignidad humana, de esta manera se materializan en las decisiones personales.

Dentro de la política se puede encontrar que su contenido conceptual se deriva de la normatividad internacional y las normas constitucionales, más específicamente desde el artículo 13 de la carta política que consagra el principio de igualdad en todas las personas y que como una obligación del Estado este tomará medidas que promuevan condiciones para que esta igualdad sea real y efectiva, reduciendo inequidades y diferencias y garantizando a los ciudadanos una vida digna a través de medidas afirmativas.

El derecho a la igualdad está interrelacionado con el principio de dignidad, el derecho a la libertad y el derecho a la salud por lo que debe tenerse en cuenta que este último es un derecho autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo aludiendo al bienestar físico, mental y social. Así mismo, los derechos sexuales y reproductivos entendidos desde estos tres pilares, se desarrollan en la libertad

sexual, libertad de pensamiento, intimidad, información, autonomía reproductiva esto para lograr que las personas puedan vivir libres, sin discriminación, riesgos o amenazas, coerción o violencia en la toma decisiones y que disfruten plenamente sus derechos sexuales y reproductivos entendidos así mismo que los derechos humanos, inherentes e irrenunciables.

Para tener más claridad al respecto la política enuncia el enfoque de derechos teniendo que este:

Implica la necesidad de informar y promover un diálogo público y respetuoso, que incluya diferentes perspectivas jurídicas, ideológicas y éticas que permitan el reconocimiento de sí mismo y del otro como sujeto de derechos, a fin de promover y permitir el disfrute de una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, no en lo referente a una salud oportuna y apropiada sino en el desarrollo de los principales determinantes de la salud, teniendo en cuenta el punto de vista personal de cada ciudadano como capaz de decidir autónomamente y de acuerdo con su conciencia¹⁷¹.

Este enfoque de derechos enfatiza la necesidad de evitar cualquier discriminación, resalta el respeto a la diversidad cultural y promueve a su vez una mejora en las condiciones de vida de la población.

Dentro del enfoque de derechos, se encuentra el componente de enfoque de género, este parte del:

Reconocimiento de la construcción sociocultural de lo femenino y lo masculino que alude al sistema de relaciones sociales, a partir de las cuales se establecen normas, formas de comportamiento, prácticas, costumbres, atributos y actitudes sociales y psicológicas para el ser femenino y masculino.¹⁷²

¹⁷¹ Ibíd. 168.

¹⁷² Ibídem.

Este enfoque busca relaciones simétricas entre ambos sexos, logrando la superación de violencias, de desigualdad y discriminación que han afectado principalmente al mundo femenino y atenúan las repercusiones negativas para lo masculino por su poder hegemónico.

En el campo de la salud sexual y la salud reproductiva, el enfoque de género permite reflexionar sobre los mecanismos históricos y socio culturales que ponen a hombres o mujeres, particularmente a las mujeres en situación de vulnerabilidad frente al riesgo de enfermar o morir pues están sujetas a procesos biológicos como el embarazo, parto, aborto, y a procesos sociales como la planificación familiar, la violencia, discriminación y abuso sexual que se ejerce en su contra por el hecho de identificarse con el género femenino.

El género se articula con la pertenencia étnica, orientación sexual, identidad de género, movimiento del ciclo vital, discapacidad, la victimización por el conflicto armado u otras formas de violencia, desplazamiento forzado, procesos migratorios las cuales sumadas potencian condiciones de inequidad que afectan especialmente a las mujeres, como ejemplo: una mujer de escasos recursos perteneciente a un grupo étnico y desplazada será mayormente vulnerada.

El caso que atañe al problema de la investigación se encuentra además del género, dentro del enfoque diferencial pues este:

Supone el reconocimiento de la equidad e inclusión a los ciudadanos excluidos y privados de sus derechos y libertades. Es decir, el derecho a ejercer una ciudadanía desde la diferencia en escenarios de una democracia participativa, e inclusión igualitaria de ciudadanos y ciudadanas en la escena política y en la toma de decisiones en la esfera íntima, privada y pública.¹⁷³

¹⁷³ Baquero, R. Desarrollo psicológico y escolarización en los Enfoques Socio- Culturales: nuevos sentidos de un viejo problema. En: Avances en Psicología Latinoamericana, 27(2), 2009. pp. 263-280.

El enfoque diferencial tiene en cuenta las condiciones y posiciones de los distintos actores sociales, reconocidos como “sujetos de derechos”, inmersos en particulares dinámicas culturales, económicas, políticas, de género y de etnia. Así mismo, tiene en cuenta los ciclos de vida de esta población y vulnerabilidades que puedan conducir a ambientes limitantes como es el caso de la discapacidad y de condiciones sociales como ser víctimas de violencia, conflicto o desplazamiento.

Entonces de acuerdo con lo anterior, en la atención de poblaciones en contextos de vulnerabilidad, el enfoque diferencial considera la adecuación de servicios y acciones por parte de la institucionalidad para el reconocimiento de particularidades sociales, culturales, religiosas entre otras y ofrecer respuesta a las demandas de garantía de los derechos fundamentales de la población.

A su vez, la incorporación de este enfoque permite distinguir las diversidades propias de los sujetos, las desigualdades injustas y evitables que deben ser corregidas por acciones del Estado y sociedad en su conjunto, teniéndose en cuenta a la hora de diseñar políticas o proveer servicios a estas diferencias.

Debido a que la salud sexual y reproductiva se expresa de forma diferente a lo largo del transcurso de la vida y requiere atenciones diferentes deben tenerse en cuenta los problemas que presenta cada población en condición de vulnerabilidad para que se creen mecanismos que contribuyan al entendimiento de sus derechos, (dignidad, libertad, igualdad, vida, integridad, autonomía, confidencialidad, intimidad) y que sea cada institución prestadora de salud quien promueva, el ejercicio y la realización del derecho a vivir una sexualidad plena encontrando accesibilidad, disponibilidad, calidad y solidaridad.

Como conclusión, el enfoque de derechos, se orienta a crear mecanismos para que las personas comprendan sus derechos, y superen la inequidad que impida su realización humana y deben ser las instituciones quienes generen modelos de

gestión de la sexualidad y los derechos sexuales y derechos reproductivos que respondan a toda la gama de diversidades.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Dentro de este capítulo se examinarán los respectivos pronunciamientos de la Corte Constitucional en Colombia, órgano máximo encargado de salvaguardar los derechos fundamentales sobre el tema objeto de estudio, es decir, los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad, teniendo como marco referenciador el libro de Javier Tamayo Jaramillo, Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁷⁴ evaluando:

- a) Los hechos jurídicamente relevantes
- b) Principios constitucionales vulnerados
- c) Formulación del problema
- d) Interpretación conforme
- e) Posición de la Corte Constitucional
- f) Resuelve

Los anteriores criterios de evaluación cuya naturaleza deviene del método de la hermenéutica jurídica entendida como la técnica que tiene como fin la interpretación¹⁷⁵, servirán entonces para determinar los criterios utilizados por la Corte Constitucional en sentencias relativas a los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad desde el año 2000.

¹⁷⁴ TAMAYO Jaramillo, Javier. La decisión Judicial – Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Editorial DIKE. ISBN: 978-958-731-696.

¹⁷⁵ PINTO Lozano, Luz Maria. Hermenéutica Jurídica. 29 de abril de 2013. Consultado el: 19 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://docenteuniciencia.blogspot.com.co/2013/04/hermeneutica-juridica.html>

3.1 SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL ANTERIORES A LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 1346 DE 2009

3.1.1 Sentencia C 246 de 2002

Normas demandadas:

Código Civil. Artículo 6. Numeral 6 de la Ley 25 de 1992:

Son causales de divorcio:

5. Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, de uno de los cónyuges que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, 9 de abril de 2002

Se indica dentro de esta sentencia que este numeral vulnera los artículos 1 y 95 de la Constitución Política, toda vez que en la carta política, se consagraron desde su creación por parte de la Asamblea Nacional Constituyente una serie de principios constitucionales quienes serían los pilares sobre los cuales se conformaría el Estado Social y Democrático de Derecho y Derechos del cual se hace parte, dentro de estos principios se encuentra el de la solidaridad, y se establece que *“es deber de todas las personas obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”*.

El demandado alega que este artículo vulnera directamente este principio pues *“brinda la oportunidad al cónyuge sano de incumplir las obligaciones respecto del otro cónyuge contraídas al momento de la celebración del matrimonio”* hecho que contribuye a la:

Desestabilización social y consecuentemente a la desintegración del núcleo familiar, como quiera que se le abren las puertas a la legitimación de la conducta deshumana del cónyuge que fría, indiferente e insolidariamente resuelve divorciarse del cónyuge enfermo sometido a circunstancias difíciles y quizás angustiosas, condenándolo en ese momento a padecer en soledad la enfermedad que le agobia. Por otra parte, se debe considerar que en la actualidad existen medios idóneos de protección indicados en normas de higiene y de salud tendientes a evitar el contagio y proliferación de enfermedades en las personas, a las cuales puede recurrir el cónyuge sano para evitar la contaminación a la que hace mención el artículo demandado”

De acuerdo a lo anterior, el problema jurídico suscitaría en: ¿El contenido normativo que señala como causal de divorcio toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, de uno de los cónyuges que ponga en peligro la salud mental o física del otro e imposibilite la comunidad matrimonial configura una violación del deber de solidaridad al que alude el artículo 95 en concordancia con el artículo 1 de la Constitución Política?

Dentro de la fundamentación jurídica de la sentencia en cuestión, la Corte precisa a realizar una comparación de los deberes constitucionales y de las obligaciones legales, y hace mención a los deberes del matrimonio dentro de los cuales se encuentran “*guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida*”, según lo anterior ¿cuál sería el alcance de la obligación de socorro y ayuda mutua?,

Para la Corte con este artículo en cuestión no se está violando el principio de solidaridad, pues este justamente menciona que para este su fin radica en la realización de “*acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas*” y que dentro del vínculo matrimonial, no exige del principio que se deba permanecer casado, sino justamente la protección económica que requiera, es decir, la obligación de socorro y ayuda queda reducida a la exigibilidad de suministrar al otro las condiciones necesarias para una subsistencia digna a pesar de su enfermedad, impidiendo así que se violente no solo el principio de solidaridad sino el de la dignidad humana del cónyuge enfermo.

Ahondado lo anterior, la Corte reitera que las obligaciones dentro del matrimonio no son ilimitadas, pues deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales del otro tales como la integridad, dignidad, igualdad y autonomía personal, y estos prevalecen sobre las obligaciones conyugales de socorro y ayuda, indicando que no debe imponerse a un cónyuge auxiliar, acompañar y apoyar al otro que se encuentre enfermo gravemente o discapacitado, es decir no debe exigirse al otro sacrificios que pongan en peligro la existencia de su propio ser haciendo el papel de mártir o el renunciar a convivir en una familia si no lo desea.

Sin embargo, después la Corte procede a tomar el artículo 6 en toda literalidad, reuniendo tres condiciones que deben tener concurrencia entre ellas, para que así se configure esta causal éstas son:

- a) La enfermedad o discapacidad grave e incurable de uno de los cónyuges
- b) La consecuente amenaza a la salud del otro
- c) La imposibilidad de la comunidad matrimonial

Para la Corte, esta causal no desprotege el derecho a la familia ni vulnera los derechos del cónyuge enfermo ya que no basta aludir a cualquier tipo de enfermedad o discapacidad, esta enfermedad debe poner en peligro la salud del otro cónyuge ponderando así el deber de ayuda y socorro y el del cuidado de su propia salud, así las cosas si solo ocurriera la condición de enfermedad grave no se exoneraría al otro cónyuge de cumplir con sus deberes conyugales, ahondado lo anterior, se requiere la existencia del tercer requisito consistente en la afectación de la vida familiar a tal punto que se torne imposible, entonces ocurriendo estos tres eventos la Corte considera razonable no exigir al cónyuge permanecer en matrimonio por lo tanto puede pedir la disolución del matrimonio.

De acuerdo con esta argumentación, la Corte procede a manifestar que si bien el cónyuge puede tomar la decisión de acabar con su matrimonio sobre su matrimonio en el caso que se configuren los tres elementos antes mencionados, no puede dejar a la deriva al cónyuge enfermo, sino que se mantiene la obligación de alimentos siempre y cuando la persona que padezca la enfermedad grave e incurable, física o psíquica, carezca de medios para subsistir autónoma y dignamente.

Como es sabido, en la legislación civil se tiene la obligación de suministrar alimentos si existe divorcio cuando opera la existencia de la figura de cónyuge culpable o inocente, como dentro de este caso no puede hablarse de ello, la Corte indica que deben aplicarse los siguientes criterios para determinar en que casos se debe la obligación al cónyuge que padezca alguna enfermedad:

- a) necesidad del cónyuge enfermo para subsistir de una manera digna y autónoma
- b) capacidad del alimentante de acuerdo con su condición socio-económica y sus ingresos

Es así como después de los argumentos abordados por la Corte Constitucional, se procede a declarar:

EXEQUIBLE el numeral 6 del artículo 6 de la ley 25 de 1992, en el entendido que el cónyuge divorciado que tenga enfermedad o “anormalidad^{**}” grave e incurable, física o psíquica, que carezca de los medios para subsistir autónoma y dignamente, tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre los alimentos respectivos.

A pesar de que la sentencia fue proferida 10 años después de la promulgación de la carta política, es claro que su análisis se desborda del tema en cuestión, pues la Corte resulta realizando un estudio de los deberes matrimoniales no desde el principio de solidaridad de carácter constitucional sino desde la perspectiva del cónyuge que se encontraría afectado con que su pareja padezca algún tipo de

^{**} La Corte reemplaza el término “anormalidad” por el de discapacidad, dado su carácter peyorativo

enfermedad o incapacidad, y como con la ocurrencia de este hecho se estarían desconociendo los principios de autonomía y libre elección del otro cónyuge, por lo que se habilita dicha causal, solo con la condición de que el si el cónyuge enfermo no tiene medios de subsistencia económica que le puedan dar una vida digna mientras se recupera o si encuentra otra manera de suplir sus necesidades.

Sin embargo dentro del estudio que realiza la Corte Constitucional no se establece ni se hace mención al derecho de la igualdad y no discriminación en razón del estado de salud del cónyuge enfermo, violando el principio de progresividad entendido como el deber del Estado de dar cada vez más garantías para salvaguardar los derechos fundamentales de toda la población, pues dentro del fallo no se menciona que el principio de solidaridad tendría cabida el proteger a la persona enferma o en condición de indefensión quien requiere una vida digna con atención especializada y no una exclusión de su vida social y familiar, tal es el caso de Ecuador en donde según las reformas hechas al Código Civil¹⁷⁶ por Asamblea Nacional fue suprimido el artículo que mencionaba como causal de divorcio “...cuando el cónyuge tuviese una enfermedad incurable, contagiosa o transmisible ala prole”, esto es un ejemplo de protección a los derechos humanos de las personas en condición de discapacidad que países como Colombia debería adoptar.

3.1.2 Sentencia T 850 de 2002

Corporación: La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional.

Fecha: Octubre 10 de 2002.

M.P: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷⁶ ASAMBLEA NACIONAL. REPÚBLICA DE ECUADOR, PLENO. Registro Oficial 526 Segundo Suplemento. Consultado el: 12 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.oficial.ec/ley-reformatoria-codigo-civil>

Esta sentencia presenta los siguientes hechos relevantes: La madre de la joven María Catalina de 19 años, la cual se encuentra en condición de discapacidad mental, ejerce su derecho constitucional a la tutela, y solicita que se ordene a la E.P.S Seguro Social que realice una cirugía de esterilización quirúrgica, la cual previamente fue denegada por parte de la E.P.S aduciendo que, para realizar dicha operación la paciente debía tener mínimo 30 años y un hijo, además el requerimiento de autorización judicial, dadas las consecuencias permanentes en sus órganos reproductivos, y teniendo en cuenta la condición de la joven era necesario que la madre obtuviera la representación de su hija, en un proceso de interdicción judicial por demencia.

La accionante advierte que la negativa de la entidad demandada constituye una vulneración de los derechos a la seguridad social, a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna, a la igualdad, a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y atenta contra la dignidad humana, además advierte que ante un embarazo, las consecuencias para su hija y su familia serían desastrosas.

En la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, se concedió la protección de los derechos invocados por la accionante y se ordenó al Seguro Social que realizará el procedimiento de esterilización, evitando el uso de métodos definitivos, siempre y cuando la madre de María Catalina Álvarez fuera nombrada como su única representante legal y siguiendo el criterio jurisprudencial que permitía a los padres tomar ciertas decisiones médicas respecto de sus hijos menores, aun contra su voluntad, en el caso en el que sus derechos fundamentales estuvieran en riesgo.

Ahora bien, es importante recalcar que la Corte solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses una evaluación neurológica y psiquiátrica, y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar una evaluación del ambiente

sociofamiliar; así como un informe médico de riesgos y contraindicaciones al Seguro Social, los cuales si fueron tenidos en cuenta por la Corte en su parte motiva.

En sede de revisión, la Corte se plantea dos problemas jurídicos específicos, los cuales rezan:

¿Tiene una persona derecho a que, por su condición de debilidad física y mental, se le suministre el tratamiento médico necesario cuando un embarazo supone un riesgo grave para su salud y para el embarazo mismo, y no tiene las condiciones mentales necesarias para afrontar la maternidad de manera autónoma?

¿Puede sustituirse el consentimiento de una persona adulta con retraso mental leve para someterla a un tratamiento médico necesario, a pesar de que manifiesta su deseo de tener hijos en un futuro, debido a que, según los dictámenes médicos, no es ni será consciente de las responsabilidades de la maternidad y a que un embarazo implicaría graves riesgos que para su salud y para su vida?¹⁷⁷

Para responder estos cuestionamientos, la Corte hace un análisis de las prestaciones del derecho a la salud, su interrelación con las condiciones generales de vida, y la capacidad de afrontar una enfermedad, entendiéndola como un fenómeno social, que debe ser asumido así por el ordenamiento constitucional, esto implica que, debe ser abordada no solamente desde el estudio fisiológico sino integralmente, abarcando los demás aspectos de la vida de relación del individuo.

De igual forma, la Corte analiza la fundamentabilidad del Derecho a la salud cuando se trata de proteger a personas con protección especial constitucional, es decir, quienes se encuentran situación de indefensión, adultos mayores, niños o en este caso, personas en condición de discapacidad, y concluye que, en la situación en la que se encuentra la joven Maria Alvarez, donde concurren varias situaciones de indefensión, como la económica, la mental y la sociocultural, es deber del Estado, garantizar su protección integral.

¹⁷⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-850/02. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-850-02.htm>

Sin embargo, para garantizar efectivamente sus derechos sexuales y reproductivos, la Corte hace uso del principio constitucional del consentimiento informado, con el fin de resguardar la igualdad y la capacidad de decisión de la persona, al no permitir que sea solamente el personal médico quien tome las decisiones respecto de tratamientos, intervenciones quirúrgicas y terapias. A su vez, determina que deben seguirse ciertas variables de ponderación, que determinaran el grado de información que debe suministrar el personal médico, de las cuales se resaltan las siguientes:

- a) El carácter más o menos invasivo del tratamiento. Si todas las demás variables permanecen constantes, entre mayor sea el grado de invasión en el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente.
- b) El grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto al efectuarse el tratamiento. Cuando un tratamiento o procedimiento signifique un riesgo para ciertos derechos o intereses del paciente, en principio, la información necesaria para que se pueda prestar válidamente el consentimiento es mayor.
- c) La capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona. Cuando existan circunstancias subjetivas del paciente que afecten su capacidad de comprensión, el médico debe velar por que éste tenga la mayor comprensión posible acerca de sus repercusiones, sin afectar otros intereses que puedan estar en juego. Esto último supone que, si bien en la mayoría de los casos resulta conveniente que el paciente conozca las consecuencias de cada opción, en otros, cierta información puede terminar alterando su juicio, impidiéndole tomar una decisión autónoma. Por lo tanto, es responsabilidad del médico juzgar cuál es el nivel adecuado de información que debe suministrar al paciente, a partir de una evaluación de su situación particular.¹⁷⁸

Esta última variable cobra especial preponderancia para la Corte, puesto que, hay serias dudas sobre la capacidad de la joven Maria Catalina, respecto de la comprensión y posterior decisión del tratamiento en cuestión; por esta razón, se analiza si la madre puede sustituir el consentimiento de su hija, por medio de la figura jurídica de la interdicción por demencia, la cual considera la Corte, no se puede trasladar del ámbito del derecho civil al ámbito del derecho constitucional, especialmente cuando la decisión versa sobre una intervención médica que

¹⁷⁸ Ibíd.

afectaría directamente sus derechos sexuales y reproductivos, además, teniendo en cuenta que:

No sería concebible desde un punto de vista constitucional, que por la sola representación legal que ejerce una madre sobre su hija interdicta, pudiera someterla a una esterilización forzada, conducta que, por lo demás, constituye un delito tanto en la normatividad interna, como en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.¹⁷⁹

Así las cosas, esta Corporación realiza un análisis sobre el principio de la autonomía, entendiéndose no como un concepto absoluto y rígido sino flexible, el cual dependerá directamente de la naturaleza de la intervención médica, y que será protegido por lo que la Corte denominó, consentimiento orientado hacia el futuro, es decir, se debe tener en cuenta si con posterioridad la persona tendrá una mayor autonomía para tomar las decisiones pertinentes.

Por lo anterior, resulta indispensable la valoración que realiza la Corte de las evaluaciones médicas y psiquiátricas con el fin de indagar la relación que existe entre su autonomía y sus limitaciones mentales, concluyendo que, los datos corroborados se contradicen entre sí, lo que no aporta claridad en la situación mental de la joven María Catalina, toda vez, que en el informe aportado se enuncia que:

Manifiesta conocer las consecuencias de una relación sexual pero no sabe definir en qué consiste. Expresa deseos de establecer una relación afectiva porque dice que se siente muy sola. Es ambivalente frente a la posibilidad de la tubectomía, de la que dice conoce en que consiste, pero refiere que le gustan mucho los niños y quisiera llegar a formar un hogar y tener hijos.

Finalmente, la Corte determina proteger este interés a formar un hogar, es decir, la protección de su derecho sexual y reproductivo mediante la figura del consentimiento orientado hacia el futuro, sintetizado en el siguiente párrafo que clarifica el concepto y lo aplica al caso concreto:

¹⁷⁹ Ibíd.

En esa medida, el consentimiento orientado al futuro impone que el juez constitucional deba ponderar el interés en preservar al máximo aquellas condiciones físicas necesarias para que María Catalina pueda tomar decisiones autónomas, aun cuando existan cuestionamientos acerca de su autonomía ulterior, debido a sus condiciones mentales actuales. Máxime cuando la existencia de alternativas médicas lleva a que no se trate de decidir de manera radical entre vida o autonomía, sino entre las ventajas y desventajas que plantea cada alternativa de salud. Al efectuar esta ponderación, la Corte debe tener en cuenta el interés en preservar al máximo su vida y su salud, pero a la vez, como ya se dijo, su capacidad para ejercer su derecho a la procreación y su interés individual en tener hijos y formar una familia en una etapa posterior de su vida.

En consecuencia, la decisión de la Corte Constitucional, consiste en revocar la sentencia de primera instancia, y ordenar al Seguro Social E.P.S que:

Incorpore a Maria Catalina Alvarez, a un programa de educación especial en el cual se le imparta la educación sexual y reproductiva adecuada para las personas con sus condiciones mentales específicas, tendiente a capacitarla para ejercer su sexualidad y de las repercusiones de la maternidad, de acuerdo con su condición, intereses y capacidades.

3.1.3 Sentencia T 248 de 2003

Corporación: La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional.

Fecha: Marzo 21 de 2003.

M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

La presente sentencia hace referencia a los siguientes hechos relevantes:

La madre de la niña Diana Maritza quien manifestó que su hija presentaba cuadros de epilepsia, retardo mental y trastorno del déficit de la atención, interpuso acción de tutela en contra del Ministerio de Salud y el Seguro Social por haberse negado a realizar una tubectomía, es decir, ligadura de trompas, alegando inexistencia de contratos y presupuesto.

La accionante advierte que dicha negación atenta directamente contra los derechos fundamentales a la vida digna, la igualdad, la seguridad social y la salud de su hija.

El fallo de primera instancia, emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín, negó la tutela, argumentando la no fundamentabilidad del derecho a la salud respecto del caso concreto, toda vez que, la inobservancia de la tubectomía no empeoraría su condición de salud mental, así como realizarla no contribuiría al mejoramiento de la niña, sino que solo serviría para prevenir posibles embarazos.

En segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, confirmó el fallo del a-quo, puesto que a su concepto, no se configuraba la violación de los derechos de la niña, toda vez que la entidad accionada había brindado la atención médica requerida. Así mismo, la Sala estimó que la cirugía estaba orientada a *“evitar un riesgo que la madre debe precaver con su cuidado y protección”*.

En sede de Revisión, se solicita al Seguro Social que explique las razones por las cuales no aprobaron la operación, y estos arguyeron la falta de autorización del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Por consiguiente, la Corte realiza el análisis de los temas jurídicos que surgen a partir del caso en cuestión, teniendo en primer lugar, la legitimación en la causa, ¿Es el juez de tutela la autoridad competente para autorizar la tubectomía ordenada por el médico tratante de la menor? Para resolver este cuestionamiento, la Corte estima la posibilidad de aplicar por analogía el artículo 554 del Código Civil^{***} teniendo en cuenta que, según la Corporación *“Ante la ausencia de disposiciones que regulen lo relativo a la protección de los derechos fundamentales de las personas que tienen problemas mentales, cabría preguntarse si esta disposición le es extensible”*.

^{***} El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo o cause un peligro o notable incomodidad a otros. Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, encerrado, ni atado sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador o de cualquier persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas”

En primer lugar, aunque la Corte hace uso del principio hermenéutico de interpretación conforme, según el cual, todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de tal forma que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales, con el fin de armonizar la interpretación del artículo 554, se concluye que, *“debe entenderse que la ratio legis de la norma sería la necesaria intervención judicial cuando fuere necesario limitar o afectar severamente un derecho constitucional (la referencia a la restricción de la libertad tendría mero carácter indicativo) de una persona con problemas mentales”* satisfaciendo lo contemplado en el artículo 13 de la Carta Política. Por lo anterior, la Corte colige la exigencia de autorización judicial a la madre de la niña, para realizar la tubectomía.

No obstante, yerra la Sala al enunciar la *“ausencia de disposiciones que regulen lo relativo a la protección de los derechos fundamentales de las personas que tienen problemas mentales”*, demostrando el poco interés por estimar el bloque de constitucionalidad, al no incluir dentro de la sentencia lo referido en la Declaración de los Derechos Humanos, y demás Normatividad internacional, en tratándose de los derechos humanos de las personas en condición de discapacidad, al respecto la sentencia C-198 de 1998 enuncia que:

Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

Se considera entonces que, la Corte en su búsqueda de la normatividad existente a favor de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, estaba en la capacidad de incluir los preceptos y principios esbozados en dichas Declaraciones internacionales pues al tratarse de la defensa de los derechos humanos harían parte del bloque de constitucionalidad de Colombia, que en palabras de Rodrigo Uprimny aporta ventajas y potencialidades democráticas:

Ya que permite que la constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia¹⁸⁰

Posteriormente, la Corporación estudia el precedente derivado de la sentencia T-850 de 2002, la cual ya ha sido objeto de estudio en el presente análisis, sin embargo, se añade a la interpretación de dicha sentencia, el concepto de *in dubio pro paciente*, que ante la duda sobre la capacidad de otorgar un consentimiento futuro, debe asumirse que tal posibilidad existe, en aras de garantizar la protección de la autonomía.

Agrega además que, el consentimiento informado supone la capacidad de entendimiento de la persona, respecto de los resultados de dicha intervención quirúrgica, y que de no ser posible otorgar el consentimiento informado, tampoco sería posible, en ese orden de ideas, que la persona entienda y pueda tomar una decisión autónoma en cuanto a la formación de una familia o al número de hijos que desearía tener. Este razonamiento, ignora el análisis previo desarrollado en la sentencia t 850 del 2002, la cual reconoce que, la autonomía no se puede subsumir por completo en la capacidad mental de la persona, y así mismo se especifica que:

¹⁸⁰ UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrina. Abril de 2017. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf

De la condición mental del paciente no se puede concluir que no tenga derecho a elegir a cuál de los tratamientos se somete. Menos aun cuando la alternativa al tratamiento sugerido no resulta tan lesiva de intereses subjetivos que gozan de protección constitucional especial -como el interés en tener una familia-, así el grado de protección no sea exactamente el mismo.¹⁸¹

En ese orden de ideas, la Corporación supone que para evitar posibles agresiones sexuales a la niña y sus consecuencias, al no poder decidir sobre la posibilidad de tener hijos o no, debe entonces el juez, si existen argumentos razonables, autorizar la práctica de la tubectomía aunque no haya consentimiento previo. Es evidente la postura radical que se propugna en esta sentencia, la cual, viola directamente el principio de autonomía de las personas en condición de discapacidad, y cercena los derechos sexuales y reproductivos, en primera medida, porque realizando un procedimiento de esterilización no se garantiza ninguna protección de las agresiones sexuales, y la afectación que se produce es en mayor grado desproporcional, toda vez, que esta persona no podría materializar su deseo a formar un hogar o a tener hijos.

Así mismo, se cita en la sentencia, el derogado decreto 2737 de 1989, Código del Menor, que en su artículo 31, numeral 2, enunciaba que un menor se encuentra en situación de abandono, cuando las personas encargadas de su cuidado “*carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor*”¹⁸² Con base en lo anterior, la Corporación, enuncia que el legislador “*ha entendido que una persona con deficiencias mentales no puede ostentar la calidad de garante de los derechos de un menor*” y por lo tanto, despojarlos del cuidado de los niños, so pretexto, de su protección. Esta posición es abiertamente contraria a las Declaraciones Internacionales que protegen los derechos de las PcD, toda vez, que atenta contra su dignidad humana, tachándolos de incapaces de garantizar los derechos de los niños, desacreditando las cualidades socio afectivas que pueden

¹⁸¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-850/02. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-850-02.htm>

¹⁸² ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Decreto 2737 Noviembre 27 de 1989. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4829>

tener y desarrollar, incluso el lenguaje que se usa, los refleja como si representaran un peligro inminente, del cual los niños tuvieran que ser separados sin mediar consentimiento alguno.

Finalmente, el fallo de la Corte, confirma las sentencias de primera y segunda instancia, las cuales negaron las pretensiones de la accionante, ordena al ICBF que informe a la madre de la niña, los tramites concernientes a solicitar a un juez de la Republica, la autorización de la tubectomía a su hija Diana Maritza Berrío Además, ordenar al Seguro Social que se abstenga de practicar tubectomías o intervenciones que afecten la autonomía personal de personas con limitaciones mentales, hasta que no se obtenga la autorización judicial respectiva o que se trata de una situación de urgencia o imperiosa necesidad. Por lo tanto sigue perpetuando la posibilidad de que se continúe ignorando el principio de autonomía de la PcD y se realicen estos procedimientos que violan sus derechos sexuales y reproductivos.

3.1.4 Sentencia T 397 de 2004

Corporación: Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional

Fecha: 29 de abril de abril de 2004

M.P.: Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa

Tema: Hija menor de edad y madre discapacitada visual como sujeto de especial protección en situación de pobreza, reclama derecho a tener una familia y no ser separada.

Subtemas: Madre invidente como sujeto de especial protección constitucional. Derechos de los discapacitados a conformar una familia. Establecimiento relación materno-filial. Interés superior y prevalencia de menor. Proceso de rehabilitación integral.

Consideraciones y aportes relevantes:

La madre en calidad de representante legal de la menor y a nombre propio instaura acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) – Regional Bogotá, Centro Zonal San Cristóbal Sur, mujer en condición de discapacidad visual, al igual que el padre de la menor; por considerar que dicha entidad había desconocido su derecho a la familia, así como los derechos de su hija menor, por lo que solicitó se le concediera el cuidado y custodia de la niña, que al ser llevada por sus padres a un centro de salud por presentar bronquitis, fue quitada de sus padres para ser entregada al ICBF.

Frente a lo anterior, la parte accionada, manifestó que no se debe a la discapacidad visual de la actora y su compañero que no se ha efectuado el reintegro de la menor, sino por la situación de peligro y abandono que la pareja genera para la niña, pues al ser vendedores ambulantes, totalmente invidentes, no se percataron de las condiciones de salud de la menor, razón por la que el ICBF consideró luego de múltiples valoraciones e intervenciones para determinar la capacidad de su rol materno-paterno, la imposibilidad de asumir sus roles y los cuidados y atenciones que requiere su menor hija.

En el fallo de primera instancia, el juez de tutela negó el amparo solicitado pues a su criterio, las actuaciones de la Defensora de Familia demandada no lesionaron los derechos de la peticionaria, ya que se encontraban respaldadas por el artículo 37 del Código del Menor¹⁸³, que faculta a estos funcionarios para adoptar las medidas necesarias para proteger a los menores en situación irregular.

Consideró, además el juez tutelar de primera instancia, que la Defensora de Familia tampoco incurrió en arbitrariedad o abuso de sus facultades, que se respetó el derecho de los padres a tener contacto con su hija, ya que se les permitió visitarla

¹⁸³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2737 de 1898 por el cual se expide el Código del Menor. 27 de Noviembre de 1989. Bogotá DC.

y que lejos de presentarse una vulneración de los derechos de la menor y sus padres, se demostró que la Defensora de Familia actuó con miras a garantizar el bienestar de la menor. Decisión que fue impugnada por la peticionaria.

En segunda instancia, se confirmó el fallo de primera, que denegó la tutela de la referencia, pues el Tribunal consideró, que no fueron vulnerados los derechos fundamentales invocados por la demandante, ya que la Defensoría de Familia demandada, adelantó las diligencias necesarias para brindarle a la menor el posible reintegro a su entorno familiar; en cumplimiento a las normas del Código del Menor, así como el respeto al derecho de defensa de los padres. Igualmente, puso de presente que el trámite aún se encontraba en curso y no se había tomado una decisión de fondo respecto a la situación de su menor hija, razón por la que aún contaba con mecanismos para lograr demostrar su interés en el cuidado, atención y protección de la menor.

Ahora bien, en sede de revisión, el Magistrado Ponente decretó la práctica de algunas pruebas orientadas a conocer el estado actual del proceso de protección de la menor, así como a obtener conceptos profesionales sobre el caso y conocer la oferta de servicios estatales para personas con discapacidad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la Sala advirtió, de entrada, que su decisión no podía circunscribirse a la resolución del problema principal planteado en la demanda de tutela interpuesta por la accionante contra el ICBF, esto es, la posibilidad de que su hija le fuese reintegrada para desarrollar juntas una relación materno-filial; sino que, la situación que se demostró exigía también un pronunciamiento sobre las circunstancias de vida de la accionante y sobre el contenido de las obligaciones constitucionales de acción positiva que existen en cabeza del Estado frente a su triple condición de sujeto de especial protección constitucional como: mujer con discapacidad visual, persona en situación de pobreza y vulnerabilidad extremas y madre de una niña de temprana edad.

La Sala Constitucional, planteó como problemas jurídicos:

¿Las actuaciones posteriores del ICBF, en el curso del proceso de protección sociofamiliar de la menor, han sido respetuosas de sus derechos fundamentales, en particular de su derecho a tener una familia y no ser separada de ella? ¿Han promovido tales actuaciones su interés superior y prevaleciente?.

Otro planteamiento de la Corte, fue, si:

¿Se ha dado cumplimiento a los deberes especiales y reforzados del Estado frente a la relación materno-filial de Teresa y Luisa, en tanto madre con discapacidad en situación de extrema pobreza y menor de temprana edad cuya madre biológica es invidente, respectivamente?

En primer lugar, la Sala reitera que las personas con discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, donde el Estado Social de Derecho, impone a las autoridades, el deber primordial de promover la corrección de las desigualdades socioeconómicas, la inclusión de los débiles y marginados, y el mejoramiento progresivo de las condiciones de vida de los sectores más desfavorecidos, protegiendo especialmente a *“aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”*.

En este sentido, la Sala, explicó el contenido específico de las obligaciones internacionales, constitucionales y legales del Estado colombiano frente a las personas con discapacidad, en particular sus obligaciones de proveer las precondiciones mínimas para que estas personas puedan disfrutar efectivamente de igualdad de oportunidades y derechos con los demás.

Una vez satisfechas tales precondiciones, el deber de fomentar de manera activa la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en esferas críticas de intervención del Estado, como lo son la accesibilidad, educación, empleo, mantenimiento del nivel mínimo de ingresos y seguridad social, vida familiar, vida cultural, actividades deportivas y recreativas, y vida religiosa.

Fue así, como entre otras, la Corte Constitucional enfatizó, el fomento de la vida familiar de las personas con discapacidad, detallado también en disposiciones internacionales que precisan el contenido de las obligaciones del Estado en esta materia; como claramente lo explica el artículo 9 de las Normas Uniformes¹⁸⁴, el cual establece que:

Los Estados deben promover la plena participación de las personas con discapacidad en la vida en familia”, y que “deben promover su derecho a la integridad personal y velar por que la legislación no establezca discriminaciones contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación.

En ese sentido, continúa expresando el artículo en cuestión que:

Las personas con discapacidad deben estar en condiciones de vivir con sus familias, por lo cual es deber de las autoridades estimular la inclusión en la orientación familiar de módulos apropiados relativos a la discapacidad y a sus efectos para la vida en familia, (ii) *“las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos”, por lo cual, “teniendo en cuenta que las personas con discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de orientación apropiados”, garantizando que estas personas tengan “el mismo acceso que las demás a los métodos de planificación de la familia, así como a información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo”;* (iii) es obligación de las autoridades *“promover medidas encaminadas a modificar las actitudes negativas ante el matrimonio, la sexualidad y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad, en especial de las jóvenes y las mujeres con discapacidad, que aún siguen prevaleciendo en la sociedad”;* (iv) *“las personas con discapacidad y sus familias necesitan estar plenamente informadas acerca de las precauciones que se deben tomar contra el abuso sexual y otras formas de maltrato”, ya que este tipo de personas es especialmente vulnerable “al maltrato en la familia, en la comunidad o en las instituciones y necesitan que se les eduque*

¹⁸⁴ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Normas Uniformes representan el firme compromiso moral y político de los gobiernos respecto de la adopción de medidas encaminadas a lograr la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Las Normas son un instrumento para la formulación de políticas y sirven de base para la cooperación técnica y económica. Las Normas Uniformes consisten en 22 normas que resumen el mensaje del Programa de Acción Mundial e incorporan la perspectiva de derechos humanos que se ha desarrollado a lo largo del Decenio. Resultados del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos fue la aprobación por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Resolución 48/96). Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/standardrules.pdf>

*sobre la manera de evitarlo para que puedan reconocer cuándo han sido víctimas de él y notificar dichos casos”.*¹⁸⁵

El Comité hace énfasis en que las mujeres con discapacidad tienen derecho a recibir protección y apoyo en relación con la maternidad y el embarazo.

Además, refirió la Corte, que la asistencia en materia familiar a las personas con discapacidad también fue desarrollada por el Congreso Colombiano, en el artículo 35 de la Ley 361 de 1997, el cual incluyó dentro de la “*atención social*” que debe prestarse a estas personas “*las labores de información y orientación familiar*” que sean necesarias, y precisó que:

Los servicios de orientación familiar, tendrán como objetivo informar y capacitar a las familias, así como entrenarlas para atender la estimulación de aquellos de sus miembros que adolezcan de algún tipo de limitación, con miras a lograr la normalización de su entorno familiar como uno de los elementos preponderantes de su formación integral.

Es decir, disminuir las propias cargas estructurales de los individuos que forman parte de este núcleo familiar donde se reconoce la existencia de una PcD, puesto que, necesitan de un acompañamiento adicional, dadas las circunstancias especiales de sus casos.

Antes de fallar sobre el asunto de fondo, la Corte enfatiza que dada la alta complejidad del caso en cuestión, ninguna decisión que se tome implicara una satisfacción plena de los derechos de la madre y de la niña, la Sala entiende la grandes problemáticas por las que ha atravesado la madre de la niña, que por su condición de discapacidad visual, no ha tenido ni a educación adecuada, ni un trabajo estable, así como tampoco un acompañamiento efectivo, por parte de su familia, sin embargo, la Corte reitera que no por presentar dichos problemas, automáticamente se le otorgará el cuidado de la niña, dado que, esta por si misma

¹⁸⁵ Ibid.

es un sujeto especial de derechos, y de acuerdo al principio del interés superior del niño, debe dársele prioridad.

Respondiendo al primer problema jurídico, para la Sala es claro que la Defensoría de Familia obró de conformidad con los lineamientos constitucionales y legales al imponer esta medida de protección inicial, puesto que, para la madre era imposible cuidar de su hija, dadas las condiciones anteriormente expuestas.

En cuanto al segundo problema jurídico, la Corte consideró que las actuaciones desarrolladas por el ICBF en el curso del proceso de protección sociofamiliar de la menor con posterioridad a la imposición de la medida de protección inicial, no fueron respetuosas de su derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella, ni promovieron su interés superior y prevaleciente consistente en estar, en principio, con su madre ciega sin que la discapacidad visual de ésta constituyera un impedimento para el desarrollo de vínculos materno-filiales dignos.

Dada la complejidad del caso, la Sala solicitó la práctica de diversos estudios y evaluaciones para determinar si la madre estaba en condiciones de satisfacer las necesidades de su hija, y aunque en los resultados se evidenció que no contaba con la capacidad adecuada, podía llegar a estarlo luego de un proceso de rehabilitación, asesoría y orientación serio. Además, en las evaluaciones psicológicas se reflejaba una evidente mejoría en su proceso de rehabilitación, aunque aun se mantenían redes de apoyo familiar insuficientes, y precarias condiciones económicas.

Así las cosas, la decisión adoptada por la Sala, en resumen, fue que el interés superior de la hija, por ser menor de edad y cuya madre biológica es una persona con discapacidad visual, no alcanza a justificar que la Corte ordene la reintegración de madre e hija, pero sí; que, el Estado adopte todas las medidas necesarias para

permitirles una relación materno-filial digna, sin que la discapacidad de la madre sea un obstáculo para ello.

El derecho de la menor a estar con su madre encuentra un correlato directo en el derecho que tiene la madre, en estado de extrema pobreza con discapacidad visual, a que el Estado cumpla con una serie de prestaciones positivas en su favor, orientadas a permitirle subsistir de la forma más autónoma, digna y decorosa posible a pesar de su discapacidad, y a desarrollar relaciones familiares dignas y satisfactorias, especialmente con su hija menor. Sin embargo, el derecho de la madre y de la hija a la reunificación encuentra un límite en el interés superior de la menor, consistente en desarrollarse en forma armónica e integral sin verse expuesta a riesgos indebidos.

De lo anterior es posible deducir que la decisión fue tomada por la Corte, teniendo en cuenta, y entre otros, criterios fundamentales tanto para el caso concreto como para el presente proyecto de investigación, como:

- a) La protección constitucional especial de las personas con discapacidad
- b) Las principales áreas en las que el Estado está en la obligación de actuar positivamente para proteger los derechos de las personas con discapacidad
- d) El alcance del derecho fundamental de las personas con discapacidad a conformar una familia.

La sentencia previamente revisada, refleja una voluntad incansable por parte de la Corte, al analizar *in extensu*, las pruebas recaudadas, la condición social de las PcD, la evaluación psicológica, y la normatividad internacional. Es realmente sorprendente el despliegue de medios que realiza la Sala para no solamente limitarse a fallar de acuerdo a la normatividad vigente en ese momento, si no que es capaz de vislumbrar mas alla de prejuicios, barreras jurídicas y sociales con respecto de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD,y analiza desde un

punto de vista critico la labor insuficiente de las entidades del Estado, las cuales, en muchas ocasiones solo figuran para cumplir con los requisitos de ley, pero esto no garantiza que efectivamente estén propugnando por la protección de los derechos. Esta sentencia resalta en medio de su temporalidad, teniendo en cuenta que no se habían desarrollado completamente los criterios que finalmente vieron la luz en la CDPD.

Sentencia T 443 de 2004

Corporación: La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional.

Fecha: Mayo 10 de 2004.

M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

Esta sentencia presenta los siguientes hechos relevantes: La madre del niño Jose Joaquin Perez, de 8 años, quien fue diagnosticado con autismo infantil primario a la edad de 3 años, presenta una acción de tutela contra la Secretaria de Educación – Alcaldía Mayor de Bogotá, por denegar el ingreso de su hijo, la cual fue presentada en contra de instituciones educativas especializadas en atención de niños con diagnóstico de autismo de carácter público, arguyendo que dada la situación del niño, no era posible vincularlo toda vez que, requería de un tratamiento especial, el cual no podía ser ofrecido por la institución .

La accionante esgrime que dicha negación por parte del accionado viola flagrantemente los derechos fundamentales del niño consagrados en el artículo 44 de la Constitución, por tanto, solicita que se ubique al menor en un centro de educación especial adscrito o no a la Secretaría de Educación donde reciba *“la atención, educación y rehabilitación necesarios para alcanzar un nivel de vida digno, que le permita en un futuro desarrollarse como persona para que pueda vivir en comunidad e interactuar socialmente con su entorno”*. Adujo la accionante.

En el fallo de primera instancia, emitido por el Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá, se consideró que la Secretaría de Educación no violó los derechos fundamentales del niño, por cuanto, realizó en debida forma las diligencias pertinentes para que el niño fuera matriculado, sin embargo, dictaminó que no todas las personas con autismo podían integrarse a un ambiente de educación especial, y que la EPS debía ordenar las terapias terapéuticas para mejorar la calidad de vida del niño.

En segunda instancia, el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá, confirmó el fallo del a-quo, y agregó que, en lugar de proteger el derecho a la educación, se debía garantizar la rehabilitación y asistencia terapéutica, ya que *“para estudiar le queda todo lo que le resta de vida”*. De donde se infiere la poca atención y preponderancia que dio el juez al referirse a los derechos del niño en condición de discapacidad mental, usando un tipo de lenguaje que evidencia el criterio médico-rehabilitador, menospreciando otros derechos tan indispensables como el de la educación que permitiría que el niño estuviera en dicha institución y tuviera una interacción constante con otros niños de su edad, lo cual elevaría considerablemente su calidad de vida.

Así las cosas, la Corte realiza un análisis del problema jurídico ¿Fueron vulnerados los derechos fundamentales del menor José Joaquín Pérez, al impedirle acceder a una institución que le brinde una educación especial atendiendo a su particular condición de autismo primario? Para responder a este problema la Corporación reconoce la existencia de tendencias respecto del tratamiento educativo que deben recibir los niños que se encuentran en situación de discapacidad, encontrando que son dos las tendencias destacables.

Una que es denominada como inclusiva, la cual:

Resalta la conveniencia de permitir el acceso de niños discapacitados a instituciones educativas no especializadas en su atención, pues de esta forma no sólo se combate efectivamente la discriminación social a la cual son sometidos

en razón de su minusvalía, sino que además se produce un efecto pedagógico positivo pues el menor discapacitado, al interactuar con niños normales, podría superar con más facilidad los obstáculos de aprendizaje.

Aunque en principio la postura de la Corte con esa oración parecería garantista de los derechos de los niños con discapacidad, una mirada más exhaustiva permite dilucidar un lenguaje que excluye a estos niños, al tratarlos implícitamente de anormales, lo cual es una continuación de las estructuras peyorativas y de discriminación que se ha intentado erradicar por años desde las propias instituciones estatales.

Continuando con la postura inclusiva, vale la pena traer a colación las palabras de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, en tratándose de los niños en situación de discapacidad.

El papel de la educación en la socialización de los niños exige dar prioridad a la inclusión frente a la segregación. En las memorables palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *“las instalaciones educativas separadas son intrínsecamente desiguales”*. La segregación racial es difícil de eliminar, pero la segregación de los niños con discapacidades es incluso difícil de combatir. El costo supone corregir las desventajas y la discapacidad se enfrenta con una constante oposición, tanto en el plano nacional como a nivel internacional.^{***}

De igual forma, la Corte también enuncia de manera explicativa la tendencia más excluyente que:

Considera que los menores discapacitados están en imposibilidad de adaptarse a las condiciones de las instituciones educativas, y que además es inconveniente integrarlos con los niños normales por los eventuales daños físicos o psicológicos que pueden sufrir esos menores por parte de los niños que no tienen esas limitaciones.

^{***} Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación. Derechos económicos, sociales y culturales. Informe presentado por la señora Katarina Tomasevski, Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Derecho a la Educación. Misión a los Estados Unidos de América. 24 de septiembre a 10 de octubre de 2001. 17 de enero de 2002.

Y además agrega que aunque la educación especial tiene buenas intenciones de ayudar a los niños, es innegable que la separación o aislamiento trae consigo sentimientos de inferioridad, lo cual retrasaría el desarrollo psicológico y social de los niños en condición de discapacidad mental.

Así las cosas, la Corte concibe la educación especial como un recurso extremo, que solo será aplicable cuando las condiciones médicas, psicológicas y familiares lo consideren como mejor opción, además, resalta que la Secretaría de Educación alegó esta circunstancia como justificación para negarse a prestar el servicio en detrimento de los derechos del niño, conllevando una discriminación por omisión de un trato especial, y reafirma la característica multimodal que debe tener la educación, es decir, involucrar las áreas afectiva, cognitiva, somática, e interpersonal, para garantizar efectivamente el desarrollo integral del niño.

Por lo tanto, la Sala de revisión ordenó revocar los fallos de primera y segunda instancia para en su lugar amparar el derecho a la educación especial del menor José Joaquín Pérez, matriculándolo en un centro educativo especializado de carácter oficial donde se atiendan niños autistas.

Pese a lo comentado por la Corte respecto de la tendencia inclusiva y excluyente y resaltando la importancia de la primera, es paradójico que en el resuelve de la sentencia, amén de que se protege el derecho a la educación, lo hace solamente enfocándolo en un centro educativo especializado para niños en condición de discapacidad mental, reiterando una postura de segregación y de discriminación hacia el otro, en contravía con los planteamientos esgrimidos en la misma sentencia.

3.1.5 Sentencia T 492 de 2006

Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Bogotá 29 de junio de 2006

Tema: Esterilización definitiva de mujeres incapaces

Hechos jurídicamente relevantes:

La señora Noy Carmona Restrepo, viuda de 68 años de edad, actúa como agente oficiosa de su hija Ana Rosa Rendón Carmona, de 26 años de edad, que tiene condición de síndrome down y que al momento de la demanda se encontraba en el octavo mes de embarazo, afirma que el médico tratante de su hija le ordenó realizar cesárea y pomeroy, procedimiento consistente en ligar las trompas de falopio con el fin de evitar posteriores embarazos sin embargo, para llevar a cabo este procedimiento el médico exige una autorización judicial, la madre indica que además de tener escasos recursos es quien responde económicamente por su hija pues su pareja también tiene una condición de discapacidad, por lo que un nuevo embarazo implicaría además de la cuestión monetaria, la probabilidad de tener síndrome down como su madre.

El problema jurídico que debe resolver la Corte Constitucional es: ¿Debe practicarse la cirugía pomeroy a Ana Rosa Rendón, persona en condición de síndrome down de 26 años de edad, sin tener una autorización judicial?

En respuesta a este problema la primera instancia indicó que no se están vulnerando los derechos a la vida, salud e integridad personal a Ana Rosa Rendón pues el médico tratante al exigir la autorización judicial, está sujetándose a las normas constitucionales, toda vez que este procedimiento está dirigido a controlar la procreación de la especie humana, de una persona que padece retardo mental, y que de hacerlo a la ligera, podría acarrear consecuencias legales, debido al estado de debilidad manifiesta de Ana Rosa.

Considera además el despacho que la decisión de controlar la natalidad no era exclusivo de la incapaz, sino que debía otorgarse representación a su progenitora, para que adelantara no solo los asuntos económicos y contractuales, sino también aquellos de carácter personal y subjetivo.

De lo anterior es posible deducir, que la postura de la primera instancia está desconociendo de plano los derechos de Ana Rosa, comenzando por el carácter peyorativo de la frase “.... *Procreación de una persona que padece retardo mental*”, la expresión retardo mental, como se estudió en la Convención de los derechos de los Impedidos de 1975 fue eliminada por segregar a la población en condición de discapacidad entendiendo que existe un sinnúmero de enfermedades mentales y que es necesario encontrar un término que no discrimine, sino que por el contrario, sea incluyente.

Por otra parte resulta importante la frase “... *la decisión de controlar la natalidad no es exclusivo de la incapaz, sino que debe otorgarse representación a su progenitora*”, ciertamente dentro de esta, no se está teniendo en cuenta el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación que es un derecho fundamental que tienen todos los individuos, que consiste en el poder elegir y tomar decisiones, este derecho contrario a lo que se pensaba anteriormente, también es intrínseco de las personas en condición de discapacidad, pues esta población puede llevar una vida autónoma y autosuficiente si se les hace partícipes de su propio proceso de desarrollo personal¹⁸⁶.

¹⁸⁶ TELLO Alcaide, Rocío. INMACULADA, Sancho Frías. Potenciación de la autonomía en personas con discapacidad intelectual desde la perspectiva de los derechos humanos. Universidad de Granada. Departamento Trabajo social y servicios sociales. Ponencia. Consultada el: 13 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel4/sesion3/isancho@ugr.es/TCPONENCIAPANEL4ENV IADA.pdf>

Por lo tanto, dentro de este entendido, la fundamentación de la primera instancia, estaría desconociendo la autonomía que tiene Ana Rosa al afirmar que debe adelantarse el proceso de interdicción para que su madre tome decisiones por ella “... *no solo de asuntos económicos, sino de carácter personal y subjetivo*”, es decir, se vislumbra que ella tiene capacidad de elegir, pues se encuentra enamorada de su pareja quien también padece una discapacidad, se entiende también que ellos tomaron la decisión de tener intimidad, y que probablemente debían conocer las consecuencias de esto.

El desarrollo que le da la Corte Constitucional, empieza resaltando que se han estudiado casos similares en donde personas que representaban a mujeres incapaces solicitaban la protección de los derechos fundamentales de éstas, cuando su EPS se abstenía de practicar procedimientos quirúrgicos de esterilización definitiva, sin que hubiere previa autorización judicial, entonces la Corte procede a citarlos, indicando que para que se protejan los derechos de una mujer incapaz ordenando su esterilización definitiva es necesario que:

- a) quien interponga la acción de tutela sea el o la representante legal de la mujer, bien por ministerio de la ley, o bien por discernimiento judicial de una guarda dentro de un proceso de interdicción judicial
- b) que el procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva haya sido autorizado previamente por un juez, en un proceso distinto y anterior a la tutela.

En la existencia de estos dos requisitos jurisprudencialmente establecidos, no puede entenderse acreditada la legitimación en la causa por parte activa en cabeza de quien interpone la acción de tutela en pro de los derechos fundamentales.

A continuación, la Corte enuncia dos sentencias anteriores y trata de encontrar puntos de conexidad, así es con lo referente a la Sentencia T 248 de 2003, cuyo caso también trataba de una menor de edad con discapacidad mental representada

legalmente por su madre, cuyo médico tratante le ordena la tubectomía y se le dá respuesta negativa por parte del Seguro Social. La Corte en este caso no concede la acción de tutela, toda vez que dentro de las normas legales sobre la protección de incapaces, y tomando la interpretación democrática constitucional y no literal del artículo 554 del CC indicando que:

La madre de la menor tenía la obligación de obtener una autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica dispuesta por el médico tratante. Mientras no se lograra dicha autorización, no podía la acudiente solicitar al juez constitucional la protección de los derechos de la paciente. En dicho proceso judicial, no sobra indicarlo, debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que le impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones. Si se trata de un mayor de edad, tampoco debe olvidarse, la ley exige declaración previa de su estado, por medio de una interdicción de sus derechos.

La Corte en virtud de lo anterior, sacó las siguientes conclusiones:

- a) un procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva femenina, denominado tubectomía constituye una restricción severa de un derecho fundamental.
- b) en tal virtud, dicha restricción severa de derechos no podía ser simplemente autorizada por el representante legal de una mujer incapaz, sino que además debía obtenerse previa autorización judicial, dentro de un proceso distinto a la tutela en el cual se demostrara que tal mujer incapaz tenía problemas mentales que le impedían específicamente dar el consentimiento para este tipo de procedimientos quirúrgicos.
- c) que sin dicha autorización judicial previa, no era posible al representante legal del incapaz acudir ante el juez de tutela a demandar la práctica de la intervención.
- d) que si se tratara de una mujer incapaz mayor de edad, adicionalmente se exigía la declaración previa de su estado, por medio de un proceso de interdicción de sus derechos y discernimiento de una guarda.

Puede entenderse de lo anterior, que la Corte dentro de la fundamentación de esta sentencia, tiene como referente el proceso de interdicción, como una forma de no solo conseguir la autorización de la persona en condición de discapacidad sea mayor o menor de edad sino que con esta sentencia se puedan tomar decisiones trascendentales como la esterilización definitiva de la persona que se está representando, utilizando como prueba únicamente un dictamen médico que compruebe que la persona posee alguna discapacidad mental.

Sin embargo, solo un año antes a la resolución de esta sentencia, la Corte se había pronunciado de otra manera con respecto a un caso similar, esto es en la Sentencia T 850 de 2002, en la que una madre, solicitaba el amparo de los derechos fundamentales de la igualdad, seguridad social y salud, en conexidad con el derecho de la vida digna de su hija mayor de edad, quien poseía una discapacidad mental leve, indicando que estaban siendo vulnerados porque se negaban a la práctica del procedimiento quirúrgico definitivo de esterilización, situación que según la madre debían solucionar pues la familia no se encontraba en condiciones de afrontar un eventual embarazo de la menor, por cuestiones económicas y sociales.

La Corte procede a evaluar las pruebas que obraban en el proceso y pudo concluir que la importancia del caso radicaba en:

La capacidad futura de la mujer para decidir autónomamente sobre el tratamiento, y que además no se tenía claridad sobre si su situación actual le impidiera desarrollar más adelante las capacidades necesarias para ejercer su sexualidad y maternidad, pues podrían desarrollarse dichas capacidades si la menor cuenta con el acceso a una educación adecuada y apoyo necesario.

De esta sentencia es importante resaltar que la Corte decide que los métodos de esterilización definitivos no pueden ser objeto solo de una decisión judicial, sino que dependen de la autonomía que puede desarrollar la persona en condición de discapacidad para decidir sobre el manejo de su sexualidad.

No solo es claro para la la Corte que las decisiones de la vida civil de las personas en condición de discapacidad pueden ser adoptadas por sus representantes legales, sino que también es claro que las decisiones de este tipo como una intervención médica definitiva tomadas por su representante legal acarrearía vulnerar el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Es evidente que en el caso en concreto, la corte desde su fundamentación jurídica, se dedica únicamente a enumerar las consideraciones que tuvieron tanto la Sentencia T 248 de 2003 como la T 850 de 2002, y acoge la intervención de la primera sentencia, indicando así que la esterilización definitiva de una mujer en condición de discapacidad mayor de edad, no debe ser decisión de su madre o parientes, menos aún cuando la incapacidad no ha sido legalmente declarada mediante de un proceso de interdicción, ni la guarda respectiva discernida.

Según la Corte las medidas de protección de las personas con alteraciones psíquicas consagradas en el Código Civil desarrollan adecuadamente los postulados constitucionales y menciona que para poder actuar a nombre de una persona mayor de edad que presuntamente carece de capacidades intelectuales para auto determinarse, debe probarse mediante el proceso en el que se puede establecer por medio de pruebas médicas el grado de discapacidad mental que tenga la persona en condición de discapacidad.

A pesar de lo anterior, la sentencia de interdicción no es suficiente cuando se trate de actos que restrinjan o limiten los derechos fundamentales, como lo es un procedimiento quirúrgico de esterilización definitivo por lo tanto la Corte indica que en estos casos debe autorizarse por medio de un juez dicha esterilización pero argumentando a la necesidad y utilidad en el caso concreto.

A continuación la Corte procede a indicar que el nivel de autonomía es importante pues no en todas las personas es el mismo, por lo que resulta importante analizarlo antes de que se practiquen procedimientos definitivos como el de esterilización definitiva.

Aunque la Corte dentro del caso en particular resuelve declarar IMPROCEDENTE la acción de tutela por falta de legitimación en activa, toda vez que no se encuentra acreditado dentro del trámite en que la madre sea la representante legal de Ana Rosa Rendón y por no haberse agotado el proceso de interdicción ni que se haya obtenido licencia para practicar la esterilización definitiva de la mujer en condición de discapacidad, dentro de sus consideraciones se queda con el estudio de la interdicción como instrumento para determinar decisiones de carácter personal siempre y cuando se haya probado en el proceso la falta de consentimiento. Se resalta del caso en particular que la Corte no hace ningún tipo de aporte diferente al de las sentencias mencionadas en su fundamento, ni hace un verdadero estudio de qué pasa en las situaciones en que la persona en condición de discapacidad es mayor de edad, tiene una pareja estable y ha estado en gestación una vez, es decir, es madre primeriza, sino que se limita únicamente a repetir la cuestión de la autorización judicial y los casos en que aplica.

3.1.6 Sentencia T 1019 de 2006

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño
Bogotá, 1 de diciembre de 2006

Dentro de los hechos jurídicamente relevantes, se puede encontrar que la señora Maria Cristina Aranzuzu Latorre actuando en representación de su hija Liliana Martínez Aranzuzu quien es menor de edad que presenta una discapacidad mental severa y con parálisis cerebral, considera que están siendo vulnerados sus derechos a la igualdad, vida en condiciones dignas y a la integridad personal por

parte de su EPS Salud Total al negarle la práctica de la cirugía de ligadura de trompas pues indican que la menor no cuenta con la edad requerida para este procedimiento además entre los argumentos de su representante se encuentran el estado de indefensión de su hija, quien en un eventual embarazo podría poner en peligro su vida.

El juzgado de primera instancia, improcedemente la tutela manifestando que en el caso en concreto no se han vulnerado los derechos de la menor en condición de discapacidad, toda vez que para la realización de este procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva, tal como se ha pronunciado la Corte en anteriores eventos debe obtenerse la autorización judicial, justificada dentro de un dictamen médico que determine el grado de incapacidad médica y que no basta con que su madre Maria Cristina tenga la patria potestad, debe adelantar el proceso de interdicción ante un juez competente y la debida autorización ante el respectivo juez o a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El problema jurídico en cuestión es: ¿La madre de Liliana Martínez menor de edad, que presenta un cuadro de discapacidad mental severa y ha sido intervenida quirúrgicamente del corazón puede sustituir a su hija para dar consentimiento de la decisión de esterilización aunque comprometa derechos personalísimos como autonomía personal y la integridad física?

La Corte inicia su argumentación, disponiendo que los principios del Estado son los pilares base sobre los cuales se estructura el mismo, que dentro de ellos, se encuentra la dignidad humana y la prevalencia de los derechos fundamentales de todas las personas, más aún de aquellos que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad pues su finalidad es romper con las desigualdades que los afectan e impiden gozar de manera plena todos los derechos que poseen.

Dentro de estos derechos fundamentales, se encuentra el de la salud, que es un derecho prestacional, por lo tanto, cuando se está vulnerando dicho derecho a una persona en condición de discapacidad el juez no sólo debe ceñirse a las clasificaciones respecto de la naturaleza del servicio, sino al resultado esperado sobre la capacidad de la persona para sobrepasar las barreras físicas o mentales que le impiden desarrollar sus propias actividades diarias de manera funcional, teniendo en cuenta que las personas en estado de indefensión, tienen priorización en la protección de sus derechos.

Entonces cuando ocurre una reclamación sobre la protección de sus derechos, es necesario que se tenga en cuenta que una persona pueda tomar decisiones sobre su integridad física y su propia vida manifestándose así:

Los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. En efecto la primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona quien debe darle sentido a su existencia y en armonía con él un rumbo.

Por lo anterior, cuando se vaya a adelantar cualquier procedimiento médico que busque en una persona mejoría en su salud debe tenerse en cuenta el consentimiento informado y la autonomía de la voluntad por parte de los prestadores de los servicios de salud. Estos dos criterios son prioritarios, más no absolutos, en casos de inminente peligro de muerte, estado de inconsciencia de la persona o alguna condición física que le impida dar su autorización, puede procederse sin ella para garantizar el derecho a la salud, integridad física y vida.

Sin embargo, a pesar de esto la Corte se ha pronunciado así con respecto a la autonomía de las personas en condición de discapacidad:

La autonomía guarda estrecha relación con el goce efectivo de los derechos sociales, no solo con el ejercicio de la libertad individual. Una persona enferma, con capacidades físicas o mentales disminuidas por factores personales o externos, sin

pleno uso de sus funciones y, por lo tanto, sin posibilidad de valerse por sí misma, es una persona con menos autonomía. Para recuperar sus capacidades generalmente requiere de atención y protección, temporal o definitiva, bien sea por parte de su familia, de la comunidad o del Estado.

Ahondado lo anterior, la Corte, indica que puede sustituirse el consentimiento o autonomía de la voluntad para dar prioridad a otros principios como la benevolencia, utilidad, justicia y vida como aplicación directa del principio de existencia, esto ocurre en el caso de los menores de edad o de las personas discapacitadas mentalmente (afectación severa), esta sustitución debe darse mediante una autorización judicial.

La autorización judicial debe contener una amplia y detallada información del tipo de procedimiento médico que se realizará, las posibles complicaciones que se pueden presentar, la complejidad misma en razón a las condiciones especiales de salud del paciente, además los efectos directos que se generarán a corto, mediano y largo plazo. Así las cosas, debe tenerse certeza absoluta que la persona que va a ser sustituida en su consentimiento, no vaya a tener a futuro la posibilidad de adquirir el criterio suficiente y racionalidad de su condición personal, que le permita en algún momento dado otorgar su consentimiento, esto en aras de proteger el derecho de autonomía personal.

Esto nos indica que a pesar de que la Corte da reconocimiento a la autonomía de la voluntad como derecho fundamental también entiende que existen casos en que debe hacerse de lado para poder dar paso a derechos como la dignidad humana y la vida, que de no tenerse en cuenta estarían limitando sus condiciones de vida.

De acuerdo con toda esta fundamentación jurídica, la Corte para el caso concreto, plantea que existen ciertas actuaciones que deben ser agotadas por la representante de la menor antes de realizar cualquier procedimiento quirúrgico definitivo a su hija, pues estos requerimientos son exigidos con el fin de garantizar

de manera efectiva el respecto por la autonomía de la voluntad y las condiciones de vida digna y sana de quien no tiene capacidad para dar su propio consentimiento.

Es de resaltar que para la Corte en este fallo, prima el principio de autonomía y autodeterminación personal, entendiendo que este procedimiento quirúrgico es definitivo y que afectará tanto los derechos personalísimos como las condiciones de vida de la menor en condición de discapacidad a corto, mediano y largo plazo, sumándole incluso los riesgos propios de la intervención y los efectos emocionales y psicológicos que podría acarrear cuando empiece a desarrollar su vida la menor de edad.

A su vez, la Corte indica que no obra en el expediente, una prueba que indique el nivel de discapacidad mental que tiene la menor, por lo que resulta necesaria una valoración medica especializada que permita establecer su capacidad cognoscitiva y que la misma indique si esta le va a permitir tener a futuro la suficiente autonomía para asumir esta decisión.

Por lo anterior dentro de su resuelve, a pesar que CONFIRMA la sentencia de primera instancia, indica que si dentro de la valoración médica que le realicen a la menor, se establece que no podrá tener la suficiente autonomía personal para decidir por sí misma, debe sustituirse el consentimiento a sus padres, quienes podrán solicitar la realización del procedimiento quirúrgico definitivo ante un juez debidamente competente, y que agotada esta etapa los médicos deben garantizar una recuperación satisfactoria de la menor, asegurando la integridad física, su salud y su propia vida.

Podría pensarse que la Corte está extralimitándose en sus funciones pues dentro del caso, no sólo resuelve el problema jurídico sino que va más allá, y plantea diversos escenarios sobre los cuales puede abordarse el tema en cuestión, que es el consentimiento sustituto de la menor y del cual podría derivarse o no dependiendo

del alcance de su autonomía de la voluntad a futuro un procedimiento quirúrgico definitivo como la esterilización.

3.1.7 Sentencia T 816 de 2007

Corporación: Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional

Fecha: 04 de octubre de 2007

M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

Tema: Derecho a educación especial del menor discapacitado

Subtemas: Hogar biológico o gestor.

Consideraciones y aportes relevantes:

Madre cabeza de familia en situación económica precaria, con hijo diagnosticado con “*Autismo con Psicosis Infantil*”, como trauma postquirúrgico sucedido a los dos años de edad, se inscribió en el programa de hogar biológico del ICBF, quien declaró la situación de peligro a favor del menor y constituyó el hogar biológico en cabeza de su progenitora.

Sin embargo, la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Usaquén, del ICBF regional Bogotá, mediante acto administrativo ordenó el cierre del hogar biológico, arguyendo que el plazo máximo de permanencia en el programa es de 2 años, y que su situación económica había mejorado, además que se habían beneficiado por espacio de 6 años del mentado programa. Razón por la cual, una vez agotada la vía administrativa, se interpuso acción de tutela para que fuesen protegidos los derechos del menor discapacitado.

Por su parte, la Defensora de Familia del ICBF, manifestó en su defensa que el menor ya había disfrutado del beneficio durante siete años; además, señaló que el Instituto asumió su cuidado, protección y educación, responsabilidad que por ley le

corresponde a los padres; por lo que la ayuda ofrecida por el ICBF no puede mantenerse indefinidamente.

En el fallo de primera instancia, el juez consideró que debe estimarse la presunción de legalidad de los actos administrativos del ICBF que daban por terminado el auxilio transitorio, por lo tanto deniega la acción de tutela, decisión que fue impugnada por su progenitora, al considerar que, aunque se han beneficiado del programa, el niño aun se encuentra en su situación de debilidad manifiesta, y requiere de todas las ayudas posibles para mejorar su calidad de vida, dado que, por su situación económica le queda imposible suplir todas sus necesidades.

En fallo de segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, confirmó la providencia impugnada, toda vez que el niño ya se beneficio del programa por un término superior al establecido por ley. Además, señaló que los cuidados del niño corresponden, en principio, a sus padres.

En sede de revisión, la Corte planteó como problema jurídico *¿si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar vulneró los derechos a la vida digna, educación y rehabilitación del menor discapacitado, al declarar la terminación de la medida de protección a su favor y como consecuencia de ello ordenar el cierre del Hogar Biológico de su señora madre?*, para lo cual analizó, en principio, la protección especial de los menores disminuidos física o mentalmente.

Es así, que frente a la protección especial al menor discapacitado, la Corte tuvo en cuenta, en principio, el artículo 44 Constitucional que reconoció una especial protección de los menores frente a las demás personas, elevándolos a categoría de fundamentales, dicha protección constitucional adquiere carácter reforzado cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad física o mental, de conformidad con lo prescrito en el artículo 13 Constitucional.

Aunado a lo anterior, la Corte recordó los Tratados Internacionales de protección de los derechos de los niños y en especial de los discapacitados, que han previsto la obligación en cabeza de los Estados de asegurar la atención médica y especial que su condición requiere.

Así las cosas, la Corte recurre al principio de integralidad para resolver asuntos relacionados con el derecho a la salud; pues al respecto, esta Corporación afirmó que el derecho a la salud al adquirir el carácter de integral¹⁸⁷, comprende todo el cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación. En dicha sentencia la Corte señaló que tratándose de menores con discapacidad el Estado se encuentra obligado a ofrecer un tratamiento integral encaminado a lograr la integración social del niño.

Lo anterior, deja ver que le corresponde al Estado adelantar políticas especiales para el cuidado de este tipo de personas, elevándose el compromiso en procura de la rehabilitación e integración social, cuando la familia no se encuentra en condiciones de asumir su compromiso constitucional.

En este punto, al revisar el caso concreto, la Corte determinó que el tratamiento a la afección sufrida por el menor, debe mantener una continuidad, si bien no para alcanzar la recuperación de las condiciones físicas y mentales, si para hacer llevadero el padecimiento y procurar un desarrollo efectivo, para que de esta manera mejoren sus condiciones de vida.

Corolario a lo anterior, la Corte consideró la protección del menor de acuerdo a su situación de debilidad manifiesta, la cual es reforzada, al tratarse de un discapacitado, teniendo el Estado la obligación de ofrecer un tratamiento integral encaminado a lograr la integración social del niño. Atendiendo a que el menor no

¹⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. en Sentencia T-518 de 2006, del M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

podría continuar con el tratamiento que venía recibiendo en la Fundación Despertar de los Sentidos, debido a la precaria situación económica de su grupo familiar, quien al ser expulsado del programa por exceder el término transitorio de apoyo y reubicar el cupo a otro necesitado, no contarían con los recursos para continuar su tratamiento.

Así las cosas, la Corte ordenó revocar el fallo de segunda instancia, al considerar que los derechos fundamentales del menor deben primar sobre la limitante de tiempo señalada por los lineamientos técnico administrativos que regulan la materia, debiendo protegerse los derechos constitucionales del niño, ordenando la continuidad de la medida hasta tanto no se logre la vinculación del menor a una institución, ya sea de carácter estatal, del orden nacional, distrital o municipal o una de carácter privado, donde el menor pueda seguir recibiendo los tratamientos requeridos bajo la supervisión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ello atendiendo a que los derechos fundamentales están por encima de las reglamentaciones.

Aunque esta sentencia, se produjo mucho antes de la entrada en vigencia de la ley 1306 del 2009, su sentido del fallo obedece a los principios contemplados en esta, cuando hace referencia a la protección del hogar y la familia, que tiene una estrecha relación con los derechos sexuales y reproductivos, puesto que, la mentada ley, en su artículo 23, numeral 3, garantiza que los niños en condición de discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia, es decir, que el Estado proteja su integral desarrollo, y la supresión de las barreras institucionales y sociales para que el niño crezca en una ambiente propicio y efectivo de sus derechos.

3.1.8 Sentencia T 988 de 2007

Corporación: Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional

Fecha: 20 de noviembre de 2007

M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

Tema: Joven con discapacidad que fue víctima de acceso carnal no consentido.

Consideraciones y aportes relevantes:

Madre biológica de joven de 24 años de edad, medicada de por vida e inmovilizada en silla de ruedas al ser diagnosticada desde los dos años con Retardo Psicomotor Severo e Hipotiroidismo, y desde los catorce con Cuadriparesia Espástica, Encefalopatía Hipoxico Isquémica, Hipotonía Tórcular, Epilepsia Parcial Versiva a la izquierda, Mioclonia, entre otras patologías; quien por alteraciones de salud de la joven acuden a atención médica, donde le confirman el estado de embarazo de aproximadamente nueve semanas de su joven hija.

Posteriormente, presentó denuncia con el propósito de *“establecer la presunta responsabilidad, que hasta la fecha y por las condiciones de la joven era fácilmente deducible, se trataba de un acceso carnal violento contra persona incapaz de resistir, cometido al parecer por un hijo de crianza.”*; razón por la cual, solicitó a SALUDCOOP E.P.S., que practicara en forma inmediata *“el procedimiento quirúrgico necesario para la interrupción del embarazo*, negándose la entidad a practicar dicha interrupción; razón por la que la madre presentó acción de tutela a fin de adoptar medidas provisionales tendientes a realizar la cirugía para interrumpir el embarazo y a que se le prestaran las atenciones *“pre y post de las especialidades que se requirieran según las condiciones físicas y mentales de su hija.”*

La entidad accionada SALUDCOOP E.P.S., contestó que la accionante no anexó copia de denuncia por acceso carnal violento, tampoco aportó certificación o constancia de proceso de interdicción por incapacidad, en el que se le otorgara a la

representación legal de su hija de 24 años; teniendo en cuenta que para la Sala de Casación Civil, de conformidad con el artículo 546 del Código Civil, los padres de menores incapacitados mentalmente están obligados a iniciar el proceso de interdicción un año antes de que el menor cumpla la mayoría de edad.

Por lo tanto, al no darse aportarse pruebas de lo anterior no fue posible que se tuviera legalmente como representante a la señora madre, imposibilitando a SaludCoop EPS, para producir una respuesta respecto de lo solicitado por la accionante; aunado a no existir valoración psicológica que determinara de manera certera la ausencia de voluntad de la paciente.

El fallo de primera instancia consideró que, la entidad al dilatar el procedimiento complicó la toma de decisión, pues teniendo en cuenta el informe médico, *“superadas las 15 semanas de embarazo se aumentan las posibilidades de complicación para la vida de la paciente, al realizarse una aborto son mayores al punto de presentar riesgo de muerte.”* Por lo anterior, la Juez negó la tutela, pues de realizarse el procedimiento se ponía en riesgo la vida de la joven, la madre accionante impugno la decisión.

En fallo de segunda instancia, el Ad Quem consideró que la juez de primera instancia hizo bien en acoger los conceptos médicos que indicaron que superadas 15 semanas de embarazo, como era el caso, las complicaciones del aborto ponían en peligro inminente la vida de la madre, razón por la cual confirmó en todos sus extremos la sentencia proferida por el Ad Quo.

En sede de revisión, la Corte Constitucional planteó como problema jurídico, *¿Desconoce una Entidad Promotora de Salud los derechos al amparo especial que le confiere el ordenamiento constitucional a las personas discapacitadas, así como la protección de la dignidad humana, cuando se niega a practicar de manera pronta y urgente una cirugía tendiente a interrumpir el embarazo de una joven cuya*

discapacidad (sensorial y psíquica) es un hecho notorio, que le impide manifestar su consentimiento de manera libre y directa - quien fue víctima de abuso carnal sin consentimiento y abusivo.?

Frente a dicho cuestionamiento jurídico, en primer lugar, la Corte se refirió a los requisitos establecidos para que se practique el aborto inducido en los caso de acceso carnal violento, no consentido o abusivos, contemplados en la sentencia C-355 de 2006, así como los desarrollos del tema contenidos en el Decreto reglamentario 4444 de 2006¹⁸⁸ emitido por el Ministerio de la Protección Social, *“Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”*.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006, se hace referencia a remover los obstáculos que impidan a la mujer gestante acceder a los servicios de salud con el objetivo de proteger sus derechos sexuales y reproductivos. En el mismo sentido, en caso de configurarse acceso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, el único requisito exigible para efectuar el aborto inducido es que tal hecho punible *“haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes”*. Es decir, cualquier regulación legal tendiente a exigir cargas desproporcionadas o requisitos adicionales no debe admitirse.

Así mismo, la Sala al referirse a la protección que se les confiere a las personas discapacitadas, tanto del ordenamiento jurídico interno como del derecho internacional de los derechos humanos, ha dicho que, la omisión de proporcionar especial amparo a las personas en condición de discapacidad sea por razones físicas, mentales o sensoriales puede equipararse a una medida discriminatoria.

¹⁸⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 4444 de 2006. Este decreto tiene como objeto lograr que las Entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado, Empresas de medicina prepagada, Entidades Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, presten el servicio de interrupción voluntaria del embarazo de que trata la Sentencia C 355 de 2006, esto para lograr que en estos eventos no constitutivos del delito de Aborto, el servicio debe proveerse asegurando que los abortos sean seguros y accesibles.

Además, deben eliminarse las desventajas estructurales, por medio de las acciones afirmativas en pro de una igualdad material.

Por otra parte, en materia de legitimación de los padres para solicitar la práctica de tratamientos médicos en sus hijas o hijos discapacitados, la Corte ha recalcado la necesidad de mirar las características de cada asunto en particular, pues no es factible trasladar la solución que se ofrece en un caso concreto a otras eventualidades con características singulares y específicas. Así las cosas, la Corte con base en la jurisprudencia, reiteran la necesidad de una sentencia de interdicción y guarda, para posteriormente, solicitar la práctica de una cirugía de ligamiento de trompas.

Así las cosas, la Sala de Revisión se comunicó con la accionante, la cual informó que la joven ya no se encontraba en estado de embarazo y que tampoco había dado a luz, por lo que, lo solicitado en la tutela – la interrupción del embarazo – ya no era relevante, y por lo tanto operó el fenómeno de la carencia actual de objeto.

Sin embargo, dicho fenómeno no es óbice para que la Corte constate que los derechos constitucionales solicitados, fueron en su momento vulnerados. Tal como ocurrió con la E. P. S al negarse a practicar de inmediato la interrupción del embarazo en mujer en condición de discapacidad físicas y sensoriales víctima de acceso carnal violento, arguyendo excusas de orden formal inadmisibles a la luz de la interpretación revisada.

Finalmente, la Corte revoca parcialmente el fallo de tutela de primera instancia, en el sentido de confirmar la negativa de lo solicitado en la demanda de tutela, pero no por haber cesado la amenaza de los derechos fundamentales pues, como se vio, dicha amenaza terminó por carencia actual de objeto.

3.1.9 Sentencia T 946 de 2008

Corporación: La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional.

Fecha: Octubre 2 de 2008.

M.P: Jaime Córdoba Triviño.

Los hechos relevantes de la sentencia se pueden resumir en que: La accionante en representación de su hija, la cual fue diagnosticada desde niña con Síndrome de Prader Willy ¹⁸⁹, interpuso acción de tutela contra COSMITET LTDA., por considerar que sus derechos a la autonomía, salud, integridad e intimidad fueron violados al negarle el procedimiento de interrupción de embarazo. La accionante alega que su hija está declarada interdicta, y cumple con las tres causales de despenalización del aborto, teniendo en cuenta que, fue víctima del delito de acceso carnal violento a menor en estado de indefensión según consta en el denuncia presentado por la madre, además hay altas probabilidades de que el feto presente malformaciones por los medicamentos prescritos a la joven y esto representa un grave riesgo en la vida de la gestante.

Por su parte, la entidad demandada alega que no ha vulnerados los derechos de la hija de la accionante, toda vez, que ha cumplido con las obligaciones legales, a pesar de esto, no se prestó el servicio solicitado por la madre, ya que dicho procedimiento no está cubierto por el POS.

El fallo de primera instancia, emitido por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, denegó la acción de tutela, puesto que consideró que no existían pruebas idóneas para concluir la configuración de alguno de los casos previstos en la sentencia C-355 de 2006, toda vez que, la denuncia presentada ante la Fiscalía

¹⁸⁹ MEDLINE PLUS. Síndrome de Prader-Willi. Es una enfermedad congénita. Afecta muchas partes del cuerpo. Las personas con esta afección presentan cuadros de obesidad poca musculatura y una capacidad mental reducida, al igual que órganos sexuales subdesarrollados. Revisado el día 13 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001605.htm>

era ilegible, no obraba certificación que indicara el peligro inminente de la madre gestante, ni la posible malformación del feto. Además, cuando se interpuso la tutela la joven se encontraba en la semana 18 de gestación, pero al momento de realizar el fallo ya llevaba 22 semanas de gestación lo que suponía un mayor peligro para la vida de la madre, de realizarse el procedimiento. La accionante interpuso recurso de apelación, recordando que su hija fue víctima del delito descrito anteriormente y que si bien ya tenía 18 años, de acuerdo con el diagnostico disciplinario, su hija tenía una edad cronológica de 4 años, lo que agudizaba su situación de indefensión.

En segunda instancia, el médico ginecólogo que atendió a la joven, puntualizó que no pudo establecer si la concepción fue producto de acto sexual violento, tampoco evidenció malformaciones en el feto que pusieran en riesgo su viabilidad, ni que el embarazo afectara inminentemente la vida de la madre gestante. Además, no accedió a realizar la interrupción del embarazo por objeción de conciencia.

Por lo tanto, el Juzgado Según Civil del Circuito de Manizales, decidió confirmar el fallo de primera instancia, negando el amparo solicitado, teniendo en cuenta que de realizase el procedimiento se pondría en riesgo la vida de la madre por el estado avanzado de la gestación.

En sede de revisión, la Corte Constitucional, esboza el siguiente problema jurídico, *¿Si al no haberse atendido la solicitud de interrupción del embarazo se vulneran los derechos a la dignidad, a la integridad y a la autonomía de una mujer cuya gestación es el resultado de un acceso carnal no consentido que fue denunciado ante la autoridad competente?*

Por otra parte, respecto de la objeción de conciencia invocada por el médico ginecólogo que atendió a la joven, la Corte recordó que es una decisión de carácter individual y no institucional, y que el médico que se acoja a ella, debe remitir inmediatamente a la solicitante a un médico que pueda realizar el procedimiento,

previa fundamentación escrita de su decisión. Además, se menciona la forma de realizar el procedimiento IVE siguiendo las pautas dadas por la sentencia T-209/08, la cual especifica que debe hacerse de forma oportuna los 5 días siguientes a la solicitud, con atención integral y de calidad y siguiendo las normas técnico-administrativas que expida el Ministerio de la Protección Social.

Con base en el problema jurídico, se reitera la jurisprudencia en materia de interrupción de embarazo, contemplada en la sentencia T-988 de 2007, la cual ya ha sido objeto de estudio en la presente investigación, pero que es conveniente traer a colación cuando enuncia que:

(...) las entidades prestadoras de salud que exijan el cumplimiento de requisitos formales adicionales al denuncia para practicar el aborto inducido en una mujer notoriamente discapacitada – con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que imposibilitan la exteriorización libre y directa de su consentimiento – la cual ha sido víctima de abuso carnal violento, sin consentimiento o abusivo, incurren en un grave desconocimiento de la protección que se deriva para las personas con discapacidad de la Constitución Nacional así como de lo consignado en el ámbito internacional. Bajo esas circunstancias, las autoridades públicas y los particulares que obren en calidad de tales, han de interpretar las normas de modo que más favorezca a estas personas pues, de lo contrario, al dilatar en el tiempo la práctica del aborto inducido las pondrán en un absoluto estado de indefensión en contravía de lo dispuesto por el artículo 13 superior así como de la jurisprudencia sentada en la sentencia C-355 de 2006.

Por lo anterior, la Corte reitera que cuando el embarazo es producto de acto sexual sin consentimiento, abusivo, inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentido, o de incesto, se configura una de las causales para solicitar la interrupción del embarazo, solo debe presentarse la denuncia ante autoridad competente para que se realice el procedimiento siguiendo las pautas anteriormente mencionadas. Se enfatiza que, la solicitud de cualquier otro requisito debe entenderse como un entorpecimiento del acceso y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD.

En consecuencia, se concluye que COSMITET LTDA y el médico tratante vulneraron los derechos de la joven a la dignidad, a la integridad y a la libertad al negarle la posibilidad de acceder al procedimiento de IVE. Además, considera que la actuación de los jueces de instancia amerita una investigación penal y disciplinaria por no ordenar la práctica de la IVE bajo las condiciones previstas en la sentencia C-355 de 2006.

Por esta razón, la Corte resuelve revocar, los fallos de primera y segunda instancia, y en su lugar conceder el amparo demandado para proteger los derechos sexuales y reproductivos de la hija de la accionante. A su vez, advierte a Cosmitet Ltda., que debe evitar imponer obstáculos innecesarios a las mujeres en condición de discapacidad cuando soliciten procedimientos de interrupción de embarazo, y además agrega que esta, *“puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo”*.

Con dicha declaración, ignora la Corte los principios de autonomía y consentimiento orientado hacia el futuro, afectando el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, toda vez, que tampoco se realiza una exhortación orientada hacia escuchar o realizar un estudio más minucioso de la condición mental de la persona, de hecho, en toda esta sentencia no figura la joven directamente afectada sino que obran terceros asumiendo su voz. Así mismo, se condena a la entidad, y solidariamente al médico tratante al pago de la indemnización causados a la menor por la violación de sus derechos fundamentales.

Es importante mencionar que, en esta sentencia se presenta un salvamento de voto por parte del magistrado Rodrigo Escobar Gil y una aclaración de voto por parte del magistrado Mauricio González Cuervo. En cuanto al salvamento de voto, el magistrado analiza las dificultades que presenta la aplicación de los principios

establecidos en la sentencia c-355 de 2006 por cuanto no se ha determinado la fecha límite de semanas que debe tener una madre gestante para la solicitud de la IVE. Por esta razón, considera que hay un detrimento del principio de autonomía judicial al imponer estos criterios jurisprudenciales a los jueces de tutela. En el mismo sentido, el magistrado considera que, en la sentencia no se alude a la condición de discapacidad de la mujer, por lo que el problema jurídico se desvirtúa, toda vez que, el análisis se realizó con base en la premisa de *“una mujer cuya gestación es el resultado de un acceso carnal no consentido”* y no precisando que dicha mujer se encontraba en condición de discapacidad, lo que le daba una protección constitucional mayor.

En cuanto a la aclaración de voto, el magistrado Mauricio González Cuervo, analiza las disposiciones que debe tener en cuenta el juez constitucional, respecto del procedimiento de interrupción del embarazo, que si bien, en el caso concreto se debía amparar el derecho fundamental, resalta el estudio crítico del acervo probatorio, ya que a su parecer, no se pueden automatizar las decisiones judiciales, si no que el análisis debe ser profundo, estricto y aplicado a cada caso. Además, reitera la falta de regulación respecto del tiempo de gestación que debe tenerse en cuenta, para la aplicación o no, del procedimiento de interrupción de embarazo.

Es importante resaltar la postura garante de este magistrado respecto de la capacidad de decisión y principio de autonomía de la joven en condición de discapacidad, cuando enuncia que:

En los casos en los que se demuestre que se da cualquiera de las excepciones antes citadas, es una obligación del Estado respetar la decisión de la madre que decide acudir al aborto, como lo sería también el respetar la decisión de la madre que, a pesar de darse tales circunstancias, decide continuar con la gestación y esperar el nacimiento de la criatura.

Garantizando así, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las madres gestantes, respecto de elegir libremente si desean o no continuar con el embarazo, aunque se presenten las causales para interrumpirlo.

En conclusión, aunque esta sentencia en principio busca garantizar los derechos sexuales y reproductivos de la joven con discapacidad, ignora precisamente su condición en la elaboración y resolución del problema jurídico, además en reiteradas ocasiones usa lenguaje excluyente como “discapacitada” o “padece una discapacidad” reiterando los conceptos que continúan con la discriminación incluso desde las instituciones estatales.

Tabla 2. Sentencias anteriores a la Ley 1346 DE 2009

SENTENCIAS ANTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
C 246 de 2002	09 de abril de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa	Demanda de inconstitucionalidad numeral 6 artículo 154 del Código Civil. Causal de divorcio: <i>“Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica de uno de los cónyuges...”</i> La Corte declara exequible el numeral 6 y adiciona el deber de alimentos al otro cónyuge cuando este carezca de los medios para subsistir.	
T 850 de 2002	10 de octubre de 2002 MP: Rodrigo Escobar Gil	Madre interpone acción de tutela en representación de su hija mayor de edad quien presenta retraso mental y epilepsia refractaria contra la EPS porque se han negado a practicarle la cirugía de esterilización definitiva. La Corte no concede la petición instando a la EPS de dar a María Catalina indicaciones acerca de su sexualidad para que sea ella	La Corte orientó su fallo hacia la protección del consentimiento orientado hacia el futuro.

SENTENCIAS ANTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
		quien decida autónomamente las opciones médicas que tiene.	
T 248 de 2003	21 de marzo de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett	La madre de una menor de edad que padece epilepsia, retardo mental y trastorno del déficit de atención interpone una acción de tutela contra el Seguro Social pues este se niega a realizar la esterilización definitiva ordenada por el médico psiquiatra de la menor aduciendo que no existen contratos ni presupuesto para realizarla. La Corte niega la petición aduciendo que no se está vulnerando el derecho a la salud, y que para realizar dicho procedimiento debe solicitarlo mediante autorización judicial.	La Corte usa el consentimiento sustituto por medio del procedimiento judicial, para salvaguardar la autodeterminación sobre el cuerpo de la joven.
T 397 de 2004	29 de abril de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa	Teresa persona en condición de discapacidad interpone una acción de tutela contra el ICBF pues considera que se están vulnerando sus derechos fundamentales a la familia al separarla de su menor hija Luisa alegando que es por las condiciones económicas en las que vive y por su discapacidad. La Corte concede la tutela de manera parcial ya que protege los derechos a la familia tanto de la menor Luisa como de Teresa pero indicando que la madre debe estar inscrita en el programa “Atención Integral para adultos y adultas con limitación física o mental” y que sea provista de la orientación psicológica, pedagógica para permitirle nivel de rehabilitación y autonomía suficiente para subsistir de manera digna.	La Corte da preponderancia al interés superior del niño, sin embargo, también tiene en cuenta, el derecho fundamental a conformar una familia.
T 443 de 2004	10 de mayo de 2004	Madre de un menor diagnosticado con autismo infantil primario, trastorno generalizado del desarrollo con dificultad en áreas de interacción y cognición social, interpone una	La Corte aplica el modelo médico-rehabilitador en el fallo de la sentencia.

SENTENCIAS ANTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
	MP: Clara Inés Vargas Hernández	acción de tutela contra la Secretaria de Educación pues esta se niega a encontrar una institución en condiciones de ofrecer la educación para su hijo. La Corte accede a la petición de la madre indicando que deben matricular a un menor en un centro educativo y que a su vez deben tomarse las medidas necesarias para garantizar la atención que requiere el menor.	
T 492 de 2006	29 de junio de 2006 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra	Actuando como agente oficiosa de su hija Ana Rendón mayor de edad con síndrome down con 8 meses de embarazo y pareja permanente con discapacidad también, la señora Nancy Carmona solicita que se protejan los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad personal vulnerados por la EPS al exigir una autorización judicial para la práctica de la esterilización definitiva de su hija. La Corte declara improcedente la acción de tutela e insta a la madre para iniciar el trámite ordinario ante un juez de familia y obtener la autorización judicial para que se practique la ligadura de trompas.	Reitera el criterio del consentimiento sustituto, adelantando el proceso de interdicción judicial.
T 1019 de 2006	1 de diciembre de 2006 MP: Jaime Córdoba Triviño	La madre de Liliana Martínez quien presenta una discapacidad mental moderada y secuelas de parálisis cerebral interpone una acción de tutela contra su EPS pues se niegan a practicarle la cirugía de ligadura de trompas. La Corte niega el amparo de tutela indicando que antes de tomar una decisión definitiva debe hacerse una valoración médica para establecer la capacidad cognoscitiva de la menor y su nivel de desarrollo mental para	Consentimiento sustituto supeditado a la valoración médica que se le haga a la joven.

SENTENCIAS ANTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
		saber si este le va a permitir tener o no la suficiente autonomía en su voluntad para asumir la decisión, de no ser así, los padres tendrán que iniciar el trámite de autorización judicial mediante un juez para que se practique dicha cirugía.	
T 816 de 2007	4 de octubre de 2007 MP: Clara Inés Vargas Hernández	La señora Hilda Avendaño representante de su menor hijo quien se encuentra diagnosticado con autismo y psicosis infantil, interpone una acción de tutela en defensa de los derechos del discapacitado mental contra el ICBF pues este cierra el hogar biológico donde ella convivía con su menor hijo. La Corte procede a conceder la tutela y a inscribir al menor en un Hogar Gestor, y un programa de rehabilitación donde pueda recibir los tratamientos requeridos para su discapacidad.	La Corte da preponderancia al interés superior del niño, reforzado al estar en condición de discapacidad mental.
T 988 de 2007	20 de noviembre de 2007 MP: Humberto Antonio Sierra Porto	Madre interpone acción de tutela actuando a nombre propio y de su menor hija con trastorno psicomotor severo e hipotiroidismo, epilepsia parcial, encefalopatía contra su EPS pues esta se negó a realizar un aborto proveniente de un acceso carnal sin consentimiento y abusivo al solicitar tanto el proceso de interdicción como un examen que probara que la relación sexual fue sin consentimiento. La Corte concede el derecho pero sin embargo procede a sancionar a la EPS pues desconoció la ratio decidendi de la sentencia C 355 de 2009 teniéndose como cierto que la menor fue víctima de violación y que la circunstancia de embarazo junto con sus limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que caracterizan su	Consentimiento sustituto supeditado a la necesidad de autorización judicial.

SENTENCIAS ANTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
		discapacidad contribuyeron a empeorar su situación y a desmejorar su calidad de vida, dejando a la joven en una situación de absoluta indefensión.	
T 946 de 2008	02 de octubre de 2008 MP: Jaime Córdoba Triviño	La señora María en representación de su hija Ana quien padece síndrome de prader Willy el cual es limitante de gran capacidad cognoscitiva interpone acción de tutela contra COSMITET LTDA pues considera que se están vulnerando los derechos a la integridad, autonomía e intimidad de su hija al negarle la práctica de un aborto pues este fue producto de un acceso carnal violento como puede constar en la denuncia presentada, y que corre grave riesgo la gestante debido al altísimo índice posibilidades de malformaciones del feto por el consumo de la droga EPAMINE. La Corte procede a conceder la tutela más sin embargo para la fecha a la menor no es posible realizarle la interrupción del embarazo toda vez que ya ha transcurrido mucho tiempo, como consecuencia de ello impone una sanción a COSMITET e indica que para realizar una interrupción por presunto acceso carnal violento basta con la denuncia para que se realice el aborto en las condiciones mencionadas. Se trate o no de una persona en condición de discapacidad pues ello vulnera su dignidad e integridad.	La Corte reitera en el resuelve de la sentencia el consentimiento sustituto a favor de los padres de la joven.

Fuente: Los autores.

3.2 SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL DESPUÉS DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 1346 DE 2009

Desde el año 2009, ocurren dos grandes acontecimientos en materia de protección a los derechos de las personas en condición de discapacidad.

Uno de ellos es la promulgación de la Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, documento que constituye el más completo instrumento jurídico en materia de la población con discapacidad, pues dentro de este se vislumbra un modelo complejo de promoción de derechos, acciones afirmativas y prohibición de la discriminación en razón de discapacidad. Esta ley se toma como referente pues es la primera vez que dentro del ordenamiento jurídico se encuentra estipulado la autonomía con respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las PcD.

El otro acontecimiento es la ley 1306 del 2009¹⁹⁰, la cual incluye normas para la protección de personas con discapacidad mental y a su vez establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados. Y su objeto consagrado en el artículo 1. Es *“la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad”*¹⁹¹ es así como dentro de esta ley se encuentran los lineamientos que regirán la vida jurídica de las personas en condición de discapacidad en Colombia.

¹⁹⁰ CONGRESO DE COLOMBIA. Diario Oficial 43.471. Ley 1306 de 2009. 05 de Junio. Consultado el: 03 de julio de 2017. Disponible en: http://fundacionparalasamericas.org/wp-content/uploads/2013/12/Ley_1306-de-2009.pdf

¹⁹¹ Ibíd. 103. Artículo 1.

Por esto, se toma como punto de referente el año 2009 porque estos eventos constituyen la normatividad que la Corte Constitucional utilizará para efectuar la debida fundamentación en las sentencias que se analizarán a continuación:

3.2.1 Sentencia C 804 de 2009. Demanda de Inconstitucionalidad contra el inciso 1 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 por la cual se expide el Código de Infancia y adolescencia.

Artículo 68. Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente.

Magistrada Ponente:

María Victoria Calle Correa

Bogotá, 11 de noviembre de 2009

La accionante manifiesta que la expresión “idoneidad física” vulnera directamente los artículos 13 y 42 de la Constitución Política de Colombia, pues *“contraviene los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad a la igualdad y a conformar una familia por vía de la adopción”* toda vez que el Estado está en obligación de intervenir para tomar las medidas tendientes a mejorar la calidad de vida de las personas en condición de discapacidad, más no a ponerles barreras que impidan desarrollar sus proyectos de vida.

Indica además que el exigir la “idoneidad física” para las personas en condición constituye una limitación injustificada a la libertad de conformar una familia por vínculos jurídicos, cuando la persona muestra tener una condición de salud que aunque no sea óptima, puede ser lo suficientemente estable para brindar a un

menor una buena calidad de vida y que su condición económica da para tener a cargo a quienes quiera sean sus hijos.

Se resalta también que para la accionante, se vulnera el derecho a la autonomía en salud de las mujeres con discapacidad que por su condición no pueden quedar en embarazo por riesgo a su propia vida, o la del bebé que está por nacer, por lo que por no tener la posibilidad de ser madres biológicamente, no tiene que dejarse a las mujeres con discapacidad sin opción de adoptar.

A continuación, se expondrán algunos de los argumentos más significativos de las entidades intervinientes:

Para el ICBF, la expresión “idoneidad física” no constituye ninguna vulneración pues al exigirse este requisito se está aplicando la vigencia de un orden justo vinculado a un principio de la igualdad real y efectiva que se traduce a un mejor mañana para los niños, niñas y adolescentes pues este precepto tiene un propósito iuspositivista del Estado.

Se reconoce que no existe el derecho constitucional a adoptar, sino que es un programa que se desarrolla por medio de una institución autorizada para garantizar los derechos de las personas especiales susceptibles de ser adoptadas, siempre y cuando esas personas que deseen adoptarlos cumplan con los requisitos establecidos por la ley, en Colombia el artículo 68 del Código de Infancia, cuyo único fin es el de brindar la protección integral a través de seguridad y legitimidad jurídica a favor de los infantes y adolescentes. Por lo tanto el ICBF como la Defensoría de Familia, son los encargados de observar que se cumplan los requisitos, y que por ningún concepto serán decisiones arbitrarias, discrecionales y discriminatorias en lo relativo a la idoneidad física.

Así mismo el ICBF cita un concepto con fecha del 22 de Agosto de 2005, emitido por la Academia Nacional de Medicina y suscrito por el doctor Zoilo Cuellar Montoya, en la que se resaltan los parámetros básicos que se deben tener en cuenta para determinar la idoneidad física de los adoptantes, concepto que el ICBF aplica y que indica:

“La salud física de las personas adoptantes debe corresponder a una situación aceptable que no conlleve: discapacidad seria, supervivencia corta, obstáculo serio para el establecimiento de una buena y estable relación afectiva padre-hijo” así las cosas, según el lineamiento técnico del programa de adopción se señala que cuando se considera el estado de salud de la persona adoptante, se debe tener muy claro que es preciso definir la magnitud de la incapacidad que la afección genera, evaluando el pronóstico de dicha afección, puesto que existen personas con algún tipo de patología, potencialmente incapacitante o de evolución fatal a largo plazo, que pueden no tener efecto invalidador y que les permita una calidad de vida y actividad normales; esto garantiza que pueden ofrecer al niño, niña y adolescente muchos años de vida familiar equilibrada y estable en un entorno enteramente normal.

Concluye el ICBF que la sola condición de discapacidad no es un factor que determine la aprobación de la solicitud de adopción, sino que deben concurrir otros elementos que permitan inducir que al dar en adopción a la persona, se impedirá su desarrollo y la garantía plena de sus derechos, tal como lo haría una persona enferma físicamente, de manera grave sin posibilidad de recuperación, esto pondría en riesgo a los niños, niñas y adolescentes, pues no se les podría garantizar una adecuada calidad de vida. Ahondado lo anterior, para el ICBF si se da una aparente dicotomía entre los derechos de los adoptantes y los derechos de los adoptados, debe resolverse a favor de los menores, pues estos gozan de protección especial por parte de la familia, sociedad y el Estado.

Por otro lado, el Ministerio de Protección Social, señala que el requisito de idoneidad física, se hace exigible por el derecho del interés superior del menor que se encuentra en situación de abandono y que tiene derecho a una familia, el cual prima sobre cualquier otro, incluso de la adopción, ya que este no constituye un derecho sino una mera expectativa.

Este argumento también lo maneja el Ministerio del Interior y de Justicia, pero desde el entendido que aunque no exista el derecho a adoptar, la norma acusada no resulta desproporcionada frente a las personas con discapacidad, e indica que la autoridad encargada debe decidir no solo de ese requisito, sino de todo un conjunto de rasgos a fin de que se protejan integralmente los derechos de los menores sin hogar.

Por otro lado, la Procuraduría General de la Nación, solicita a la Corte inhibirse de pronunciarse de fondo acerca de la expresión “idoneidad física” pues manifiesta que dentro de sus argumentos, la accionante dirige su acusación en contra de una proposición que ella deduce subjetivamente y que carece tanto de certeza como de pertinencia, más no desde reglas de hermenéutica ni de los postulados constitucionales.

La entidad, realiza un análisis jurisprudencial de los pronunciamientos de la Corte con respecto a los derechos de las personas en condición de discapacidad y manifiesta que:

Las personas discapacitadas tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus prerrogativas jurídicas en condiciones de igualdad con los demás. La omisión de este deber por parte del Estado se traduce en una lesión de los derechos fundamentales de los sujetos concernidos y, en consecuencia, deriva constitucional.

Se puede apreciar entonces, de acuerdo a la anterior indicación de la Corte que las personas en condición de discapacidad cuentan con una especial protección por parte del Estado y de organizaciones internacionales que velan por sus derechos como sujetos que por encontrarse en estado de indefensión requieren un trato diferencial positivo en aras de garantizar que no se vean menoscabados sus derechos fundamentales.

Por otra parte, se encuentra la figura de la adopción como instrumento de defensa del interés superior del menor, entendiéndose que esta no tiene como finalidad, que quienes carezcan de un hijo puedan llegar a tenerlo, sino que el menor que no tenga padres, pueda llegar a ser parte de una familia. De acuerdo a esta afirmación, no existe un derecho constitucional de adoptar en la medida que los padres potenciales tienen únicamente una expectativa de consolidar una relación paternofilial de la que no gozan por naturaleza.

Entonces, la familia debe ser la primera institución obligada a proveer las condiciones para que los niños se desarrollen adecuadamente como personas dignas, esto conlleva a surjan obligaciones tales como alejarlos de todos los factores que puedan afectar su proceso desarrollo armónico, contribuyendo a que el proceso se desenvuelva con las mayores ventajas posibles tanto material, psicológica como afectivamente.

Ahondado lo anterior, la procuraduría solicita que se declare exequible la expresión “idoneidad física” pues el principio del interés superior del menor que preside *“todo proceso en el que están involucrados los menores de edad impone al legislador la adopción de medidas que garanticen la efectividad de dicho principio y la exigencia general de requisitos de idoneidad para adoptar, es una de ellas”*.

Por lo que indica que debe primar este principio y que los requisitos tienen como finalidad protegerlo, pues de ello depende la decisión judicial de autorizar o no la adopción, decisión con la que está comprometida la responsabilidad del Estado, de protegerlo, de asegurarle su derecho a tener una familia y de garantizar también todos los derechos que los padres deben reconocer a sus hijos: a la vida, a la integridad física, a la salud, al cuidado y amor, a la alimentación equilibrada, a la educación, a la cultura, al desarrollo armónico e integral, a la recreación y la práctica del deporte.

De acuerdo con lo anterior, el juez debe cerciorarse sobre los requisitos de idoneidad de los que pretenden adoptar porque *“así se protege al niño contra la posibilidad futura de sufrir el descuido, el abandono, la violencia física o moral, abuso sexual o la explotación económica o laboral”*.

El problema jurídico en cuestión, que pretende abordar la Corte y el referente al tema es ¿La expresión idoneidad física empleada en el inciso 1 del artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia resulta violatoria de los derechos a la igualdad y a conformar una familia de las personas con discapacidad, en la medida que permite que al acudir al proceso de adopción, los prejuicios que existen contra esta población les impidan ser considerados en condiciones de igualdad como padres idóneos para brindar amor, cuidado, protección, orientación y educación a los niños o adolescentes que sean dados en adopción?

La Corte da inicio al análisis de constitucionalidad indicando que en todas las intervenciones se habla de la adopción como una mera expectativa más no como un derecho adquirido, pues este argumento no debe ser usado para desestimar el cargo de igualdad, porque lo que se debe estudiar es si al establecerse como requisito la “idoneidad física” se está excluyendo de antemano a las personas en condición de discapacidad o reduce sustancialmente sus posibilidades de convertirse en madres o padres adoptantes.

A continuación la Corte da un breve recorrido jurisprudencial a decisiones que tienen que ver con personas en situación de discapacidad y enfatiza principalmente el amparo reforzado que debe gozar esta población desde el artículo 13 de la Carta Política, el cual establece que

*“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*¹⁹². Esta norma tiene como respaldo una obligación en todas las autoridades, consistente en adoptar todas las medidas que sean necesarias para lograr una igualdad real de trato, condiciones, protección y oportunidades entre los asociados.

Por otro lado está el artículo 47 que señala la obligación que tiene el Estado de: *“Adelantar política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicas, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*

Menciona la Corte que si bien existen estos artículos, desde las decisiones propias de la Corte Constitucional y del Estado, no se ha eliminado la marginación existente hacia las personas en condición de discapacidad, pues esta *“se encuentra arraigada en lo más profundo de las estructuras sociales, culturales y económicas predominantes en nuestro país”*.

Se cita así mismo la Sentencia T 207 de 1999

Tal como ha ocurrido con otros grupos sociales, los discapacitados han sido objeto constante de marginación social a través de los siglos. La discriminación contra los discapacitados presenta, sin embargo, características que le son propias y que no se observan en otros casos. Por un lado, porque el sector de los discapacitados ha sido durante largos períodos una minoría oculta o invisible, en la medida en que en muchas ocasiones las personas afectadas por discapacidades fueron internadas en

¹⁹² ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 13.

instituciones o mantenidas por fuera del ámbito de la vida pública. De otra parte, porque la minoría de los discapacitados es tan heterogénea como disímiles son las limitaciones que pueden causar las múltiples formas en que se manifiestan las discapacidades. Y finalmente, porque la discriminación contra los discapacitados frecuentemente es ajena al alto grado de hostilidad, odio e irracionalidad que acompaña otras formas de discriminación, tal como la que causa la segregación racial. En efecto en muchos casos la discriminación contra los discapacitados no tiene origen en sentimientos de animadversión, y recibe una justificación con la limitación física o mental que presenta la persona afectada, claro está haciendo caso omiso de las condiciones especiales de cada discapacidad y de los diferentes grados de limitación que ellas pueden generar. De esta manera, la marginación de los discapacitados frecuentemente no está acompañada de hostilidad, sino que es más bien producto de ignorancia, de prejuicios, de simple negligencia, de lástima, de vergüenza o de la incomodidad que genera el encuentro con personas diferentes.¹⁹³

El texto anterior, permite deducir que la Corte no es ajena a las barreras que ha impuesto la sociedad y que ha impedido el goce efectivo de sus derechos, pues se les ha considerado durante siglos como se puede evidenciar en el primer capítulo del presente trabajo de investigación seres humanos *“defectuosos, incompletos, que necesitan reparación o que son dignos de compasión”*, estas concepciones son basadas principalmente en el desconocimiento de las características, causas y los componentes socioculturales de la noción de discapacidad y de la idea de la “normalidad”.

Por esto la Corte precisa la importancia de garantizar a esta población: el derecho a la vida e integridad personal, a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la locomoción, en especial relación con la accesibilidad a espacios públicos y privados, al debido proceso, a la libertad religiosa, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y a la seguridad social, a la educación, a la personalidad jurídica, a los derechos sexuales y reproductivos y a la participación ciudadana. Es así como el Estado tiene el deber de brindar una especial y mayor protección a las personas con discapacidad para lo cual debe:

¹⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 207 de 1999. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

- a) procurar su igualdad de derechos y oportunidades frente a los demás miembros de la sociedad
- b) adelantar las políticas pertinentes para lograr su rehabilitación e integración social de acuerdo a sus condiciones
- c) otorgarles un trato especial, pues la no aplicación de la diferenciación positiva contribuye a perpetuar la marginación o la discriminación

La Corte empieza a hacer un análisis de algunas jurisprudencias indicando cómo desde su creación se han protegido los derechos de las personas en condición de discapacidad, teniendo como fundamento el principio de igualdad y de no discriminación y cuyo pilar ha sido la búsqueda de la superación de las condiciones de marginación o exclusión que inciden en el goce de sus derechos.

A su vez, pone como fundamento la normatividad internacional y las obligaciones que se derivan de estas para el Estado Colombiano ya que muchas de estas ha sido ratificadas, así las cosas no solo deben evitarse eventuales discriminaciones sino también a desarrollar acciones tendientes a garantizar que las personas en condición de discapacidad puedan gozar de todos los derechos constitucionales, en igualdad de condiciones.

A continuación para la Corte es posible constatar que la expresión “idoneidad física” no es neutral, pues a pesar que no emplea un lenguaje discriminatorio puede recrear imaginarios donde los prejuicios y temores contra las personas con discapacidad aparecen fácilmente. Para dar explicación de este lenguaje, se nombra una Sentencia en la que se crea una regla jurídica:

El lenguaje tiene una multiplicidad de usos y si através del lenguaje también se construye la realidad social y se construyen o desconstruyen espacios de convivencia, no es acertado plantear que de las expresiones lingüísticas utilizadas por el legislador deba hacerse un uso exclusivamente descriptivo pues son factibles también usos diferentes, que pueden nutrirse de una densa carga valorativa y que eventualmente pueden resultar constitucionalmente relevantes si interfieren derechos fundamentales de las personas, por ello que el juez constitucional se halla legitimado para resolver

los problemas constitucionales que se deriven de ello y que le sean planteados en ejercicio de la acción pública e informal de la inconstitucionalidad¹⁹⁴.

De acuerdo a este planteamiento la Corte ha declarado inexecutable el uso de expresiones degradantes y discriminatorias por vulnerar el principio de dignidad humana y el derecho fundamental de igualdad. Tal es el caso de la Sentencia C 478 de 2003 en la que resalta que:

El lenguaje legal debe ser acorde con los principios y valores que inspiran a la Constitución de 1991, ya que es deber de la Corte preservar el contenido axiológico humanístico que informa a nuestra norma fundamental, velando aún porque el lenguaje utilizado por el legislador no la contradiga.¹⁹⁵

Por lo mismo en relación al uso del lenguaje que se refiere directa o indirectamente a las personas con discapacidad, la Corte ha declarado inexecutables¹⁹⁶ expresiones del Código Civil que empleaban expresiones que aun cuando en sus orígenes correspondían a términos técnicos, con el paso del tiempo habían transmutado en discriminatorias.

Para resolver el problema jurídico la Corte además de estudiar el lenguaje discriminatorio, pasa a recalcar la importancia de la protección del interés superior del menor y de la adopción, tomando como referente el artículo 44 de la Carta Política: “*los derechos de los niños prevalecen sobre los demás*” además del desarrollo constitucional que ha tenido este precepto del interés superior del menor y del derecho internacional quien a través de la Convención sobre los derechos del niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño y la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha tenido como fundamentación principal el trato preferente

¹⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 1088 de 2004. MP: Jaime Cordoba Triviño. 03 de noviembre de 2004.

¹⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 478 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 983 de 2002. MP: Jaime Córdoba Triviño.

que debe darse al menor, en tanto se debe garantizar su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad, resguardando a los menores de todo tipo de riesgos prohibidos* que puedan amenazar o perturbar su integridad.

Es así como en providencias anteriores la corte ha señalado que el interés del menor *“debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o funcionarios públicos encargadis de protegerlo”*. Por lo tanto, el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos.

En este sentido el verbo “prevalecer” implica el establecimiento de una relación entre dos o más intereses conrapuestos en casos concretos, entre los cuales el menor tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización.

El principio del interés superior del menor es relevante para determinar la forma de equilibrar los derchos de los niños y los de sus parientes, indicando que por ser prevalecientes no significa que deban ser excluyentes o absolutos. Al contrario, este impone a las autoridades encargadas de adoptar una decisión con respecto al niño niña o adolescente, la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento de una decisión.

Con relación al derecho a tener una familia, ya sea biológica o a través de la adopción, menciona que esta debe tener como bases el cuidado y el amor para desarrollarse en forma plena y armónica, entonces la familia como núcleo fundamental de la sociedad constituye una garantía esencial para la realización de otros derechos pues tiene en sí misma una obligación para con sus miembros y

* Entiendáse por riesgos prohibidos, la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art 12 CP). La esclavitud, servidumbre y trata de personas (Art 17 CP), cualquier forma de violencia intrafamiliar (Art 42 CP) toda forma de abandono, violencia física o moral, abuso sexual, explotación económica y cualquier trabajo riesgoso (Art 44 CP)

sobre todo para con los niños, esta es la de brindar un entorno lleno de afecto y solidaridad, alimentación equilibrada, educación, recreación y cultura.

Ahora para el caso de la adopción, la jurisprudencia constitucional ha reconocido esta figura como un mecanismo orientado primordialmente a satisfacer el interés superior del menor cuya familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo mediante su ubicación en un núcleo familiar apto, esta deviene subsidiariamente para garantizar los mencionados derechos en caso que la familia natural no le brinde al menor el cuidado que merece.

De acuerdo con los anteriores cuestionamientos, la Corte procede a analizar el sentido de la expresión “idoneidad física” para lo que primero empieza a indagar acerca de su definición, encontrando que existe una ausencia de esta, por lo que se estudiará el contexto en que la norma se aplica. Así se procede a hacer un análisis de los diferentes modelos de discapacidad de los que no se ahondará a profundidad puesto que ya fueron nombrados dentro del estudio realizado en el presente trabajo de investigación.

Sin embargo, se tomará como referente un trabajo nombrado por la corte, en el que dos investigadores ingleses, en relación con los imaginarios en torno al rol parental de las personas con discapacidad, cuya idea es negativa. Dentro de esta investigación se señala:

Se ha puesto mayor énfasis en la capacidad de la persona de realizar una serie de tareas, como levantar juguetes, abrir latas, cambiar pañales e involucrarse en juegos de “patanería”. En consecuencia, temores sobre la calidad del rol parental son esencialmente temores sobre la inhabilidad de los padres con deficiencias físicas de llevar a cabo una serie de tareas. Sobre esta perspectiva se elevan preguntas como ¿Pueden estas personas realizar lo que los padres usualmente hacen? Y si no, ¿Cuáles serán los efectos en el niño? Lo que se deja de lado son consideraciones sobre la accesibilidad relativa al entorno en el que el rol de la paternidad tiene lugar; también se deja de lado el apoyo tecnológico, financiero, emocional, práctico que compensaría el área en que la dificultad está presente. Los padres con discapacidad

por sí mismo, ponen más énfasis en el rol de padres de proveer amor, apoyo, guía, liderazgo, organización etc.¹⁹⁷

Dentro de este punto, la Corte menciona la definición de idoneidad física que brindó el ICBF dentro de su intervención, y que es utilizada en el lineamiento técnico del programa de adopción, e indica que esta idoneidad es relevante para determinar si una persona o una persona son idóneas pero debe ser resultado de una evaluación integral sobre las posibilidades de protección, amor, guía y cuidado que puedan brindarle al niño, niña o adolescente.

Finalmente después de esta fundamentación para la Corte es claro que la exigencia de que quien aspire a adoptar a un niño, niña o adolescente cuente con idoneidad física responde a un fin constitucionalmente legítimo, esto es, asegurar las mejores condiciones para el cuidado y atención de las necesidades del menor que se integra a una familia. También es claro que la expresión puede resultar discriminatoria, si se tiene como única razón para negar la adopción, pero dentro del artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia, se exige una valoración integral de todas las condiciones de quien sea el candidato como padre o madre adoptante. De acuerdo a esto, la Corte procede a declarar exequible la expresión “idoneidad física”.

A pesar de lo anterior, dentro del análisis constitucional se puede apreciar que la Corte da fundamentos para que la expresión sea declarada inexecutable, pues aunque dentro de las razones expuestas indicó que se debía analizar integralmente, debió cambiarla, pues son los operadores jurídicos encargados de la adopción quienes de acuerdo al artículo 68 pueden seguir haciendo interpretaciones discriminatorias que lleven a negar a las personas con discapacidades físicas la posibilidad de realizar una aplicación para adoptar.

¹⁹⁷ OLSEN, Richard; CLARKE, Harriet. Parenting and Disability. Disabled parent's experiences of raising children.

3.2.2 Sentencia T 185 de 2010

Corporación: Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional

Fecha: 18 de marzo de 2010

M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Consideraciones y aportes relevantes:

La accionante contrajo matrimonio civil con su esposo pensionado del Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, del que era beneficiaria en el sistema de salud, Sin embargo, en julio de 2008 el Señor solicitó la exclusión de la accionante aduciendo falta de convivencia, por lo cual, ella tuteló su derecho a la salud y solicitó su reconocimiento como beneficiaria, dado que, es una persona de tercera edad en condición de discapacidad.

El Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se opuso a las pretensiones elevadas por la accionante, argumentando que el cotizante mediante declaración notarial solicitó el retiro o desvinculación de la beneficiaria por falta de convivencia y en aplicación de los principios constitucionales señalados en los artículos 16 y 42 de la Carta Política, de libertad para conformar su grupo familiar.

En decisión de única instancia, el ad quo negó la solicitud de amparo de los derechos invocados por la accionante, por no lograr demostrar que fuera una persona de la tercera edad, que padeciera alguna enfermedad de grave importancia o que estuviera casada con el titular del derecho a la salud. Procedió a explicar la naturaleza del derecho a la salud, precisando que de conformidad con la Ley 100 de 1993 el retiro de una persona es una facultad regulada legalmente; por lo tanto, las Empresas Prestadoras de Salud pueden realizar la desafiliación de sus usuarios con sujeción a los requisitos señalados en la ley. Consideró el ad quo, que la entidad accionada no violó ningún derecho fundamental de la demandante, pues

simplemente se rigió por lo dispuesto en la ley, en cuanto a que es obligación del afiliado cotizante reportar las novedades que se presenten en su grupo familiar.

En Sala de Revisión, la Corte planteó como problema jurídico ¿si el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la accionante como persona de la tercera edad en condición de discapacidad, al desafiliarla del servicio de salud en virtud de solicitud elevada por el cotizante, quien alega falta de convivencia con la peticionaria?

La Corte inicia su análisis, refiriéndose a la importancia del principio de continuidad del servicio de salud; que por referentes jurisprudenciales, se concluye que debe ser reconocido y protegido tanto por el juez constitucional como por las entidades prestadoras de salud; razón por la que se ha establecido la prohibición de realizar actos que interrumpan sin justificación admisible el servicio de salud de una persona que pertenezca al sistema en calidad de afiliado o beneficiario cuando se hayan iniciado procedimientos, tratamientos o suministros de medicamentos.

Respecto a los beneficiarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el debido proceso para su desafiliación por parte de la E.P.S., la Corte refirió las normatividad sobre el tema de los beneficiarios miembros del grupo familiar del cotizante; así mismo, que la Entidad Promotora de Salud para realizar la desafiliación de un usuario ya sea que ostente la condición de cotizante o beneficiario; las E.P.S. deberán garantizar a sus usuarios el debido proceso en la desafiliación que les permita ejercer su derecho de defensa y contradicción.

En cuanto a los deberes conyugales de ayuda y socorro, la Corte indicó que subsisten aún después de extinguido el vínculo matrimonial, el cual no se extinguen sino que pueden sufrir una transformación, en el entendido de que las prestaciones de tipo personal no pueden seguir siendo exigibles, pero algunas obligaciones

económicas pueden continuar en condiciones específicas, con fundamento en el principio de solidaridad constitucional. Es decir, puede concluirse, tal como lo indicó la Corte, que pese a la terminación del vínculo matrimonial puede subsistir el deber de alimentos que comprende la prestación del servicio de salud, en la medida en que no puede abandonarse al cónyuge con una enfermedad o discapacidad grave, pues sería atentatorio del principio de la dignidad humana y de los deberes de socorro y ayuda que, como se expuso anteriormente, eventualmente perduran después de la separación o divorcio de los cónyuges.

Finalmente, respecto del debido proceso para la desafiliación del cónyuge dependiente, indicó la Corte que siempre que una Entidad Promotora de Salud proceda a desafiliar a uno de sus usuarios, sea cotizante o beneficiario, deberá sujetarse al procedimiento previsto en la ley para tal efecto, precisando que en el caso particular de los cónyuges el debido proceso exige verificar mediante un documento idóneo si subsiste el deber de alimentos fundado en el principio de reciprocidad. Aunado a lo anterior, la E.P.S. deberá tener en cuenta para la desafiliación que si el usuario se encuentra en el curso de un tratamiento médico se le tendrá que garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio y en consecuencia acompañar y brindar asesoría al usuario hasta que sea vinculado nuevamente al Sistema de Seguridad Social en Salud contributivo o subsidiado.

Así las cosas, estimó la Sala, que no obstante haber una manifestación de la voluntad del afiliado cotizante de cancelar la afiliación de la demandante por el hecho de no hacer vida en común, la desafiliación del cónyuge con una enfermedad o discapacidad grave está constitucional y legalmente protegida. Consideró, además, que la conducta desplegada por el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, no agotó previamente el debido proceso, pues procedió a desafiliar unilateralmente al cónyuge beneficiario sin que efectivamente comprobara la terminación del vínculo matrimonial, desconociendo el principio de continuidad en

la prestación del servicio de salud de la accionante, quien requería el suministro permanente de medicamentos para la epilepsia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que entre la peticionaria y cotizante continuaba vigente la relación conyugal, razón por la cual subsisten los deberes de ayuda y socorro mutuo, recordando, como ya se dijo, que el deber de asistencia no se extingue simplemente por no hacer vida en común, y mientras no se profiera sentencia judicial o se pacte un acuerdo entre las partes en el que se disponga lo contrario, no se pierde el derecho a acceder al servicio de salud como beneficiario del cónyuge cotizante.

Es decir, los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida de la accionante, así como la posibilidad de que pueda llevar una vida en condiciones dignas, pueden verse afectados de manera irremediable, al no estar afiliada a ninguno de los regímenes de salud, aunado a no poseer los recursos económicos necesarios para su asistencia médica acorde con sus padecimientos; razón por la cual, la Corte revocó el fallo de única instancia, ordenando al Fondo pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, el ingreso de la accionante, nuevamente como afiliada beneficiaria de su cónyuge cotizante, para continuar su tratamiento y seguir gozando de los servicios de salud.

3.2.3 Sentencia T 572 de 2010

Corporación: La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional.

Fecha: Julio 15 de 2010.

M.P: Juan Carlos Henao Pérez.

Los hechos relevantes de la sentencia se pueden resumir en que: La accionante en representación de su hijo, quien presenta Síndrome de Down, interpuso acción de tutela contra el ICBF LTDA, por considerar que la entidad vulneró los derechos

del niño a tener una familia, y a no ser separado de ella, además de la garantía constitucional del interés superior del niño, por cuanto por medio de resolución declaró al niño en situación de abandono y fue apartado de su núcleo familiar, agrega la actora que ya han pasado 4 años de dicha situación, y reclama la entrega de su hijo por parte del ICBF.

Por su parte, la entidad demandada alega que, la declaratoria del estado de abandono, obedeció a la situación económica, mental, y social que le brindaba la progenitora, la cual había tenido un comportamiento negligente con su hijo, dejándolo al cuidado de terceros, y que en alguna de estas ocasiones el niño había sufrido de maltratos o juegos sexuales, por cuanto presentaba conductas hipersexualizadas con sus cuidadoras u otros niños. Además agregó que la madre accedía a realizar algunos actos sexuales que su hijo le pedía con obsesión. Por lo anterior, y recordando la situación mental del niño, solicito negar el amparo.

El fallo de primera instancia, emitido por el Juzgado 18 de Familia de Bogotá, concedió el amparo solicitado y ordenó al ICBF que el procedimiento del reintegro del niño no superara un plazo mayor a 45 días, además ordenó que se prestara toda la ayuda institucional al niño y a su familia con el objetivo de garantizar un nivel de vida adecuado.

En sede de Revisión, la Corte decretó las siguientes pruebas: Se ordenó al ICBF que informara la medida de protección en la que se encontraba el niño, si era transitoria o permanente, cuál era el régimen de visitas o porque fueron suspendidas. Conjuntamente solicitó a los Departamentos de Psicología de varias universidades del país que designaran profesionales especializados para emitir un concepto profesional del caso, así como al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para efectuar una valoración médica y psicológica. Y a la Asociación Hogar para el Niño Especial para que reuniera un equipo técnico que analizara las posibilidades de reintegración del niño a su núcleo familiar.

Es pertinente la solicitud de pruebas que realizó la Corte con el fin de no limitarse solo al acervo probatorio presentado por las partes involucradas en la sentencia, se evidencia entonces el especial interés de la Corporación por realizar un análisis integral de las condiciones físicas, y mentales del menor, así como de su ambiente socioeconómico para esclarecer los hechos que manifiestan tanto la accionante como la entidad demandada, al respecto en la sentencia, t-814 de 2011, la Corte determina que:

El juez de amparo tiene la potestad de ir más allá de lo alegado por las partes, con el fin de identificar los derechos vulnerados, así como de pronunciarse sobre los aspectos que no hayan sido expuestos en la demanda, pero que requieren una decisión porque vulneran o imposibilitan la efectividad de los derechos que el actor pretende proteger.¹⁹⁸

Así las cosas, el resultado del informe solicitado a la Asociación Hogar para el Niño Especial, se constató que la madre cuenta con las condiciones económicas apropiadas para tener a su hijo en el medio familiar, sin embargo, se deben tener en cuenta los antecedentes y verificar la información para garantizar que el medio familiar sea el más adecuado.

La universidad Javeriana concluyó que la madre no evidencia un comportamiento de riesgo para su función materna, y por lo tanto puede asumir su rol de madre, ofreciendo al niño un ambiente familiar favorable. De igual forma, la Fundación Universitaria Konrad Lorenz, estimó que la madre cuenta con la motivación, recursos financieros, y tiempo para asumir el cuidado de su hijo, sin embargo, recomienda que se inicie un proceso terapéutico con la madre, con el objetivo de mejorar sus respuestas a las inquietudes socioafectivas del niño, incluyendo las necesarias para manejar la conducta sexual de un adolescente con Síndrome de Down.

¹⁹⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-814/11. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-814-11.htm>

Ahora bien, para la Sala es necesario esclarecer si, ¿Las actuaciones del ICBF, en el marco del proceso de protección socio familiar del niño han sido respetuosas de su derecho y del derecho de la madre, a tener una familia y no ser separado de ella? Y de no ser así, ¿Debe ordenarse el reintegro del niño al núcleo familiar con su madre?

En primer lugar, se reitera lo reconocido en la jurisprudencia constitucional respecto de los derechos de los niños, y se enfatiza que estos tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, es decir, que sus derechos deben ser el objetivo principal de toda actuación que les concierna. Así mismo, se hace énfasis en el concepto del interés superior del menor, el cual debe ser armonizado, no solo teniendo en cuenta los principios constitucionales, si no lo contemplados en los Tratados Internacionales que garantizan los derechos de los niños. Además, la Corporación menciona la regla jurisprudencial por medio de la cual las decisiones de los operadores jurídicos deben ser orientadas a la determinación del interés superior del niño en cada caso concreto, y se definen los siguientes criterios jurídicos a los que debe acudirse:

(1) La garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado.

De igual forma, respecto del derecho constitucional a tener una familia y no ser separado de ella, contemplado en el artículo 44 de la Constitución, la Corte ha enunciado que no debe ser entendido de una manera absoluta o irreductible, es decir que:

No radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio

propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos.

Sin embargo, también agrega que, se debe tener en cuenta la manifestación expresa y libre del niño de no querer reconstruir algunos vínculos familiares, so pena, de un mayor detrimento de sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, la Sala estudia los informes aportados por el ICBF y concluye que dicha entidad no realizó esfuerzos efectivos para vincular a la familia extensa del niño, así como tampoco se diseñó un plan para reconstruir el vínculo entre la madre y su hijo, puesto que, no se estudió debidamente la condición psicológica de la madre, por el contrario, las decisiones que se tomaban eran producto solamente de las declaraciones de quienes estaban a cargo del niño, las cuales no respetaron el debido proceso de la madre, al no permitir que tuviera un contacto que fortaleciera su relación filial, denegando los derechos fundamentales del niño a reunificarse con su familia.

Así las cosas, la Corporación reitera el análisis correspondiente a los informes solicitados a las Universidades y entidades nombradas al inicio del análisis de esta sentencia, los cuales determinaron que la madre estaba en condiciones de restablecer el lazo filial con su hijo, pero que el mismo debía ser tratado con cautela y bajo el asesoramiento de expertos, Por lo tanto, la Corte decidió confirmar el fallo de única instancia, tutelando los derechos de la madre y el niño, a tener una familia y no ser separados de ella, estableciendo medidas específicas para la preservación del interés superior del niño, las cuales se sintetizan en la creación de un Comité Profesional Interdisciplinario que supervisara el caso, orientara a la familia y al niño, determinara los avances del proceso de reconstrucción de la relación maternofilial y dictaminara de forma definitiva si la madre podría estar a cargo del niño.

En conclusión, la Corte Constitucional al estudiar las condiciones fácticas aportadas, ejerció su facultad constitucional para solicitar más pruebas que dieran luz sobre la realidad de la situación y con base en eso, determinar los problemas a los que se enfrentaban, teniendo en cuenta la doble vulneración a la que podría estar sometido el niño, por su condición de menor de edad y de persona en condición de discapacidad, por lo tanto, es acertado el exhaustivo análisis que se realiza de las pruebas solicitadas con la intención de no privar al niño de su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, y sobre todo a no tomar una decisión definitiva, si no decretar la creación de un Comité especializado, que continúe con la veeduría de la situación materno-filial.

3.2.4 Sentencia T 063 de 2012

Corporación: Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional

Fecha: nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012)

M.P.: Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Consideraciones y aportes relevantes:

El padre demandante, actuando en representación de su hija de 21 años, quien padece retardo mental moderado, presentó la acción de tutela contra su Hospital, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la integridad física, a la salud y el de petición, al no haberle practicado la cirugía de Ligadura de Trompas de Falopio que fue autorizada por CAPRECOM E.P.S.

A juicio del demandante, su hija no es apta para ser madre de familia, por cuanto no está en capacidad de comprender plenamente las consecuencias de sus actos y decisiones, así como tampoco de adoptarlas de manera autónoma, dado que, según el, se escapa de la casa, y puede ser víctima de abusos, que solo traigan perjuicios a su integridad. Por otro lado, la entidad accionada, determinó que sus

derechos no han sido vulnerados, puesto que, se realizará el procedimiento, una vez se haya aprobado administrativamente por parte de Caprecom.

El Juez de Tutela, negó la solicitud del accionante, al considerar que no se presentaba ninguna prueba que acreditara su condición de discapacidad intelectual, así como tampoco se presentaba el fallo de interdicción, en el mismo sentido, no existía vulneración al derecho de petición, pues la Entidad demanda dio respuesta, encontró el juzgador que tampoco vislumbró afectación al derecho a la salud y a la vida e integridad física de su hija, en tanto no le fue negada la prestación del servicio de salud por la EPS, pues se le practicó previamente un legrado obstétrico. Además, la hija del accionante cuenta con 21 años, lo que significa que tiene capacidad para decidir libre y voluntariamente situaciones inherentes a su personalidad, como es del caso de querer ser madre de familia o si es su deseo hacer uso de procedimientos para evitar embarazos no deseados, pese a su retardo moderado.

Concluyó el juez, que la práctica de la ligadura de las Trompas de Falopio es un procedimiento irreversible, lo cual imposibilitaría que en el futuro la mujer pudiera decidir ser madre o no. Para terminar, el juez tutelar indicó que resulta inexplicable que la EPS hubiera autorizado la cirugía de ligaduras de trompas, teniendo en cuenta que dicho procedimiento solo puede realizarse hasta los 35 años y cuando haya un hijo vivo, pues pese al retardo mental, no se indica que se trate de un trastorno irreversible, por lo que puede ser incluida en programas de planificación familiar o tratamientos terapéuticos con médicos especialistas, a fin de llevar un nivel de vida acorde con su edad.

Al no encontrar la Sala elementos probatorios suficientes para determinar con exactitud el nivel de consciencia de la joven y su autodeterminación, solicitó al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, una evaluación neurológica y psicológica de la joven, la cual reflejo la presencia de un retardo mental moderado, es decir, dificultades para entender las convenciones sociales, el

aprendizaje, y la adaptación de relaciones interpersonales, sin embargo, también aclaró que con una educación especial basada en el acompañamiento, dichas barreras pueden aminorarse y en algunos casos la persona puede llevar una vida mas independiente. A pesar de lo anterior, refiere que la familia no acepta la condición de su hija, por lo que, no ha sido manejada con el nivel de supervisión requerido, derivando en una situación de embarazado que no se aclaró.

Así las cosas, recomendó vincular a la joven a un proceso de acompañamiento en la entidad PROFAMILIA, donde se le brinde educación especializada orientada hacia la comprensión de sus derechos sexuales y reproductivos, la conciencia de sus órganos reproductivos, su funcionamiento e incluso las labores de maternidad, todo bajo el contexto de su autonomía y autodeterminación, para decidir o no, el uso de métodos de anticoncepción.

Para resolver la acción promovida, la Corte planteó como problema jurídico, responder si:

La acción de tutela es el mecanismo de defensa judicial idóneo para ordenar la práctica de la cirugía de Ligadura de Trompas de Falopio de su hija, quien padece retardo mental moderado y, en principio, no está en capacidad de comprender plenamente las consecuencias de sus actos y decisiones, así como tampoco de adoptarlas de manera autónoma.

Resolviendo el problema planteado la Sala confirmó la decisión de instancia que negó el amparo solicitado, en tanto no encontró que la agencia oficiosa estuviera acreditara para que el juez constitucional ordenara la referida esterilización; teniendo en cuenta que, el demandante no estaba legitimado en la causa por activa, para solicitar la práctica de un procedimiento quirúrgico que implicara la esterilización de su hija, dado que los tramites judiciales solicitando la representación no se habían llevado a cabo.

Pese a lo anterior, la Sala estimó necesario la prevalencia del derecho sustancial y la eficacia, por lo que asumió de oficio la protección de las garantías constitucionales de la joven, puesto que, por su situación de discapacidad, se convierte en sujeto de especial protección constitucional. Por lo tanto, la Sala va más allá del problema jurídico planteado en un principio, y continua analizando la desprotección de la joven por su condición de discapacidad intelectual, respecto de sus derechos a la autonomía, igualdad, y salud sexual y reproductiva, toda vez que, la entidad demandada desconoció sus problemáticas personalísimas al aprobar sin razón motivada alguna el procedimiento de esterilización de la joven, sin ésta comprenderlo totalmente, es decir, yerra la entidad al faltar la aplicación del consentimiento informado. Aunado a lo anterior, no se cerciora la entidad, si el solicitante tenía la condición de representante legal de la hija, ni la autorización judicial para exigir el procedimiento de esterilización.

Finalmente, se imparten una serie de órdenes cuya finalidad es asegurar los derechos a la salud, a una educación especial, que a su vez incluya, información y orientación sobre los derechos sexuales y reproductivos y, a la vida digna; razón por la cual se remite copia del expediente y de la sentencia a la Defensoría del Pueblo, para que en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, oriente e instruya a *la joven* y a su núcleo familiar, en lo que esté a su alcance; así como compulsar la decisión a la Procuraduría General de la Nación para vigilar su cumplimiento.

3.2.5 Sentencia C 131 de 2014

Norma demandada:

Artículo 7 de la Ley 1412 de 2010:

Prohibición. En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

Bogotá, 11 de Marzo de 2014

Se indica dentro de la sentencia que esta fracción vulnera los artículos 13, 16, 42 y 45 de la Constitución Política, los artículos 7, 9, 10, 18 y 37 del Código de Infancia y Adolescencia, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 1, 7 y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Los accionantes estiman que, este artículo va en contravía con los principios constitucionales de igualdad, dignidad humana, autonomía, libre desarrollo de la personalidad en relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, por cuanto, exponen ellos, no resulta coherente que menores de edad, entre los 14 y los 18 años, tengan la capacidad jurídica para contraer matrimonio, en casos específicos, pero no puedan hacer uso de su autonomía para brindar el consentimiento informado respecto de un procedimiento quirúrgico anticoncepción.

Continúan los accionantes afirmando que a los menores en condición de discapacidad se les deben garantizar sus derechos sexuales y reproductivos, a una vida plena y con calidad, y argumentan que:

En estos casos, es más que necesario permitir la anticoncepción quirúrgica, puesto que estas personas pueden llegar a ignorar las consecuencias del acto sexual para ellas mismas, sus familias y para el nasciturus. Así, la norma acusada no debería impedir la realización de esta intervención a los menores discapacitados que por su condición no pueden o no deberían concebir hijos.

Posteriormente, se recibieron intervenciones de algunas entidades públicas, ministerios y ciudadanía, quienes emitieron su concepto de exequibilidad o no, de la norma demandada, haciendo la advertencia de que varias de estas intervenciones ni siquiera analizaron lo respectivo a los derechos sexuales y reproductivos de las PcD, por lo tanto, en el presente análisis, se revisan las que versaron más propiamente sobre los derechos sexuales y reproductivos de las PcD.

El Ministerio de Salud, solicita que se declara la exequibilidad del artículo, ya que a su parecer no contraría los principios constitucionales, refiriéndose a los menores de edad en condición de discapacidad, señala que, no pueden ser sometidos a estos procedimientos definitivos a menos de que se encuentre en riesgo su vida o que exista un consentimiento expreso por parte del representante legal, previa autorización judicial para evitar cualquier trato discriminatorio. Esta intervención no tiene en cuenta los principios constitucionales de la autonomía, o el consentimiento orientado hacia el futuro, que se han reconocido jurisprudencialmente, vulnerando directamente sus derechos sexuales y reproductivos.

El ICBF, determina que el artículo demandado es exequible, por cuanto, tiene como fin proteger el consentimiento del menor, para que ni sus padres ni sus representantes puedan tomar por ellos esta decisión de trascendental importancia. Además, en tratándose de las PcD, recuerda que jurisprudencialmente se ha reconocido su autonomía y su derecho de expresar su consentimiento libre e informado cuando se trata de la práctica de anticoncepción quirúrgica y en caso de que no fuese posible, se ha permitido la realización de intervenciones previa autorización judicial.

Con base en lo anteriormente dicho, el problema jurídico que plantea la Corte es: ¿La prohibición legal de la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores, “en todo caso”, viola los derechos sexuales y reproductivos de los menores discapacitados, considerando que tales menores carecen de capacidad para el ejercicio de una paternidad o maternidad responsable?

En primer lugar, se puede observar como desde el problema jurídico se remarca un lenguaje excluyente y a todas luces con tintes discriminatorios, cuando considera a dichos menores, sin capacidad de ejercicio de una paternidad responsable de plano, sin realizar ningún tipo de análisis, social, psicológico, sexual o médico, las bases del problema se asientan sobre las continuadas estructuras sociales y jurídicos de discriminación, que han sido un obstáculo para el desarrollo de las garantías de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD.

Ahora bien, la Corporación recuerda que la capacidad presupone dos aptitudes, el goce, desde el nacimiento, y el ejercicio de los derechos, que hace referencia a la facultad de obligarse a sí mismo sin intermediación de otra persona, concluye, además que, la capacidad, es una medida de protección del menor o de los adultos declarados incapaces, considerando que estos aún no se encuentran en capacidad de auto determinarse, y por lo tanto, requieren que otros asuman la responsabilidad de decidir por ellos y proteger sus intereses.

Refiriéndose a las PcD, la Corte reitera la especial protección constitucional que los cobija, y que el Estado debe realizar esfuerzos efectivos para garantizar el ejercicio de sus derechos, y la superación de las barreras físicas y sociales. Además agregó, es necesario *“que se supere la visión de la discapacidad como enfermedad para abordarla desde una perspectiva holística que considere no sólo la deficiencia funcional sino su interacción con el entorno”* Esto es, abandonar el modelo médico-rehabilitador, y abordar las decisiones de las instituciones y el propio Estado, desde un punto de vista social.

Al realizar el análisis sobre los derechos sexuales y reproductivos de las PcD, la Sala revisa los fallos jurisprudenciales que han versado sobre el tema, citando las sentencias t 850 de 2002, t 248 de 2003, t 1019 de 2006, t 063 de 2012, las cuales ya han sido analizadas de manera específica en la presente investigación. Las conclusiones del análisis de la Corte se pueden resumir así:

- a. La representación de las personas en condición de discapacidad no tiene un alcance ilimitado y debe siempre ser compatible con la autonomía de los representados la cual no equivale a la capacidad civil de los mismos.
- b. En el caso de la esterilización quirúrgica de los menores en condición de discapacidad, la jurisprudencia ha reiterado que en caso de que exista la posibilidad de que el sujeto pueda otorgar su consentimiento futuro para dicha intervención, podrá resguardarse su derecho a decidir. En caso de que se compruebe lo contrario, ambos padres, titulares de la patria potestad sobre los hijos, deberán solicitar autorización judicial para realizar la operación cuando se trate de menores de edad -salvo que resulte imposible la solicitud de alguno de los padres por ausencia o abandono.

Agrega además que, debe estimarse en el proceso judicial, la coexistencia de valoración médica y del juez, para auscultar el parecer del menor y en caso de apreciar rasgos de capacidad reflexiva y consciente manifestación del querer, deberán respetar su voluntad en todos los eventos.

Así las cosas, para resolver el problema jurídico, la Sala estima que una persona que pueda entender las implicaciones que tiene un procedimiento quirúrgico de esterilización, puede entonces, ejercer sus derechos sexuales y reproductivos tomando la decisión de tener o no hijos. Por el contrario, quien no pueda entender los alcances de la operación, significa que se encuentra en un nivel severo de discapacidad, por lo tanto, tampoco puede ejercer la paternidad o maternidad, por cuanto, no comprende los alcances de sus D S y R.

Sin embargo, esta postura, es a todas luces muy radical, ya que comprende los derechos sexuales y reproductivos de una manera absoluta, es decir, se entienden o no se entienden, y con base en eso el juez constitucional debe emitir su decisión,

ignora entonces todo el abanico de posibilidades que pueden suscitarse en la vida integral de una PcD; desde el punto de vista social de la discapacidad, no deben interpretarse sus derechos obedeciendo a estos límites, si no realizar un análisis concienzudo donde puedan sopesarse todos los aspectos intrínsecos de la persona, y con base en eso determinar cuáles son las vías menos gravosas para la garantía de los D SyR.

En el mismo sentido, la Corte sienta su segunda postura, afirmando que se debe tener en cuenta la opinión médica, sobre todo en los casos en los que el embarazo supone inminentes riesgos a la vida del paciente, entonces, se preferirá salvaguardar la vida del menor en condición de discapacidad siempre que éste conscientemente, no decida lo contrario. Sin embargo, si hay constancia médica de una discapacidad grave o profunda, que impida el consentimiento futuro del menor, entonces será posible excepcionar el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 y previa autorización judicial, realizar el procedimiento quirúrgico en menor de edad en condición de discapacidad.

En conclusión, la Corte declara exequible el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010. Sin embargo, aunque se presentaron varios salvamentos y aclaraciones de voto, solo será objeto de revisión el emitido por el magistrado Luis Ernesto Vargas, puesto que, su análisis se basa en los derechos sexuales y reproductivos de las PcD mental.

El magistrado, realiza una extensa pero elocuente aclaración de voto de la sentencia, puesto que, en su opinión, no se abordó correctamente el tema de la discapacidad psicosocial y cognitiva, contrariando los estándares internacionales y constitucionales, toda vez, que se entiende en la discapacidad mental como un problema individual y no tiene en cuenta otros factores sociales y jurídicos de gran relevancia para el caso, y estas concepciones permearon la premisa del análisis

constitucional, reiterando que las PcD psicosocial o cognitiva no tienen la capacidad para ejercer su autonomía.

Agrega que, no se hizo la mención pertinente de los estándares internacionales ratificados por Colombia, verbigracia, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, la cual fue ratificada por el Estado Colombiano, y lo comprometió a reevaluar los paradigmas sociales que entienden la discapacidad desde el punto de vista médico y asistencial, ignorando el enfoque social. Por lo anterior, enuncia el magistrado que:

Se debe partir de la presunción de capacidad para ejercer su autonomía, teniendo en cuenta la implementación progresiva de apoyos para lograr la mayor participación posible en todas las decisiones que las atañen, más aún, cuando se trate de decisiones relacionadas con su intimidad, sexualidad y deseos de formar una familia tal y como se establece en los artículos 12 y 23 de esta Convención.

Continúa con su aclaración, reiterando la importancia del modelo social de la discapacidad, por el cual, cuando una PcD recibe los apoyos adecuados, en educación sexual inclusiva, rehabilitación integral, acceso a la información, puede con estas herramientas, ejercer en mejor medida sus D SyR. Por lo anterior, no está de acuerdo con la excepción del artículo analizado, cuando se refiere a la discapacidad severa que debe ser certificada por los médicos y el juez, puesto que, no es conforme con el modelo social de la discapacidad.

Finalmente, el magistrado realiza una reflexión, la cual es pertinente citar en este trabajo de investigación, pues aporta una perspectiva garantista de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD.

Quisiera proponer una reflexión, sobre las formas tradicionales en las que se han pensado las medidas de protección para esta población -como la interdicción judicial o la expresión sustitutiva de la voluntad por medio de un tercero- puesto que la manera como se desarrollan en la práctica, no permiten que las personas con discapacidad mental puedan participar en la toma de decisiones para asuntos personalísimos. En los referidos procesos, la voz principal es un tercero que emite su juicio a partir de un

dictamen médico, sin siquiera indagar por los apoyos, nivel de educación o formación de la persona con discapacidad. La persona con discapacidad mental, no puede expresar su voluntad en condiciones de igualdad ni acceder a los ajustes requeridos, sino que, por el contrario, se toma como cierto, lo que dictamine un médico, sin consideraciones de otro tipo. En efecto, se permite la eliminación total de la capacidad jurídica de la persona, sin dar siquiera la oportunidad de que cuente con los apoyos necesarios para conocer las decisiones que se toman respecto de sus derechos fundamentales.

3.2.6 Auto 173 de 2014

Corporación: La Sala Especial de Seguimiento.

Fecha: Junio 6 de 2014.

M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Este auto es el seguimiento a lo ordenado por la Corte Constitucional en el auto 006 de 2009 sobre protección de las personas en situación de desplazamiento forzado interno con discapacidad, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004.

Aunque la Sala, aborda todas las temáticas referentes a los derechos generales de las PcD en situación de desplazamiento, para el objeto del presente trabajo solo se analizará lo correspondiente a los derechos sexuales y reproductivos y a la autonomía de las PcD.

En dicho auto, la Corte resaltó la doble vulnerabilidad que padecen las PcD que a su vez son víctimas del desplazamiento forzado, por lo tanto, ordenó medidas con el objetivo de suplir las falencias de información de este grupo poblacional, implementar programas de prevención del impacto del desplazamiento y atención a las PcD y sus familias.

Así las cosas, la Sala encuentra que las autoridades no implementaron políticas garantistas de los derechos de estas personas, ni incorporaron el enfoque diferencial orientado a satisfacer sus necesidades particulares, contrariando lo dispuesto por la CDPD que ordenó a los Estados reevaluar los paradigmas sociales e institucionales que no consideraban los problemas sociales que impedían el acceso y ejercicio de los derechos de las PcD, y que tampoco los reconocían como sujetos de derechos, si no como una carga social y fiscal para el Estado.

En el contexto de la guerra, las PcD no solo han sufrido del desplazamiento forzado, si no también han sido violados sus derechos sexuales y reproductivos, teniendo en cuenta que, han sido víctimas de violencia y abuso sexual, de hecho, los estudios tenidos en cuenta por la Corte reflejan que en muchos casos es precisamente el miedo a ser víctimas de abuso el que los obliga a abandonar sus hogares. Sin embargo, el problema se encrudece cuando la víctima se acerca a realizar el denuncia, pero por razones de su discapacidad, es ignorado u objeto de burla por parte de las autoridades, además, la Sala advierte que no se cuentan con formatos de diferenciación para atender estos casos concretos, violentando su derecho al acceso a la justicia y generando ambientes de invisibilización que dificulta la creación de políticas públicas tendientes a la reconstrucción del tejido social de este grupo poblacional.

Respecto del reconocimiento jurídico de las PcD y su capacidad jurídica, la Sala advierte que *encuentran obstáculos injustificados para denunciar hechos violentos, para rendir testimonio y para rendir declaración como víctimas pues, por lo general, se solicita el acompañamiento de un tercero que represente su voluntad*¹⁹⁹. Es decir, hay una barrera estructural que presume la incapacidad jurídica de las PcD, lo que contraria los principios constitucionales y jurisprudenciales, así como el artículo 12 de la CDPD. Incluso, teniendo en cuenta la Interpretación de la Convención, los

¹⁹⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2014/A173-14.htm> - _ftn40

Estados deben propugnar por la eliminación de las figuras jurídicas que contraríen el respeto a la autonomía de las PcD, esto es, figuras propias del código civil, como la interdicción judicial e implementar nuevos modelos de toma de decisiones que respeten la dignidad de estas personas.

Finalmente, en materia del derecho a la Salud, la Sala reconoce que no se han llevado a cabo estrategias que garanticen la incorporación del enfoque diferencial ni del modelo social de la discapacidad, tendiente a garantizar la salud sexual y reproductiva de las PcD.

En términos generales, para la Corporación no se han adoptado las medidas adecuadas, idóneas y pertinentes para garantizar el goce efectivo y en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad en situación de desplazamiento forzado. Por lo tanto, ordena la incorporación del enfoque diferencial en discapacidad que sea transversal a toda la política pública sobre desplazamiento forzado, y que obedezca a los criterios establecidos por la CDPD.

3.2.7 Sentencia T 740 de 2014

Corporación: Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional

Fecha: tres (3) de octubre de dos mil catorce (2014).

M.P.: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Consideraciones y aportes relevantes:

El padre accionante, en representación de su hija de 12 años de edad, declarada judicialmente interdicta, por su Síndrome de Down; instauró la acción de tutela en contra de la E.P.S. COOMEVA, alegando la vulneración del derecho constitucional de petición, por cuanto omitió dar respuesta a la solicitud relacionada con la autorización para practicarle a la niña el procedimiento de esterilización quirúrgica denominado ligadura de trompas.

Precisó el actor que la entidad no respondió a su solicitud, además le exigió una autorización judicial con la que ya contaba, para finalmente, ofrecerle un tratamiento alternativo que no correspondía al pretendido.

Entre otros argumentos esbozados por la accionada, estuvo el de no poder realizar el procedimiento por no presentar orden médica, además de estar prohibido expresamente por la Ley 1412 de 2010, al tratarse de una menor de edad.

En fallo de única instancia, se negó el amparo solicitado, por considerarse un hecho superado toda vez que la entidad accionada había contestado la petición de la accionante mediante comunicación del 12 de febrero de 2014. Consideró además el fallador, que no se podía realizar el procedimiento solicitado por tratarse de una menor de edad y, porque además tampoco existía una autorización judicial expresa para realizarlo, como se exige en el caso de personas en situación de discapacidad mental, pese a existir una declaratoria judicial de interdicción y la correspondiente designación de curadores, no existía una autorización judicial concreta respecto al procedimiento exigido, por lo que no resultaba viable ordenar la práctica de la intervención quirúrgica pretendida.

Señaló la Corte, el problema jurídico a resolver: ¿Vulneró la EPS COOMEVA los derechos fundamentales a la autonomía, salud sexual y reproductiva, y al consentimiento libre e informado de la niña en condición de discapacidad, al negar la práctica del procedimiento de esterilización quirúrgica, bajo el argumento de que se requiere autorización judicial y que está prohibido para menores de edad, el cual fue solicitado por su padre quien ostenta la calidad de curador?

Por lo anterior, la Sala de Revisión examinó la línea jurisprudencial que construyó la Corte en torno a la procedibilidad de la acción de tutela para ordenar la práctica de procedimientos de anticoncepción definitivos en mujeres y menores en situación de discapacidad mental. También revisó los estándares internacionales en relación

con la posibilidad o no de autorizar procedimientos de esterilización quirúrgica en menores en situación de discapacidad, precisando las obligaciones en materia de garantía del derecho al consentimiento informado, la autonomía de la personalidad y los derechos sexuales y reproductivos de dicho grupo poblacional.

Analizada la jurisprudencia constitucional [*Sentencias C-131 de 2014, C-293 de 2010, T-063 de 2012, T-850 de 2002, T-988 de 2007, T-248 de 2003, T-243 de 2003, T-492 de 2006, T-804 de 2009, T-1019 de 2006, T-560A de 2007*] por la Corte en la presente sentencia, se vislumbra la protección de los derechos sexuales y reproductivos, al garantizar el derecho a formar una familia de las personas en situación de discapacidad, incluidos los menores de edad. El amparo de dichas garantías cubre el derecho y el deber de ejercer una progenitura responsable por parte de los padres, ámbito que ha sido regulado por el Legislador, con base en los mandatos de la propia Constitución contemplados en el art. 42.

En cuanto a la práctica de procedimientos de anticoncepción quirúrgica, la jurisprudencia ha ponderado el derecho a la autonomía personal con el de la vida misma de las personas en situación de discapacidad incluyendo menores de edad, casos en los que se han analizado dos variables: (i) la posibilidad de otorgar consentimiento futuro respecto de la intervención quirúrgica, y (ii) la condición médica del paciente.

Por otra parte, respecto a la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos, la jurisprudencia ha determinado que se debe: (i) adelantar el proceso de interdicción para obtener la calidad de representante o curador del hijo en situación de discapacidad; (ii) acudir al juez competente para que, en un proceso especial y distinto, autorice la práctica del procedimiento de esterilización quirúrgica. De lo contrario, la tutela resulta improcedente.

Ahora bien, al analizar el principio de la autonomía sexual y reproductiva, la Corte enuncia que cuando se encuentren medidas menos lesivas que la esterilización definitiva, se debe optar por estas, con el objetivo de no causar un detrimento permanente e irreversible a los derechos sexuales y reproductivos.

Sin embargo, la jurisprudencia ha planteado la hipótesis en la que puede realizarse excepcionalmente la esterilización quirúrgica en menores en situación de discapacidad, cuando existan razones constitucionalmente válidas para ello. Esto es, si existe un riesgo a la vida de la paciente como consecuencia del embarazo y no haya otros medios para garantizar su vida. Así pues, la Corporación manifiesta que esta subregla presupone los siguientes requisitos:

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

En el mismo sentido, la segunda excepción se manifiesta, cuando haya discapacidad severa o profunda que impida el consentimiento futuro, puesto que, *“no se atenta contra el derecho a la autonomía del menor porque este no la puede ejercer, dado que el menor no comprende las implicaciones de la operación ni el significado de la maternidad o paternidad”* Sin embargo, como resalta la Corte, los criterios usados por la jurisprudencia deben ser acordes con el bloque de constitucionalidad aprobado por Colombia, esto incluye a la CDPD, la cual determina que, no puede presumirse la incapacidad jurídica, si no, propugnar su igualdad ante la ley, por lo que, para tomar una decisión conforme a esta interpretación, el juez constitucional no puede determinar que el menor no comprende las implicación de la intervención, *a contrario sensu*, debe adoptar las medidas necesarias y realizar los ajustes razonables para reconocer la capacidad de la PcD, e implementar un modelo de apoyo a la toma de decisiones usando los

avances técnicos, médicos, científicos y psicológicos necesarios para que la mujer o la menor en situación de discapacidad emita su consentimiento de forma autónoma, libre e informada.

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

Se concluye, que no es procedente la acción de tutela para ordenar la práctica de la intervención quirúrgica solicitada, porque no es permitido el procedimiento de esterilización en la niña agenciada, en tanto es menor de catorce años, además, porque no está incurso en ninguna de las causales excepcionales que ponen en grave riesgo su integridad sexual y su autonomía personal, no existe autorización judicial para mismo y, el padre tampoco agotó el procedimiento ordinario establecido para la materia. Pese a lo anterior, encuentra la Sala que se requiere abordar el amparo de los derechos fundamentales de la niña, debido a que puede estar en riesgo su integridad y autonomía personal.

Son destacables las recomendaciones de la Sala cuando advierte que:

Se deben poner en marcha talleres de capacitación sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad, dirigido a jueces, con la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo en la toma de decisiones, en lugar de los inadecuados mecanismos de curatela y tutela que restringen los derechos y la autonomía de las personas en condición de discapacidad.

Teniendo en cuenta que, aunque la CDPD fue ratificada por Colombia en el año 2009, por la ley 1346, el desconocimiento que presentaba por parte de los jueces era evidente incluso desde las altas corporaciones, por esta razón, en la presente

sentencia, la Sala insta a la Consejo Superior de la Judicatura Suprema que ponga en practica lo recomendado por la Convención y su Comité.

Finalmente, la Corte CONCEDE la tutela de los derechos a la salud sexual y reproductiva y al consentimiento libre e informado. De igual forma ordena a la E.P.S. abstenerse de realizar cualquier procedimiento médico invasivo que no consulte el consentimiento de la menor y que carezca de autorización judicial según sea el caso y, prestar todos los servicios de asesoría y acompañamiento psicológico y médico en materia de métodos de planificación sexual y reproductiva de acuerdo a su situación de discapacidad.

Además de lo anterior, se imparten órdenes específicas al ICBF, a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación, para que presten la asesoría integral a la familia de la niña, instruyendolas dentro de los diferentes métodos de apoyo para emisión de consentimiento informado y su relación con los métodos de planificación sexual acordes a su situación de discapacidad.

Asi las cosas, la Corte no se limita a emitir una sentencia explicativa sobre como ordenar en debida forma el procedimiento de esterilización en PcD, todo lo contrario, tiene en cuenta los criterios determinados por la CDPD respecto de los derechos sexuales y reproductivos y la autonomía de la niña, es decir, promueve la implementación del modelo social de la discapacidad, y de la capacidad jurídica de estas personas, no como retorica solamente, si no materializándolo jurídicamente y exhortando a las entidades del Estado ha abandonar los paradigmas discriminatorios que tanto daño han causado a esta población.

3.2.8 Sentencia C 182 de 2016

Norma demandada:

Artículo 6 de la Ley 1412 de 2010:

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

Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

Bogotá, 13 de Abril de 2016

Se señala dentro de la sentencia que esta fracción vulnera los artículos 13, 16, 42 de la Constitución Política, así como, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El accionante estima que, este artículo va en contravía con los principios constitucionales de igualdad, dignidad humana, autonomía, libre desarrollo de la personalidad en relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, por cuanto, hay una generalización entre los distintos grados de discapacidad, ya sea, de manera absoluta y leve o moderada, lo que obliga a todos a que estén sujetos a la voluntad de su representante legal, previa autorización judicial, para realizarse un procedimiento quirúrgico anticoncepción definitivo. E ignora, a su parecer, que para cada grado de discapacidad hay un nivel de conciencia que permite una mayor autonomía, sin necesidad de representación legal.

Posteriormente, se recibieron intervenciones de algunas entidades públicas, ministerios y ciudadanía, quienes emitieron su concepto de exequibilidad o no, de la norma demandada, se revisaron algunas de dichas intervenciones, por cuanto, nutren de buenos argumentos, las dos posturas posibles.

El Ministerio de Salud, solicita que se declare la exequibilidad del artículo, ya que a su parecer no contraría los principios constitucionales, teniendo en cuenta, que el legislador no puede transgredir su voluntad estableciendo un trato diferente a personas que forman parte de un mismo grupo, esto es, quienes se encuentran en condición de discapacidad.

El ICBF, considera que el artículo demandado es exequible condicionalmente, por cuanto, las autoridades judiciales deben atender a la jurisprudencia, cuando decidan sobre procedimientos de esterilización definitiva. Se reiteran los límites al derecho a la autonomía de la PcD, por la determinación de los padres o el representante legal, previa autorización judicial.

La Asociación Pro-bienestar de la Familia Colombiana – Profamilia, solicita que se declare la inhibición, y en cambio se declare su inconstitucionalidad total, puesto que, el modelo de consentimiento informado sustituto viola los derechos reconocidos constitucional y jurisprudencialmente. En cambio, el artículo, debería mencionar que las PcD pueden realizar este tipo de procedimientos definitivos, siempre y cuando, haya consentimiento informado personal, ajustes razonables para que la persona haya comprendido los alcances de dicha decisión y se le informen de medios alternativos para la planificación familiar.

La interviniente agrega:

Para que proceda la esterilización de personas con discapacidad debe existir: (i) evidencia científica y clara sobre la imposibilidad del consentimiento futuro; (ii) la determinación de la pérdida de capacidad mediante un proceso de tutela que nombra un representante legal; y (iii) una autorización judicial previa.

Explica además que, por experiencia, en la práctica los jueces no tienen en cuenta los criterios señalados, si no que aceptan los conceptos de Medicina Legal, aunque estos poco tengan que ver con los derechos sexuales y reproductivos, puesto que versan sobre la incapacidad económica o el manejo de bienes.

Enfatiza el carácter de fenómeno social cuando se hace referencia a la discapacidad, la cual no puede delimitarse por un diagnóstico médico, sino que aborda todas las esferas de la sociedad, de hecho, entiende que la discapacidad se ubica en esta, y no en la persona, así las cosas, dicho modelo no permite la determinación de grados en las PcD.

En el mismo sentido, el Centro de Derechos Reproductivos, reafirma el modelo social de la discapacidad reconocido en la CDPD cuando afirma que, cualquier tipo de restricción, exclusión o distinción negativa que le impida a una PcD ejercer sus derechos constituye una vulneración a su dignidad, por lo tanto, ignorar el consentimiento informado de dichas personas derivaría en una esterilización forzada.

La Procuraduría General de la Nación, solicita que se declare inexecutable el artículo demandado, puesto que, va en contravía con los fines constitucionales esenciales del Estado, el cual, debe promover la rehabilitación de las PcD mental absoluta, esto incluye, la posibilidad de conformar una familia en el futuro. Además, enfatiza que la ley 1306 de 2009, cuando se refiere a representación de las PcD, lo hace desde una perspectiva patrimonial, la cual, no cubre los aspectos personalísimos como los derechos sexuales y reproductivos.

Con base en lo anteriormente dicho, el problema jurídico que plantea la Corte es: ¿Si el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 al establecer el consentimiento sustituto por parte de los representantes legales de las personas en situación de discapacidad, previa autorización judicial, viola los artículos 13, 16 y 42 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, particularmente el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por comportar una restricción indebida al ejercicio de la autonomía para ejercer su capacidad reproductiva?

La Corte inicia su análisis insistiendo en la protección especial constitucional que cobija a las PcD, las cuales deben ser tratadas por igual, promoviendo desde las instituciones la igualdad material y que se traduzca en mejores condiciones para superar las barreras impuestas por la sociedad, es decir, una aplicación del modelo social de la discapacidad contemplado en la CDPD, la cual establece que las PcD tienen capacidad jurídica, permitiéndoles ser titular de derechos, y actuar en derecho, y no debe subsumirse a la capacidad mental. Al respecto, el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, enunció que:

A menudo, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones... a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley²⁰⁰

En el mismo sentido, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ha mostrado su preocupación por la forma como se manejan los casos en Colombia, y solicitó al Estado un marco reglamentario, y orientación a los médicos con el objetivo de garantizar el consentimiento libre e informado de las mujeres, en especial, quienes están en condición de discapacidad.

²⁰⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N°1 Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014

Respecto de los Derechos Sexuales y Reproductivos, la Sala reconoce su protección en la Constitución, consagrada en los artículos 16 y 42, los cuales hacen referencia al libre desarrollo de la personalidad y el derecho de la pareja a elegir libremente el número de hijos. Además de su garantía en tratados internacionales suscritos por Colombia, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

En consonancia con la jurisprudencia de la Corte, la Sala determina que, los derechos sexuales y reproductivos no solamente buscan proteger el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, sino también, la autodeterminación reproductiva, decidir libremente la posibilidad de procrear o no, el acceso a servicios de salud reproductiva, incluyendo una educación especializada en sexualidad, y toda la información necesaria para ejercer estas garantías.

Con base en lo anterior, y con la información suministrada, se puede decidir libremente sobre el procedimiento a realizar, en ese instante cobra vigencia el consentimiento informado, el cual para la Corte, no es absoluto y puede ser ponderado con otros principios como el de beneficencia que prevalece en los siguientes casos, cuando la vida del paciente está en peligro, cuando es menor de edad, y cuando la persona no tiene las capacidades de entender integralmente el procedimiento y sus consecuencias. Además, dicho consentimiento debe ser: (a) libre, que no haya ningún tipo de coacción, (b) informado, el acceso a la información debe ser suficiente y completo, (c) cualificado, cuando la complejidad del procedimiento es mayor, también se exige un mayor grado de comprensión por parte del paciente y si esté careciere de ella, un tercero podrá decidir, previa autorización judicial.

En este último literal, se hace referencia a la figura jurídica del consentimiento sustituto, sin embargo, se aclara que solo será tenido en cuenta de forma excepcional en caso de que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e

informada, además debe estar ligado con: un proceso de interdicción para obtener la calidad de representante o curador, y un proceso especial para analizar la posibilidad de existencia de consentimiento futuro respecto del procedimiento médico. A pesar de esto, recalca la Corporación, que la aplicación de esta figura dependerá de cada caso concreto, se recurre al precedente jurisprudencial de la sentencia C – 131 de 2014 para restringir la aplicación del consentimiento sustituto a personas en condición de discapacidad mental severa.

Para la Corte, si se hace una lectura superficial del artículo, se puede deducir rápidamente con base en los criterios internacionales de la CDPD, que el mismo es inconstitucional, violando los derechos a la igualdad, dignidad humana y los sexuales y reproductivos; Así pues, considera necesario un condicionamiento de la norma, con el ánimo de evitar dichas lecturas y establecer un criterio único de interpretación, que sea acorde con los presupuestos de la CDPD. Por lo anterior concluye que

La única lectura posible de la disposición es la que indica que inclusive en los casos donde se haya declarado la interdicción (con efectos patrimoniales) se debe **presumir la capacidad para ejercer la autonomía reproductiva**, la cual debe ser desvirtuada en el proceso de autorización judicial.

El cual será un procedimiento diferente al de la solicitud de interdicción, y el juez deberá:

- a) Presumir la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva.
- b) Verificar si existe una alternativa menos invasiva a la esterilización quirúrgica.
- c) Cerciorarse que se le hayan prestado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su preferencia.
- d) Comprobar la imposibilidad del consentimiento futuro y la necesidad médica de la intervención.

Finalmente, la Corte declara exequible el artículo demandando, por lo anteriormente expuesto. Aunque hubo dos aclaraciones de voto, estas confirmaban la decisión de la Corte y por esta razón no serán analizadas. Sin embargo, el salvamento de voto emitido por el magistrado Luis Ernesto Vargas, será analizado, por cuanto, presenta grandes aportes a nuestra investigación.

El magistrado salva su voto, puesto que, no está de acuerdo con el tratamiento que realizó la Corte de las intervenciones extemporáneas, al darle más importancia al criterio formal de extemporaneidad que al contenido de estas, pues aportaban un gran valor al incluir ampliamente los criterios internacionales. En el mismo sentido, aunque la Corporación analizó los estándares internacionales respecto de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD, el sentido del fallo no tiene concordancia con lo analizado, puesto que de ser así, la Corte debería haber declarado la inconstitucionalidad de la norma.

A su vez, resalta la decisión de la Corte de adoptar el modelo social de la discapacidad como elemento transversal para realizar el análisis del caso, abandonando el modelo médico-rehabilitador que ignoraba la autonomía de la PcD. Considera además que, la Corporación desaprovechó la oportunidad de avanzar en la evolución de la jurisprudencia respecto del tema tratado, y la de ajustar finalmente la legislación colombiana a los criterios determinados por el marco internacional a favor de la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD.

En conclusión, *resultaba más sencillo expulsar la norma del ordenamiento jurídico, que fijar unas condiciones especiales sobre cómo se interpreta la norma, a pesar de la precisión del modo en que se construyó el condicionamiento.*

3.2.9 Sentencia T 303 de 2016

Corporación: La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional.

Fecha: Junio 15 de 2016.

M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Los hechos relevantes de la sentencia se pueden resumir en que: La accionante en representación de su hija, la cual fue diagnosticada con retraso mental moderado, interpuso acción de tutela contra SALUD TOTAL EPS, por considerar que sus derechos a la vida, salud, y dignidad humana, fueron violados al negarle el procedimiento de ligadura de trompas. La accionante solicita que se realice la intervención IVE sin requerir autorización judicial, solo con la manifestación del representante legal.

Por su parte, la entidad demandada alega que no ha vulnerados los derechos de la hija de la accionante, toda vez, que ha cumplido con las obligaciones legales, y le han prestado los servicios incluidos en el POS, y respecto del tratamiento de ligadura de trompas (Pomeroy), afirma que no se ha presentado ninguna orden medica emitida por un personal de la EPS, puesto que no hay justificación para realizar el procedimiento.

El fallo de primera instancia, emitido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí, denegó la acción de tutela, pues consideró que, la entidad demandada no había denegado los medicamentos, ni procedimientos requeridos por la demandante, además concluyó que, el Juez de tutela no puede ordenar a una EPS un servicio de salud que ni siquiera ha sido ordenado por los médicos tratantes, y que, la accionante debe recurrir a la declaración de interdicción de su hija para solicitar el procedimiento.

La accionante interpuso recurso de apelación, añadiendo que su hija fue víctima de un acceso carnal abusivo, y que por lo tanto teme por su integridad física, puesto que, ella es madre cabeza de familia, trabaja y no tiene el tiempo suficiente para cuidar de su hija y evitar que sea víctima de actividades inescrupulosas. Finalmente añade que, este grupo poblacional padece de una libido alta y resultan incontrolables para cualquier padre las actividades sexuales que ellos sostengan.

En segunda instancia, el Juzgado Penal del Circuito de Itagüí, decidió confirmar el fallo de primera instancia, negando el amparo solicitado, teniendo en cuenta que, al juez constitucional no le corresponde aprobar la intervención que de realizarse sin previa autorización judicial que le otorgue a la madre la representación de su hija, se vulnerarían los derechos fundamentales a la autonomía individual y a la dignidad humana, de la joven en condición de discapacidad.

En sede de revisión, la Corte Constitucional, esboza el siguiente problema jurídico, *¿Si Salud Total EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana de la joven quien fue diagnosticada con discapacidad mental moderada y alteraciones de conducta, al negarle el médico tratante y adscrito a la accionada, la práctica del procedimiento de esterilización quirúrgica de “ligadura de trompas” solicitado por su madre, bajo el argumento de que requiere una autorización judicial especial para el mismo?*

En primer lugar, la Corporación reitera la posición jurisprudencial en cuanto a la obligatoriedad del concepto del médico tratante cuando obedece a un análisis científico y crítico de la historia clínica y la evaluación integral del paciente, incluso si el médico no hace parte de dicha EPS. Por esta razón, si la EPS niega la prestación de los servicios de salud ordenados por el médico tratante, sin fundamentación, incurriría en una vulneración de los derechos del paciente.

Posteriormente, la Sala realiza una revisión del marco internacional y nacional que protege los derechos de las PcD, resaltando el objetivo de la ley 1306 de 2009 y contrastándola con la CDPD, reiterando que el hecho de que una persona presente una discapacidad, no era razón suficiente para afirmar que era incapaz de discernir lo que mejor le convenía, es decir, dándole preponderancia a la protección del principio de voluntad, autonomía y de una legítima implementación del principio del consentimiento informado.

En el mismo sentido, la Corte enfatiza jurisprudencialmente las excepciones del principio del consentimiento informado contempladas en la sentencia C- 182 del 2016, la cual ya ha sido objeto de análisis en la presente investigación. Pero, en su revisión enuncia también, el consentimiento sustituto, como medio de protección de las PcD, cuando *“el estado del paciente no es normal”*, aunque destaca su desuso y la favorable evolución del criterio de la Corte, hacia la protección del principio del consentimiento orientado hacia el futuro, resalta en varias ocasiones las ventajas de la figura del consentimiento sustituto *“en aquellos supuestos en los que las personas carecen de la conciencia suficiente para autorizar tratamientos médicos sobre su propia salud y para reconocer la realidad que los rodea, como es el caso de las personas con discapacidad, terceras personas, mediante el denominado consentimiento sustituto, pueden avalar los procedimientos médicos requeridos por ellos, con el fin de velar por su vida, salud e integridad física”*. Ignorando los propios argumentos esgrimidos en jurisprudencias anteriores, las cuales incluso llegan a decir que la falta de consentimiento por parte de la persona en la decisión de dichos procedimientos, puede derivar no solo en una violación de su autonomía sino también en una esterilización forzada.

Respecto del consentimiento para la esterilización quirúrgica de personas en condición de discapacidad, la Sala revisa la sentencia T 850 de 2002, para determinar que la representación otorgada a un padre respecto de su hijo por medio de un proceso de interdicción, debe limitarse al ámbito civil, y no restringir derechos

personalísimos como los reproductivos. Por lo tanto, para solicitar dicho procedimiento, la Corte advierte que: Se debe adelantar el proceso de interdicción judicial y discernimiento de guarda, una vez declarada la interdicción, nombrado el representante legal y obtenido el permiso judicial para ordenar la intervención quirúrgica, es que el guardador puede acudir a la acción de tutela para buscar la protección de los derechos fundamentales del discapacitado mental.

Cumplidos los requisitos anteriores, la Corte agrega que, la joven debe ser sometida a una valoración médica donde se determine el nivel de capacidad cognoscitiva y desarrollo mental, que además indique *si dicha condición de retraso mental le va a permitir a futuro, tener o no la suficiente autonomía en su voluntad para asumir una decisión de tal trascendencia*. Deberá ser valorada por un equipo multidisciplinario conformado por un ginecólogo, psicólogo y neurólogo adscritos a la E.P.S, quienes se reitera, **determinaran el grado de retraso mental que padece**.

Por lo tanto, la Corte confirma parcialmente el fallo de segunda instancia denegando el amparo constitucional a realizar el procedimiento, toda vez que, no se contaba con la sentencia de interdicción ni con autorización judicial para solicitar la intervención en nombre de la joven. Es decir, sienta las bases de su fallo en el obsoleto modelo médico-rehabilitador que desde su perspectiva enfatiza a la discapacidad como una enfermedad la cual debe ser tratada, e ignora completamente el modelo social, incluso cuando fue revisado en los antecedentes normativos internacionales refiriéndose a la CDPD, es decir, hubo un retroceso conceptual y crítico que se tradujo en una violación directa de los derechos sexuales y reproductivos de la Joven en condición de discapacidad, por cuanto, en ningún momento la Corte solicito un análisis previo de las condiciones integrales de la joven, si no que se limitó a corroborar si había o no sentencia de interdicción para aprobar la esterilización.

3.2.10 Sentencia T 573 de 2016

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Bogotá 19 de Octubre de 2016.

Dentro de los hechos jurídicamente relevantes de esta sentencia, se puede encontrar que la señora Consuelo promueve la acción de tutela en representación de su hija Silvia quien está diagnosticada con síndrome down e hipertiroidismo, pues considera que están siendo vulnerados los derechos de su menor hija a la vida, a la integridad física y a la seguridad social, indica que durante 12 meses por orden del ginecólogo a su hija le insertaron un anticonceptivo subdérmico Jadelle a causa de esto, Silvia empezó a presentar dolor abdominal, náuseas y dolor de cabeza y períodos menstruales más prolongados sin mejoría alguna durante ese transcurso de tiempo, su madre solicitó a la EPS que dados los padecimientos de Silvia, retirarán el dispositivo y que procedieran a realizar la cirugía de ligadura de trompas, ante esto la EPS se niega indicando que este dispositivo solo puede ser retirado a los 5 años de su implantación y que si desean hacerlo deberá ser de manera particular.

En el expediente de salud de Silvia, aportado por la Entidad de Salud puede evidenciarse que no se han negado las atenciones requeridas por la menor y que, por el contrario en su historia clínica el médico da indicaciones a su mamá para que lleve a cabo el procedimiento quirúrgico de anticoncepción ante un juez de familia por lo que solicitan que la tutela se declare improcedente porque basados en jurisprudencias anteriores para que se realice la esterilización debe mediar una autorización de un juez competente para que esta pueda ser autorizada por la EPS.

En primera instancia el juzgado denegó la tutela invocada en lo que respecta a la práctica de la esterilización definitiva, pues según el material probatorio la señora Consuelo ya había sido informada del procedimiento que debía agotar para que esta

cirugía fuese posible, es decir, por jurisdicción ordinaria mediante un permiso judicial, pero protegió los derechos fundamentales de Silvia en el sentido que debía ser un especialista quien revisara los padecimientos que está teniendo con el dispositivo Jadelle y de ser posible que sea cambiado por otro menos dañino para la salud de la menor.

Como no hubo ninguna impugnación del fallo de tutela, el expediente fue seleccionado para ser analizado por la Corte Constitucional, en primera medida es pertinente mencionar algunas de las actuaciones a las que dio inicio el magistrado sustanciador Luis Ernesto Vargas Vila antes de proferir o realizar alguna fundamentación, entre ellas se destaca la protección que le da a la identidad de “Silvia” considerando que es una menor de edad que tiene síndrome down y cuyo objeto de controversia es acerca del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, por lo que adopta medidas para garantizar la confidencialidad del expediente y limitando la posibilidad de que personas ajenas al proceso tuvieran copias del mismo.

Por otro lado, el Magistrado ordenó requerir a la Entidad de Salud para que se pronunciara acerca de los hechos y pretensiones formuladas, que indicara si había autorizado la prestación de servicios de asesoría psicológica y medica destinados a garantizar que Silvia contara con información suficiente, amplia y adecuada sobre sus derechos sexuales y reproductivos y además que manifestara sobre las medidas que hubiera adoptado en el cumplimiento de las órdenes del fallo de primera instancia.

Sobre la intervención de la Entidad de Salud Empresa Social del Estado, indica que en la historia clínica de Silvia consta que sus médicos y profesionales en enfermería orientaron tanto a Silvia como a su madre sobre los métodos de anticoncepción, las consecuencias de su uso, la forma de utilizarlos y las instrucciones de su cuidado. A su vez, responde que la última atención que se brindó a la menor fue dentro del

servicio de planificación familiar en donde la menor asiste para el retiro del implante subdérmico por mareos y vómitos.

A continuación, las entidades intervinientes iniciando con la Asociación Pro bienestar de la Familia Colombiana, a través de su directora ejecutiva, quien señala las barreras que han experimentado las PcD frente al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, e indica que estos pueden tomar decisiones informadas sobre el ejercicio de sus DSR con ayuda de los proveedores de los servicios de salud, el personal médico respectivo y el apoyo de su familia en la adopción de estas.

A su vez, la solicita a la Corte enfatizar sobre la necesidad de contar con ajustes razonables y apoyos para que las PcD puedan expresar su voluntad y expresar su consentimiento informado de forma libre e idónea, además de instar a las entidades para que se logre concientizar a las entidades sobre el respeto por los DSR de las personas en condición de discapacidad y específicamente sobre la esterilización, que no puede seguir siendo considerada como una medida de protección ni siquiera por los jueces de familia si no se tiene el consentimiento de la PcD pues esto genera una vulneración directa a sus derechos personalísimos.

Por otra parte el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (PAIS) hace alusión a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y a los demás tratados internacionales ratificados por Colombia que introdujeron el modelo social de la Discapacidad y el concepto de persona de especial protección y que en el caso de Silvia se cumplen desde infancia, mujer y discapacidad, por lo que es necesario tener en cuenta su capacidad y que no se vean afectados sus DSR.

Lo anterior indicando que dentro de las pruebas aportadas no se vislumbra un documento que conste que Silvia ha sido informada de este procedimiento ni la decisión de como desea ejercer su sexualidad, vulnerando sus DSR, el derecho a la educación, a la igualdad, a la intimidad, a la maternidad, al acceso de información para construir su autonomía y responsabilidad individual.

Así mismo, indicó que la jurisprudencia constitucional reconoce en muchos de sus fallos que la esterilización forzada es degradante para la mujer y vulnera un gran abanico de derechos y que la voluntad de las mujeres en condición de discapacidad deben poder elegir de esta manera condena el consentimiento sustituto para la realización de intervenciones quirúrgicas sean de carácter transitorio o permanentes que restrinjan los derechos de las PcD por esto solicita la creación de una estructura de apoyos que permita que las PcD tomen decisiones informadas respecto a todos los aspectos de su vida.

Por último la Defensoría del Pueblo, reseña los estándares internacionales para el reconocimiento, protección y garantía del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, indicando que en este ámbito se vincula a los Estados para que propugnen por la protección de sus DSR.

La entidad condena las dificultades que tiene la PcD para que sean reconocidos sus derechos en general y más los relativos a la sexualidad, pues es la sociedad quien sigue percibiendo a esta población como personas inválidas o locas enfrentándolas al rechazo y a la estigmatización desconociendo su autonomía como exigen las normas internacionales.

Se considera también que la sustitución de su consentimiento afectaría su autodeterminación reproductiva y derecho a tomar decisiones libres y responsables sin discriminaciones, además menciona también que para el caso concreto la

esterilización no protegería a Silvia de los abusos y de la violencia sexual como argumento que utiliza la madre.

La defensoría pone en evidencia a las entidades prestadoras de salud y a las autoridades judiciales incluyendo la misma Corte Constitucional no solo en el caso de Silvia sino en aquellas que mencionan los DSR pues las mismas contradicen los estándares de protección de las PcD especialmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que obliga a los Estados a garantizar que las PcD ejerzan su capacidad jurídica en condiciones de igualdad y que tomen sus propias decisiones en temas personales y trascendentales como la posibilidad de tener o no hijos.

Ahondado lo anterior, la entidad solicita a la Corte unificar la posición que ha asumido en los fallos relativos a los DSR de las personas en condición de discapacidad y a su vez que garantice el acceso de Silvia al sistema de apoyos necesarios para el ejercicio de su autodeterminación sexual y reproductiva sin que exista sustitución de su voluntad por lo que Consuelo también deberá contar con el acompañamiento para comprender el rol que le incumbe respecto a la garantía de los derechos de su hija.

Por último exhorta al Congreso de la República para que legisle sobre:

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las PcD, en igualdad de condiciones con las demás personas, especialmente respecto de la manifestación del consentimiento libre e informado para la realización o no de procedimientos médicos que repercutan en el ejercicio de los DSR de las personas en condición de discapacidad.

De esto se hace mención a que el reconocimiento de la personalidad jurídica de toda población está dentro de la Constitución Política en el artículo 14, pero que si resulta necesario que se haga un control y reglamente el consentimiento informado

no solo para lo enunciado sino para todas las decisiones trascendentales en la vida de una PcD.

Cabe resaltar que las intervenciones realizadas dentro de esta sentencia van en concordancia con la normatividad internacional y específicamente con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada mediante la ley 1346 de 2009, resulta entonces agradable que entidades como la Defensoría del Pueblo y Profamilia entiendan la importancia que tiene y que debe dársele pues es esta quien contiene los lineamientos acerca de la obligación que tienen sobre todo las autoridades constitucionales de aplicarla.

La decisión de primera instancia fue denegar el amparo solicitado en cuanto la madre de Silvia no agotó los trámites necesarios para que la EPS la autorizara siendo este un procedimiento que tiene efectos definitivos e irreversibles.

El problema jurídico que determinó se estudiaría la Corte Constitucional fue ¿La situación narrada por Consuelo madre de Silvia menor de edad y quien está diagnosticada con síndrome down están vulnerando los derechos a la autonomía, integridad personal y salud sexual y reproductiva de la menor?

Para entrar a resolver el problema jurídico, la Corte inicia con el estudio del modelo social de la discapacidad en el marco internacional de protección de los Derechos Humanos, indicando que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006 fue un instrumento que surgió como resultado de reflexiones sobre el propósito de proteger a las PcD y que a su vez definiera los mecanismos y medidas que debían adoptar los Estados para alcanzar este objetivo.

Es por esto que dentro de la Convención se reivindica la autonomía e independencia individual de las PcD, su libertad de tomar decisiones propias y la obligación que tiene cada Estado de reconocer su capacidad jurídica como un paso adelante en la

aspiración de lograr que, en ejercicio de la dignidad que les es inherente las PcD “puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de su vida”.

Entonces es el concepto de discapacidad que puede encontrarse dentro de la CDPCD y que responde al modelo social está ligado con aquellos obstáculos que impiden que las personas con diversidad funcional interactúen con su entorno en las mismas condiciones que lo hacen los demás individuos y la Corte empieza a hacer un estudio de la CDPCD misma a pesar que ya se había hecho una revisión por parte de la misma corporación en la Sentencia C 293 de 2010²⁰¹ y cuyo resultado del análisis hecho dentro del presente trabajo de investigación con respecto al articulado sobre los DSR y la autonomía fue “...La Corte solo los cita de manera incipiente y no realiza un análisis concienzudo sobre la relevancia de estos principios y su debida aplicación en la jurisprudencia constitucional”.

Pues bien, dentro de la presente argumentación la Corte entiende que la CDPCD supone la incorporación del modelo social dentro del Estado Colombiano pues este hace ratificación de la misma con la ley 1346 de 2009 y que este modelo reivindica la dignidad inherente a las PcD reafirmando que las circunstancias de su marginación social se derivan de las barreras que ha impuesto la sociedad y que les impiden ejercer plenamente sus derechos. Por otra parte la Corte indica que la CDPCD es más que una reafirmación de derechos, unas obligaciones derivadas para los Estados de crear condiciones para que las PcD ejerzan sus derechos humanos en iguales condiciones que cualquier ciudadano.

²⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 293 de 2010. MP: Nilson Pinilla Pinilla. Revisión Constitucionalidad Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se ratifica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Igualmente la Corte alude al artículo 12 de la CDPCD que habla sobre la capacidad jurídica y que ocupa un lugar preponderante pues impone a los Estados parte en esa materia en particular a la adopción de ajustes razonables que garanticen a la PcD el poder tomar decisiones informadas sobre todos los asuntos que les conciernen.

Por ello, dentro del modelo social se garantiza la autonomía de las PcD asegurando que fuesen tratadas en igualdad de condiciones al resto de la población, pues ello permitía que se fomentara su participación y que se les permitiera asumir responsabilidades mientras que el anterior modelo de sustitución de consentimiento abría la puerta a los abusos, teniendo como fundamento que el sistema de guardas y tutelas supone el que la persona pierda su derecho a decidir sobre múltiples cuestiones haciendo que los deseos de las PcD fuesen tergiversados y su voz censurada.

Ahondado lo anterior, la Corte indica que la capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos diferentes pues la última se refiere a la aptitud de una persona para tomar decisiones y la misma varía de una persona a otra pues es diferente en función de los diversos factores. Entonces no debe tomarse como justificación el déficit de capacidad mental de una persona para negar la capacidad jurídica. Reconociendo a las PcD jurídicamente capaces como cualquier otra concretando desde su artículo 12 el principio “nada sobre nosotros, sin nosotros” entendiendo que esta población tiene el control de las decisiones que le conciernen al ámbito de su vida privada.

La CDPCD elimina toda forma de consentimiento sustituto e insta al Estado para:

- a) Disponer un sistema de apoyos que acompañen a las PcD en el proceso de adopción de sus decisiones
- b) Crear salvaguardias que garanticen que esas decisiones se vean desprovistas de conflictos de intereses, influencias indebidas o abusos

Para el caso concreto la Corte procede a hacer un estudio de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD bajo el modelo social de la CDPDC, iniciando con el artículo 23 titulado “respeto del hogar y de la familia” cuyo compromiso estatal parte de tomar medidas efectivas para poner fin a la discriminación contra las PcD en cuestiones relacionadas con el matrimonio, familia, paternidad o relaciones personales. Lo anterior reconoce que la población en condición de discapacidad puede contraer matrimonio, fundar una familia sobre la base de su consentimiento previo, libre e informado y también la elección del número de hijos que deseen tener esto es mantener su fertilidad en igualdad de condiciones con los demás.

Esto por supuesto con ayuda del Estado quien será el garante del acceso a información y educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad y ofrecer los medios necesarios para ejercer esos derechos.

La fundamentación del artículo 14. Tuvo lugar a que la negación de la capacidad jurídica de las PcD suele conducir a privarlas del ejercicio de sus DSR, casarse, fundar una familia y otorgar su consentimiento para relaciones íntimas y para la planificación familiar lo que impactaba directamente a las mujeres quienes se ubican en una posición más vulnerable en cuanto al tema de los DSR.

Es así como la CDPDC impone a los estados implementación específicamente a que las mujeres y niñas en condición de discapacidad disfruten plenamente sus derechos y libertades eliminando el imaginario de que las mismas no podrían tener relaciones sexuales consentidas fundamentando así la elevada tasa de esterilización forzada y la reticencia a permitir que asuman el control de su salud reproductiva, esto por supuesto con la prevención de los riesgos de violencia, lesiones, abuso, abandono, trato negligente o explotación a la que pueden ser sometidas y que se ve incrementado con el consentimiento sustituto pues al designar a otro para que tome las decisiones por sí mismas las hace más vulnerables frente a estos riesgos descritos.

A pesar de que la ratificación de la CDPCD se realizó en el año 2009, y que dentro de ella se incorpora el modelo social cuyo objetivo es el de reafirmar la voluntad de las PcD, eliminar el consentimiento sustituto y en cuanto a lo referente a los DSR reconocer por parte de los Estados que las PcD cuentan con la capacidad plena para asumir libremente su sexualidad, disponer su cuerpo de forma autónoma, accediendo a información sobre métodos de planificación y anticoncepción.

La Corte manifiesta que en Colombia hay regímenes legales que avalan la sustitución de las decisiones de las PcD en contextos sociales marcados por estereotipos y prejuicios que cuestionan su aptitud para tomar decisiones de forma independiente, revelando que en el país las metas que fijó la CDPCD están lejos de cumplirse y que en el país existe la discriminación hacia esta población que está expuesta incluso a diversos riesgos de violencia.

Como se mencionaron anteriormente las mujeres y niñas en condición de discapacidad son más vulnerables a que se le les restrinjan sus derechos pues son percibidas como asexuadas, tímidas y sumisas, entonces dentro de su propio núcleo les impiden acceder a la educación sexual y a su vez el poder identificar comportamientos abusivos o inapropiados. Estos factores explican que se dé poca credibilidad a sus denuncias de abuso reduciendo la posibilidad de encontrar a las personas responsables y sancionarlas.

Adicional a esto, las mujeres y niñas en condición de discapacidad son a quienes más se les practica la esterilización forzada y tratamientos médicos como administración de fármacos o electrochoques, que por cierto dentro de los artículos 23 y 25 de la CDPCD se prohíbe rotundamente, pues este se traduce en maltrato y tortura.

Ahora bien la esterilización forzada también es vista por los instrumentos internacionales como una práctica que vulnera la integridad física y mental de las mujeres en condición de discapacidad, su derecho a la salud sexual y reproductiva y la libertad de disponer de su cuerpo, lo anterior constituye también una práctica discriminatoria pues se estaría impidiendo que las mujeres en condición de discapacidad gocen de igualdad de condiciones.

Dentro de la normatividad nacional, es menester nombrar la Ley 1618 de 2013²⁰² que establece las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las PCD mediante la adopción de medidas de inclusión, de acción afirmativa y de ajustes razonables por vía de la eliminación de toda forma de discriminación por motivos de discapacidad de conformidad con lo dispuesto en la CDPCD.

En cuanto al tema de los DSR la ley impone al Ministerio de Justicia, Comisarías de Familia y al ICBF el deber de *“proponer e implementar ajustes al sistema de interdicción judicial de manera que se desarrolle un sistema que favorezca el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo de las personas con discapacidad”* desarrollando así el artículo 12 de la CDPCD y cuyo compromiso se extiende al Ministerio de Salud para que asegure que los programas de salud sexual y reproductiva sean accesibles a las PcD.

A pesar de esto, la Corte trae a colación lo contemplado en la Ley 1412 de 2010²⁰³ que *“promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas de fomentar la paternidad y maternidad responsable”*, dentro del contenido de la mencionada ley es posible encontrar:

²⁰² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley Estatutaria 1618 de 2013. Febrero 27 de 2013. Diario Oficial: 48.717.

²⁰³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1412 de 2010. 19 de octubre de 2010. Consultada el 20 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley141219102010.pdf>

El artículo 5 que recalca la necesidad de que la práctica de los referidos procedimientos esté antecedida de la obtención del consentimiento informado y cualificado del paciente. Esto obliga al médico encargado de su realización de informar acerca de la naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos de su práctica además claro de la alternativa de utilizar otros métodos anticonceptivos no quirúrgicos. La norma exige además que se ofrezca a los pacientes con limitación de lectoescritura medios alternativos para expresar su voluntad para la solicitud escrita del procedimiento y para el consentimiento informado.

Precediendo esta norma es posible encontrar el artículo 6. Que se ocupa de “los discapacitados mentales” cuya solicitud y consentimiento para la práctica del procedimiento debe ser suscrito por su representante legal, previa autorización judicial.

Esta norma por supuesto fue objeto de estudio de constitucionalidad en Sentencia C 182 de 2016²⁰⁴ dentro de esta la Corte propuso determinar si el consentimiento sustituto vulneraba los artículos 13, 16 y 42 de la Constitución Política y puntualmente el artículo 12 de la CDPCD, después de confrontar la norma con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano frente a la protección de los DSR de las personas en condición de discapacidad y con la jurisprudencia que consideraba la esterilización de PcD por vía del consentimiento sustituto como constitucional, se declaró la exequibilidad de la norma pero condicionándola a que *“las personas estuviesen declaradas en interdicción por demencia profunda y severa además de indicar que el procedimiento sustituto tiene un carácter excepcional y solo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada”*.

²⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 182 de 2016. Demanda artículo 6 de la Ley 1412 de 2010. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 13 de abril de 2016.

En conclusión para la Corte en esta sentencia, sustituir el consentimiento de una PcD en un asunto tan delicado como la posibilidad de disponer de su propio cuerpo y decidir sobre sus DSR no equivale a sustraerla de su autonomía cuando estas condiciones se cumplen, apelando al modelo social de la discapacidad se indicó que debían agotarse todos los apoyos y ajustes razonables a los que hace referencia la CDPCD.

Posteriormente la Corte hace un barrido de las sentencias más importantes referentes a los DSR de las personas en condición de discapacidad para determinar cuál fue la postura de la Corte al respecto, sin embargo no se ahondará mucho en el tema pues dentro de la presente investigación se analizan algunas de estas y a profundidad.

Para el estudio del caso concreto, la Corte procederá a resolver los dos problemas jurídicos expuestos, estos son:

- a) ¿Se están vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física de Silvia, por las dolencias que ha debido soportar con ocasión de la implantación de un dispositivo subdérmico y la decisión de no retirarlo?
- b) ¿Se están vulnerando los derechos a la autonomía, integridad personal, derechos sexuales y reproductivos de Silvia al sustituirse su voluntad dentro de los hechos expuestos, lo que va en contravía de la normatividad internacional que reconoce que las PcD tienen capacidad jurídica para tomar decisiones sobre todos los aspectos de su vida?

Del primer problema jurídico se alude a que de los hechos narrados en la presentación de la acción de tutela es posible vislumbrar una eventual infracción a la CDPCD pues se adoptaron decisiones sobre sus DSR y aparentemente no consultaron su consentimiento, lo que va en contra del derecho a la igualdad ante

la ley y el pleno ejercicio de su capacidad jurídica frente a todos los asuntos que le conciernen.

Pero la Corte entra en un dilema legal, y este es que tanto las decisiones adoptadas por la misma en las que se avala el consentimiento sustituto, como en el de las sentencias C 182 de 2016 que declaró constitucional la posibilidad de someter a las PcD a procedimientos definitivos de anticoncepción por vía del consentimiento sustituto siempre que se entienda que a) se garantiza la autonomía reproductiva de las personas declaradas en interdicción “profunda y severa” y b) la sustitución procede en casos excepcionales y cuando la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos.

Las decisiones descritas anteriormente hicieron tránsito a cosa juzgada constitucional, esto supondría que el caso debe resolverse a la luz de las reglas de las decisiones adoptadas por cada una de ellas. Esto por el respeto que todo funcionario judicial debe a los pronunciamientos de la corporación en sede de control abstracto de constitucionalidad y de garantía de bienes jurídicos superiores que podrían verse comprometidos si se adoptasen decisiones que controviertan la interpretación vulnerando el principio de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima.

Es preciso considerar que los pronunciamientos proferidos por la Corte en sede de control abstracto pueden hacer tránsito a:

- a) Cosa juzgada absoluta, cerrando la posibilidad que los funcionarios judiciales en ejercicio de la autonomía interpreten los postulados normativos de una disposición que haya tenido control previo
- b) Cosa juzgada relativa, al funcionario le queda la posibilidad de interpretar la norma examinada, siempre que lo haga bajo una perspectiva distinta de aquella que lo hizo tomar la decisión en primer lugar

Después de realizar un examen exhaustivo acerca de la ratio decidendi de la sentencia c 182 de 2016 para la Corte fue posible determinar que la misma constituye dentro de su fallo una cosa juzgada relativa entendiendo que dentro de su decisión no se vulneraron los artículos 13, 16 ni 42 de la Constitución Política, en el entendido que el consentimiento sustituto se dará excepcionalmente cuando la persona a pesar de la prestación de los respectivos apoyos no pueda manifestar su voluntad libre e informada.

Para el caso concreto, la corte manifiesta la imposibilidad de practicar procedimientos de esterilización a través de la figura del consentimiento sustituto abordando:

a) Los compromisos internacionales vinculantes para el Estado colombiano

Principalmente por la ratificación de la CDPCD al reconocer que el Estado debe:

Respetar la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas con discapacidad, lo anterior implica: suprimir los sistemas que niegan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sustituirlos por un sistema de apoyo a sus decisiones.

b) La decisión adoptada por la corporación, en la Sentencia C 293 de 2010

Esta sentencia resuelve que las disposiciones del CDPCD son adecuadas, razonables y conducentes a su ejecución y cumplimiento y advirtió la plena conformidad de los objetivos del instrumento internacional y la Carta Política.

c) Las observaciones del órgano de control y monitorio de la CDPCD sobre la implementación del instrumento internacional en Colombia

Este Comité de las Naciones Unidas manifestó principalmente la preocupación por las intervenciones quirúrgicas de esterilización definitiva hacia las PcD sin su respectivo consentimiento y con la simple autorización de un juez.

Por otra parte el mismo Comité recomienda derogar toda disposición del Código Civil y otras normas que restrinjan parcial o totalmente la capacidad jurídica de las PcD y la adopción de medidas legales y administrativas para proporcionarles apoyos que requieran para ejercer ese derecho plenamente y tomar decisiones en *“salud, sexualidad, educación y otros, respetando siempre su voluntad y preferencias”*

d) Las barreras sociales que impiden que las personas con discapacidad ejerzan plenamente sus derechos sexuales y reproductivos

Esto tomando como base la intervención de Profamilia en la que se advirtió sobre los diversos riesgos de salud a los que suelen verse expuestas las personas con discapacidad, tales como gestación y parto puerperio²⁰⁵, la prevalencia de infecciones de transmisión sexual y VIH, cáncer de cérvix, cáncer de próstata o testículos y situaciones de violencia sexual, todos estos derivados de la ausencia de atención en salud sexual y reproductiva y falta de información al respecto.

Como ente encargado de la realización de procedimientos de esterilización, la interviniente manifestó que dentro de todas las solicitudes que se presentan en lo referente a las PcD son los jueces de familia quienes no siguen la jurisprudencia de la Corte ni consideran el contexto de la persona y los ajustes razonables que

²⁰⁵ BEBES Y MÁS. Infección puerperal: La infección puerperal es una de las complicaciones postparto, una inflamación séptica, localizada o generalizada, que se produce en los primeros 15 días tras el parto como consecuencia de las modificaciones y heridas que el embarazo y parto causan sobre el aparato genital. Consultado el: 21 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.bebesymas.com/postparto/la-infeccion-puerperal>

requiere para acceder a información sobre métodos anticonceptivos por el contrario, se fundamentan en el dictamen de interdicción judicial.

Como conclusión ahondados los cuatro criterios que la Corte adopta para tomar la decisión, la misma pasa a entender que ninguna circunstancia habilita la adopción de decisiones que incumban a PcD por vía del consentimiento sustituto y que debe presumirse su capacidad jurídica para la toma de decisiones de forma libre y autónoma, mediante apoyos, ajustes razonables y salvaguardas que el Estado debe facilitarles para el efecto.

Será entonces en los casos en que sea imposible la manifestación de voluntad sobre la posibilidad de la realización del procedimiento de esterilización, una vez otorgados todos los mencionados apoyos, tampoco se realizará dicha cirugía reivindicando así el principio de “nada sobre nosotros, sin nosotros” el cual inspiró el modelo social en la CDPCD.

La Corte a continuación pasará a resolver de fondo el caso de Silvia, para lo que solicita a la Entidad de Salud la última atención brindada en sus unidades hospitalarias y dentro del servicio de planificación familiar, dentro de lo aportado por la misma se evidencia que el último registro es el del retiro del implante subdérmico Jadelle por mareos y vómitos y que la enfermera procede a realizar el consentimiento informado.

Así las cosas el dispositivo fue extraído en cumplimiento de la sentencia de primera instancia quien había indicado que debía estudiarse por un médico especialista el retiro del dispositivo y la adecuar otro método anticonceptivo que fuese menos dañino para la salud de la menor.

Entonces los motivos que llevaron a la interposición de la tutela en primer lugar fueron superados en tanto que desaparecieron con la remoción del dispositivo subdérmico, pero resalta la Corte que no se tiene certeza de la condición actual de Silvia pues fue imposible contactar a su madre y por parte de la EPS quien debía garantizar la continuidad de los servicios de salud al estar expuesta a procedimientos invasivos que fueron realizados sin obtener su previo consentimiento, es obligación también de su entidad prestadora de salud la adopción de medidas encaminadas a garantizar que Silvia accediera a información completa, oportuna y adecuada sobre sus derechos sexuales y reproductivos y de las implicaciones de los procedimientos mediante los cuales le fue implantado y extraído el dispositivo anticonceptivo.

Por lo mismo, la Corte resalta que al ponerle tanto como al retirarle el dispositivo de la anticoncepción Jadelle sin obtener su consentimiento produjo un daño consumado a sus derechos sexuales y reproductivos, pues estos garantizan que cada individuo tome decisiones libres e informadas sobre el ejercicio de su sexualidad y sobre su intención de tener o no tener hijos, la oportunidad y frecuencia con que desee hacerlo.

De acuerdo a esto la Corte entra indagar sobre ¿Cuáles son los derechos sexuales y reproductivos que protege la CDPCD? ¿Qué medidas debe ejecutar el Estado para salvaguardarlos?

Al respecto la Corte destaca el reconocimiento de las PcD como parte de la diversidad y de la condición humana, reivindicando la dignidad que les es inherente y prohíbe cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o efecto de impedirles gozar de sus libertades o derechos fundamentales.

Así las cosas las PcD son titulares de los derechos sexuales y reproductivos que tienen todos los individuos, y deben ejercerlos en igualdad de condiciones que los demás personas, sin embargo debe ser el Estado quien adopte medidas efectivas que les permitan poner fin a la discriminación que enfrentan asegurando que:

- a) Se reconozca su derecho a conformar una familia, sobre la base de su consentimiento libre y pleno
- b) Se respete su derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que deseen tener y el tiempo que debe transcurrir entre cada nacimiento
- c) Se les permita acceder a información y educación sobre reproducción familiar que sean apropiados para su edad y a los medios necesarios para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos
- d) Mantener su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás

La Corte condena la negligencia del Ministerio de Justicia al no haber implementado ajustes al sistema de interdicción judicial y desarrollar uno que permita a las PcD ejercer su capacidad jurídica y tomar decisiones con apoyo en ámbito de salud, sexualidad educación sobre el respeto pleno a su voluntad y a sus preferencias de acuerdo al artículo 12 de la CDPCD, esto por supuesto bajo los parámetros de la Ley 1618 de 2013 que desarrolla lo establecido por la Convención.

Además hacia el Ministerio de Salud, la Corte indica que deben ser los profesionales de la salud quienes presten a las PcD atención de excelente calidad sobre la base del consentimiento informado como a toda la población, esto claro desde programas de capacitación que sensibilicen sobre los derechos humanos, la dignidad, autonomía y necesidades de las PcD además de promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado.

La Corte dentro de este acápite menciona que no existe una política pública encaminada a garantizar que las PcD accedan a información y educación sobre sus DSR sin embargo, como fue posible desarrollar dentro del presente trabajo, es posible encontrar que la política pública de los derechos sexuales y derechos reproductivos del Ministerio de Salud cuenta con un gran respaldo normativo encaminado a:

Velar por la salud integral, salud sexual y salud reproductiva de las personas y su entendimiento como medio para que el bienestar físico y mental sea posible, para los pueblos, grupos y comunidades de este vasto país sin ningún distingo propiciado en la diferencia o o las condiciones de vulnerabilidad en que puedan encontrarse inmersos y donde el enfoque de derechos, género y diferencial sea realmente materializado a través de la prestación de servicios de calidad, humanizados, dignos y solidarios²⁰⁶.

Y que esta política enfatiza la importancia de brindar educación sexual y reproductiva a las PcD.

Pero es la misma jurisprudencia y normatividad quienes se han encargado de perpetuar la idea de que las decisiones de las PcD pueden ser sustituidas por las de sus familiares, los profesionales de salud y los jueces, si se constata que no podrán emitir su consentimiento a futuro, esos vacíos han generado el mismo resultado: la adopción de decisiones por vía del consentimiento sustituto sin que se hayan brindado los apoyos necesarios para asegurar que la persona manifieste su voluntad y preferencias.

Esto se visualizó en el caso de Silvia quien no contó con la oportunidad de decidir sobre el método de anticoncepción, su aplicación y retiro del mismo lo que infringe directamente sus DSR y demás derechos fundamentales cuya garantía se ve

²⁰⁶ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. LIBRO Política sobre Derechos Sexuales y Reproductivos en Colombia. Consultado el: 20 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%2010.pdf>

comprometida cuando los primeros se transgreden. La Corte indica que a Silvia debió brindársele información y educación sobre reproducción familiar y planificación familiar apropiada para su edad, brindársele orientación sobre los métodos de anticoncepción adecuados en razón de sus circunstancias y necesidades concretas y proporcionado los apoyos, ajustes y salvaguardias necesarias para que expresara su voluntad y decidiera informada y libremente si quería o no someterse a alguno de ellos. Así como Silvia, existen muchos adolescentes a quienes se les vulnera la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad con la imposibilidad de decidir libremente la forma como quieren vivir su sexualidad.

Con respecto a la práctica del procedimiento de esterilización, la corporación entiende que al ratificar la CDPCD el Estado colombiano reconoció la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, frente a todos los aspectos de su vida y aquello implica la eliminación del consentimiento sustituto y el apoyo, ajustes razonables salvaguardias para que tomen decisiones autónomas.

Por esto si existe una ausencia sobre la manifestación sobre la voluntad de someterse a un procedimiento de esterilización, no debe realizarse la intervención. Ni siquiera con una autorización judicial que se base en una certificación médica que indique que la imposibilidad del consentimiento a futuro. El papel del juez debe ser el constatar que la PcD ha manifestado que desea someterse al procedimiento de anticoncepción definitiva conociendo por supuesto las los riesgos e implicaciones que este tiene a futuro.

Debido a la inexistencia de los deberes estatales en lo referente a “... *apoyos, ajustes razonables y salvaguardias necesarias para lograr que las PcD ejerzan su capacidad jurídica*” La Corte indaga a Profamilia sobre las medidas que en su criterio podrían contribuir a que los menores en condición de discapacidad cognitiva y

psicosocial tomen decisiones informadas y autónomas sobre el ejercicio de sus DSR y sobre el rol que incumbe a sus familiares, proveedoras de salud y personal médico con respecto al acompañamiento y apoyo en la adopción de decisiones de esa naturaleza.

Ante este requerimiento Profamilia precisó que los ajustes razonables para la toma de decisiones en salud sexual y reproductiva deben responder a las diferentes necesidades de las PcD sus contextos por lo que resulta imposible hacer un ajuste estándar, pero advirtió que si es posible crear perfiles de apoyo útiles para los diferentes tipos de discapacidad y para sus decisiones.

Estos perfiles deben estar encaminados a garantizar que las PcD puedan acceder a comunicación e información sobre salud sexual y reproductiva. Para esto recomienda el uso de pictogramas, videos e imágenes que expliquen el proceso biológico y sus procedimientos, el uso de textos de fácil lectura con lenguaje sencillo y frases cortas, imágenes que asemejen a los cuerpos reales de PcD para que se generen procesos de auto identificación y reconocimiento.

Al respecto también indicó que la información debe ser brindada por equipos multidisciplinarios (médicos, psicólogos, trabajadores sociales, neuro-psicólogos) quienes garanticen una mayor comprensión sobre el consentimiento y deseos de las PcD, podría añadirse a ello la colaboración de PcD y un círculo de personas cercanas al paciente quienes conocen el lenguaje, expresión y manifestación de emociones de la PcD.

Profamilia manifestó la importancia de brindar asesoría a los acompañantes de las PcD sobre lo que significa la esterilización, explorando también los miedos que estas personas tienen sobre la sexualidad y la discapacidad informando los DSR de las personas con discapacidad.

Por lo anterior es necesario que los prestadores de salud tomen en consideración los criterios de la CDPCD y de la ley 1618 de 2013, por lo que se advirtió a la Entidad de Salud sobre el deber de diseñar, implementar y financiar los ajustes razonables para garantizar que los PcD accedan a la prestación de servicios de salud en iguales condiciones que los demás, y la obligación de asegurar disponibilidad de programas de atención en el ámbito de la salud sexual y reproductiva dirigidos a las PcD, gratuitos y accesibles.

Finalmente la Corte Constitución procede a dar su decisión basándose en la anterior fundamentación jurídica indicando que:

- a) Ampara los derechos fundamentales fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad física de *Silvia* y sus derechos a la salud sexual y reproductiva.
- b) Ordenar a CC EPS que, en cumplimiento de la prohibición legal contemplada en el artículo 7º de la Ley 1412 de 2010, se abstenga de autorizar la práctica de procedimientos de anticoncepción definitiva a *Silvia* y de autorizar, en general, la práctica de cualquier procedimiento médico invasivo que no haya sido consentido por ella en los términos contemplados en esta providencia.
- c) Ordenar a CC EPS que, en el contexto del diálogo que el equipo interdisciplinario establezca con *Silvia* y con sus padres, e identificados los ajustes razonables, apoyos y salvaguardias que se requieran para que la joven ejerza su capacidad jurídica, de conformidad con los parámetros señalados en la parte motiva de esta decisión, proporcione tales ajustes, apoyos y salvaguardias, para que, en ese contexto, el equipo interdisciplinario le brinde información sobre i) el derecho de las personas con discapacidad a contar con apoyos para la toma de decisiones sobre todos los asuntos que les conciernen; ii) el derecho de los niños y las niñas con discapacidad a expresar su opinión libremente, en condiciones de igualdad, sobre todas las decisiones que les afecten; iii) el derecho de las personas con discapacidad a acceder a información

sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad y a mantener su fertilidad y sobre iv) acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, métodos de anticoncepción y los beneficios, implicaciones y riesgos de cada uno de ellos. La información deberá transmitirse, también, a los padres de *Silvia*. cual *Silvia* decidirá si usará algún método de anticoncepción, informándole, para ello, sobre el que mejor se ajuste a sus necesidades específicas. El equipo deberá considerar la opinión que sobre el particular exprese *Silvia* y los criterios de elegibilidad para anticoncepción de la Organización Mundial de la Salud.

- d) Advertir a la Entidad de Salud su deber de diseñar, implementar y financiar los ajustes razonables para garantizar que sus afiliados en situación de discapacidad accedan a la prestación del servicios de salud en iguales condiciones que los demás, en los términos contemplados sobre el particular en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 1618 de 2013, y sobre su obligación de asegurar la disponibilidad de programas de atención en el ámbito de la salud sexual y reproductiva dirigidos a las personas en situación de discapacidad, gratuitos y accesibles, de la misma variedad y calidad que los dispuestos para las demás personas.
- e) Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social que, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de la comunicación de esta providencia, expida la reglamentación que garantice que las personas con discapacidad accedan a información adecuada y suficiente sobre sus derechos y sobre las obligaciones correlativas que surgen para los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud respecto de la provisión de apoyos, ajustes y salvaguardias que les permitan adoptar decisiones informadas en esa materia y, en especial, frente a los asuntos que involucren el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. El ministerio deberá garantizar que las organizaciones sociales de personas con discapacidad y aquellas que se dedican a la defensa de sus derechos participen en el proceso de elaboración y difusión del documento, que deberá publicarse en la página web de la entidad y divulgarse entre los

actores del sistema, junto con su versión en formato de lectura fácil. La Secretaría General de la Corte le remitirá una copia del fallo para esos efectos.

- f) Ordenar al Ministerio de Educación Nacional que, dentro del mes siguiente a la fecha de la comunicación de esta providencia, brinde su colaboración a la Corte traduciendo el contenido de la Sentencia T-573 de 2016 a un formato de lectura fácil que permita que sea comprendida por *Silvia* y por las personas intelectual y psicosocialmente diversas que puedan tener interés en ella, siguiendo, para ello, las pautas consignadas en su fundamento jurídico 104. El ministerio deberá remitir el formato de lectura fácil a la Sala Novena de Revisión, para que sea publicado en la página web de la Corte Constitucional, junto con el formato tradicional del fallo. Para esos efectos, la Secretaría General de la Corte le remitirá una copia de la sentencia.

De la lectura de estos incisos es posible inferir que la Corte por primera vez en la historia de los DSR de las PcD en Colombia procede a emitir un fallo acorde con la normatividad internacional que ya se encuentra ratificada, pues como se fundamentó toma como referente la protección de los derechos fundamentales de las PcD entendiendo que como sujetos de derechos pueden gozar de los mismos sin que se les haga ningún tipo de restricción y que dentro del mismo se reafirma la presunción de la capacidad jurídica de las PcD eliminando el consentimiento sustituto que durante décadas estuvo presente en los fallos de los jueces y en el imaginario de la sociedad en general.

Tabla 3. Sentencias posteriores a la ley 1346 de 2009”

SENTENCIAS POSTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
C 804 de 2009	11 de noviembre de 2009 MP: María Victoria Calle Correa	Se demanda la inconstitucionalidad de la expresión “idoneidad física” en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y adolescencia por considerar que está excluyendo a la población en condición de discapacidad de tener la expectativa para adoptar. La Corte procede a declarar exequible la expresión demandada indicando que esta pertenece a una valoración integral de todas las condiciones de quien sea candidato para adoptar, y que estas obedecen al principio de interés superior del menor.	
T 572 de 2010	15 de julio de 2010 MP: Juan Carlos Henao Pérez	María interpone acción de tutela a nombre propio y de su menor hijo Pedro quien está diagnosticado con síndrome down contra el ICBF por considerar que se están vulnerando su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, toda vez que los mismos declararon a su hijo en situación de abandono por unos supuestos actos de abuso sexual de la madre hacia el menor. La Corte procede a acceder con la petición de María pero con unas condiciones, como lo son una orientación psicológica para ella y para Pedro cuya supervisión se hará mediante un comité profesional interdisciplinario que se encargue de	La Corte da preponderancia al interés superior del niño, reforzado al estar en condición de discapacidad mental.

SENTENCIAS POSTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
		trazar lineamientos en el proceso de orientación familiar.	
T 185 de 2010	18 de marzo de 2010 MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	La señora Myriam Páez persona con discapacidad interpone una acción de tutela contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia pues manifiesta que han vulnerado los derechos de salud y de vida en condiciones digna pues a petición de su esposo la han retirado de los servicios de salud ya que este indico la falta de convivencia. La Corte procede a acceder a la petición de la señora Myriam manifestando que a pesar de la falta de convivencia entre Myriam y su esposo, continúa vigente la relación conyugal motivo por el cual subsiste el deber de ayuda y socorro mutuo, además de la continuidad de la prestación del servicio de salud pues la peticionaria requiere medicamentos permanentes y el hecho de no recibirlo puede afectar irremediabilmente la condición digna de su vida.	La Corte orienta su fallo con base en el modelo social de la discapacidad.
C 765 de 2012	03 de octubre de 2012 MP: Nilson Pinilla Pinilla	Demanda de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 092 de 2011 por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. La Corte declara la exequibilidad de dicho proyecto de ley, alegando que se deben generar ambientes que protejan e	

SENTENCIAS POSTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
		integren a esta población que según cifras del DANE se presenta en el 6%.	
T 063 de 2012	09 de febrero de 2012 MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Madre presenta acción de tutela en representación de su mayor hija Úrsula quien está diagnosticada con retardo mental moderado, contra el Hospital Materno Infantil El Carmen por considerar vulnerados sus derechos toda vez que se niegan a realizar la cirugía de ligadura de trompas ordenada por su médico tratante. La Corte procede a anular la orden de cirugía y a negar la acción de tutela manifestando que Úrsula debe recibir protección integral, una orientación psicológica a fin de que sean explicados sus derechos sexuales y reproductivos y de ser posible que ella autónomamente decida cuál es el método de planificación familiar que más se ajuste a sus necesidades.	La Corte orienta su fallo con base en el consentimiento informado cualificado, y el consentimiento orientado hacia el futuro.
C 131 de 2014	11 de marzo 2014 MP: Mauricio González Cuervo	Se demanda la constitucionalidad del artículo 7 de la ley 1412 de 2010. "En ningún caso se permite la práctica de anticoncepción quirúrgica a menores de edad" por considerar una violación directa a los derechos a la dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad en relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a fundar una familia de los menores adultos entre los 14 y 18 pues a estos se les ha	

SENTENCIAS POSTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
		reconocido la capacidad jurídica relativa a contraer matrimonio. La Corte procede a declarar exequible dicho artículo exceptuando el caso en que se presente un riesgo grave e inminente a la vida, mencionando también que a los menores con discapacidad mental se procederá a realizar la cirugía con previa autorización judicial.	
Auto 173 de 2014	22 de octubre de 2014 MP:	La Corte manifiesta los efectos del desplazamiento sobre las personas con discapacidad y hace un llamado para la implementación de programas y acciones diferenciales para acceder a las medidas de asistencia y reparación contemplados en la ley 1448 de 2011.	Se refleja el modelo social de la discapacidad.
T 740 de 2014	03 de octubre de 2014 MP: Luis Ernesto Vargas Silva	El señor Ricardo Monsalve actuando en representación de su hija Maria José Monsalve de 12 años de edad y declarada interdicta presenta acción de tutela contra COOMEVA pues no han resuelto su petición de realizar una cirugía de ligadura de trompas a su menor hija. La Corte procede a conceder el amparo de los derechos a la autonomía, integridad personal, salud sexual y reproductiva y al consentimiento libre e informado de Maria José, indicando a COOMEVA a abstenerse de realizar cualquier procedimiento médico que no consulte el consentimiento de la menor de edad y que además debe prestar el servicio	Consentimiento libre e informado, desde una perspectiva del modelo social de la discapacidad.

SENTENCIAS POSTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
		psicológico de planificación sexual de acuerdo a la discapacidad de Maria José.	
C 182 de 2016	13 de abril de 2016 MP: Gloria Stella Ortiz Delgado	Se demanda la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 1412 de 2010 “cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal previa autorización judicial” el accionante manifiesta que el artículo va en contravía con principios constitucionales de igualdad, dignidad humana, autonomía, en relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos por lo que ignora los distintos grados de discapacidad y el nivel de conciencia que se deriva de ellos permitiendo una autonomía que no debe depender de una representación legal. La Corte procede a declarar exequible el artículo en el entendido que la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaras en interdicción y la figura del consentimiento sustituto procede en casos que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada.	
T 573 de 2016	19 de octubre de 2016 MP: Luis Ernesto Vargas Silva	La señora Consuelo promueve acción de tutela a nombre de su menor hija Silvia quien fue diagnosticada con síndrome down e hipertiroidismo, pues considera que la Entidad de Salud	Capacidad jurídica de las PcD.

SENTENCIAS POSTERIORES A LA LEY 1346 DE 2009			
SENTENCIA	FECHA	TEMA	CRITERIO
		vulneró sus derechos al negar el procedimiento de esterilización quirúrgica a su hija teniendo en cuenta que ella cuenta con un dispositivo subdérmico pero que este le ha causado deterioro en su salud por lo que su madre solicita la ligadura de trompas. La Corte procede a amparar los derechos fundamentales de la igualdad, libre desarrollo de la personalidad e integridad física de Silvia y principalmente sus derechos a la salud sexual y reproductiva, indicando a la Entidad de Salud que se abstenga de realizar cualquier procedimiento definitivo a Silvia que no haya sido consentido por ella quien como persona con discapacidad debe poder decidir de las decisiones que le afecten, como el derecho a acceder a información sobre reproducción y planificación familiar y a mantener su fertilidad siendo orientada acerca de los métodos anticonceptivos sus beneficios, implicaciones y riesgos.	

La lucha que han tenido que atravesar las PcD no solo ha sido en contra de los paradigma sociales y culturales, la discriminación, el matoneo, de los que son victimas diariamente, si no también contra decisiones que han violados sus derechos, pero que su sustento son precisamente las normas jurídicas de cada Estado, las cuales fueron concebidas desde sociedades con claras fracturas en el reconocimiento de la persona en condición de discapacidad, como tal.

Se debe recordar que muchas de estas decisiones fueron sido emitidas por el máximo órgano constitucional de Colombia, el cual debe ser garante de la preservación y debida interpretación de la Constitución de 1991, la cual, significó un avance gigantesco en materia de defensa de los derechos humanos, sin embargo, como se ha analizado en la presente investigación, a excepción de la sentencia t 850 de 2002, los primeros fallos de la Corporación, estuvieron orientados hacia dejar en manos de terceros los derechos personalísimos de las PcD, tales como decidir si quieren o no someterse a procedimientos que les van a afectar sus derechos reproductivos hasta el final de sus días, es decir, que basados en el criterio del consentimiento sustituto, se mermaba la capacidad jurídica y la autonomía de estas personas sobre su propio cuerpo, excusándose en la incapacidad para entender en que consistían los tratamientos y sus repercusiones, pero, en dichos fallos, ¿Realmente la Corte se interesó por precisar el nivel de entendimiento de estas personas? Acaso pudo constatar de primera mano y siendo testigo directo, que verdaderamente estas personas no comprendían lo que se les estaba a punto de realizar en contra, quizás de su voluntad. O solamente recurrió a los dictámenes médicos que determinaban alguna discapacidad.

Es precisamente, la incertidumbre de solución a estos interrogantes, la que cuestionó a la Corte, lo que sucedería si se realizara dicho procedimiento, pero con posterioridad la persona comprendiera lo que había ocurrido y sus inevitables consencuencias, por lo tanto se vira el criterio hacia el consentimiento orientado hacia el futuro, con el objetivo de realizar o no dicho procedimiento, teniendo en cuenta, ahora si, la voluntad de la PcD, aunque en el momento del fallo, la persona no pudiese comprender con totalidad la intervención quirurgica.

Este criterio no solamente fue fundamental por el sentido de incluir los principios jurídicos que poco a poco se iban reafirmando tanto en la normatividad internacional como en la nacional en cuanto a los derechos de las PcD, si no que también tiene en cuenta la adaptación del ser humano a las circunstancias y a su constante

aprendizaje, puesto que, la Corte en pleno uso de sus facultades, solicitaba evaluaciones integrales de las PcD mental, cuyos resultados reflejaban que, con un adecuado proceso de acompañamiento podían mejorar su comprensión de su situación y del procedimiento a realizar, por lo tanto, sus derechos sexuales y reproductivos no se verían directamente afectados.

Aunque estos criterios venían siendo aplicados por la Corte en sentencias claramente adelantadas a su tiempo, en general, se mantenía el criterio del consentimiento sustituto con respecto de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD. Sin embargo, con la aprobación de la ley 1346 de 2009, y la aplicación del modelo social de la discapacidad, el viraje jurisprudencial es evidente, dado que, la mayoría de las sentencias enunciaban en su revisión de normatividad internacional los conceptos e interpretación de la CDPD. A pesar de esto, algunos fallos seguían dando prioridad al modelo médico-rehabilitador de la discapacidad, supeditando la autonomía de la persona a un dictamen médico, ahora bien, cuando esto ocurría, algún magistrado emitía un salvamento de voto, realizando un análisis objetivo de las carencias que había tenido la Corte al fallar en ese sentido.

Finalmente es de resaltar, la decisión tomada por la Corte en la sentencia C- 182 de 2016, la cual en sus recomendaciones a los jueces determinó que, se debe presumir la capacidad jurídica de las PcD con respecto de las decisiones referidas a sus derechos personalísimos, como los sexuales y reproductivos. Este criterio obedece a la influencia de la mentada ley y al modelo social de la discapacidad, resaltando el valor de sus decisiones, y como el Estado debe ser el primero, en respetarlas, por medio de las entidades, instituciones, pero sobre todo a través de decisiones judiciales que respeten los derechos sexuales y reproductivos de las PcD.

3.3 PROYECTO DE LEY 027 DE 2017

Por medio de este proyecto de ley se busca obedecer lo contemplado en la sentencia T 573 de 2016 donde la Corte exige unos plazos al Ministerio de Justicia y del derecho para la creación de una ley que contemple un sistema de apoyos del que trata la CDPC para que sean abolidas todas las formas de supresión de la capacidad jurídica de las PcD, es así como en abril de 2017 se presentó el proyecto de ley 027 el cual tiene por objeto establecer las medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las PcD mayores de edad y al acceso de apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma indicando así que la ley tiene que interpretarse de acuerdo a la CDPC y demás convenciones sobre los derechos humanos aprobados por Colombia que integren el bloque de constitucionalidad.

Así las cosas, el proyecto define a los apoyos como tipos de asistencia que se prestan a la PcD para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales. De igual forma, estos apoyos pueden ser formales e informales, su diferencia radica en la formalización por medio de los procesos legales nacionales. Como indica la norma así:

“Artículo 11. Ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad legal. Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con apoyos para la realización de los mismos.

La capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume. La necesidad de ajustes razonables para la comunicación y comprensión de la información, tales como intérpretes, guías intérpretes, dispositivos tecnológicos, entre otros, no desestima la presunción de la capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente.

Artículo 12. Acciones de las personas de apoyo. Entre las acciones que pueden adelantar las personas de apoyo para la celebración de actos jurídicos están los siguientes, sin perjuicio de que se establezcan otros adicionales según las necesidades y preferencias de cada persona:

1. Facilitar la manifestación de la voluntad y preferencias de la o el titular del acto jurídico para la realización del mismo, habiendo discutido con la persona las consecuencias o implicaciones de sus actos.
2. Facilitar la comprensión de un determinado acto jurídico a su titular
3. Representar a la persona en determinado acto jurídico a través de poder o mandato.

Interpretar de la mejor manera la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto jurídico, en los casos en que esta se encuentre absolutamente imposibilitada para interactuar con su entorno por cualquier medio. 5. Honrar la voluntad o preferencia de la o el titular del acto jurídico, establecida a través de una directiva anticipada.

Artículo 13. Condiciones indispensables para realizar los apoyos. Los apoyos para la realización de actos jurídicos deberán cumplir con las siguientes condiciones:

- 1). Necesidad. Habrá lugar a los apoyos sólo en los casos en que la persona titular del acto jurídico los solicite o en los que, aún después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer de forma inequívoca la voluntad de la persona titular del acto jurídico.
- 2). Primacía de la voluntad de la persona titular del acto jurídico. Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deberán siempre responder a la voluntad de la persona titular del mismo.

En los casos en los que, aún después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer la voluntad de la persona de forma inequívoca, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, previas manifestaciones de la voluntad en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

- 3). Correspondencia. Los apoyos que se presten para tomar decisiones deben corresponder a las circunstancias específicas de cada persona.
- 4). Duración. Los apoyos utilizados para celebrar un determinado acto jurídico deberán ser instituidos por períodos de tiempo definidos y podrán ser prorrogados dependiendo de las necesidades de la persona titular del mismo. Ningún apoyo podrá establecerse por períodos superiores a los establecidos en la presente Ley.

5). Imparcialidad. La persona o personas que presten apoyo para la realización de actos jurídicos deben, en el ejercicio de sus funciones como apoyo, obrar de manera ecuánime en relación con dichos actos.

Ello implica, entre otras cosas, que las personas que prestan apoyo deben actuar en congruencia con lo establecido en el numeral segundo de este artículo, respetando siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, con independencia de si quien presta apoyo considera que debería actuar de otra manera, respetando también el derecho a tomar riesgos y cometer errores. Así mismo, las personas que prestan el apoyo no podrán influenciar indebidamente la decisión. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.

Es destacable, que en todo momento debe primar la voluntad de la persona titular del apoyo, sin embargo, en caso de que no se pueda determinar completamente, se debe utilizar el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto. A pesar de lo anterior, los apoyos utilizados deberán tener un límite de tiempo definidos, con posibilidad de prorrogación dependiendo de las necesidades de la persona titular del mismo.

Dentro del proyecto de ley es posible encontrar los criterios que determinó la Corte Constitucional en su sentencia precedente sobre DSR de las PcD la T 573 de 2016 pues en el artículo 5 se indica que “Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos”.

Es evidente, que estamos ad portas de un proceso transformador y un cambio sustancial de paradigma, habrá una gran resistencia por parte de muchos sectores de la sociedad, incluso en el ámbito jurídico, no faltaran los operadores judiciales que sean reticentes a la adopción de esta nueva ley, sin embargo, una vez

aprobado dicho proyecto de ley, el impacto generado requerirá de una exhaustiva capacitación no solo a las autoridades judiciales, si no también a la sociedad en general, al ciudadano de a pie, y a las familias de las PcD, para que se concienticen acerca de su aplicación, y se derriben los mitos y las ideas erróneas que se han contruido por generaciones y que han acarreado la violación sistemática de los derechos sexuales y reproductivos de las PcD.

Se espera que este proyecto sea aprobado para que por fin después de casi diez años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sean reconocidos como sujetos de derecho y se deje atrás el sistema de curaduría que vulneraba directamente su integridad y dignidad personal, tal como está contemplado en su artículo 48, el cual prohíbe iniciar procesos de interdicción o inhabilitación, además el artículo 50, determina que los procesos de interdicción que estén en curso, serán suspendidos. Lo anterior, con el objetivo de ser concordantes con el espíritu de la Convención, el cual propugna por una capacidad jurídica de las PcD, reflejado en su artículo 12.

4. CONCLUSIONES

Como fue posible apreciar dentro del esbozo histórico realizado, en cada época de la historia las personas en condición de discapacidad fueron discriminadas, marginadas, alejadas de la sociedad manteniéndolas privadas no solo de sus derechos sino también de la vida en sí misma, sin embargo fue en la edad primitiva, en donde los primeros seres humanos daban una lección de humanidad, al tratar como iguales a quienes fueran diferentes por sus condiciones físicas o mentales, se observó cómo contrariando los mitos históricos y sociales, cuidaban a las PcD, desde niños e incluso gracias a estas actitudes de inclusión algunos pudieron llegar hasta una edad avanzada, lo que nos permite dilucidar, que la discapacidad no se encuentra en las personas como tal, sino en una sociedad carente de valores y de sentido humano, que se escuda en las estructurales religiosas, políticas y también jurídicas para mermar los derechos de las PcD, aún más su capacidad de decidir respecto de su salud sexual y reproductiva.

Dentro del tema que le compete a la investigación fue posible determinar que aunque la Corte Constitucional en muchos de sus fallos haya hecho un retroceso en el reconocimiento de los DSR de las personas en condición de discapacidad es la misma quien ha propugnado y contribuido en un desarrollo para los DSR esto pues fue la Corte quien reconoció el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, la no discriminación de las personas que viven con VIH, la autonomía reproductiva de las personas con discapacidad y los derechos a las parejas del mismo sexo a la pensión, a ser beneficiario del sistema de salud, entre otros.

Lo anterior teniendo en cuenta que en muchos de sus fallos jurisprudenciales referentes a los DSR de las PcD desaparece el Estado de Derecho y el activismo de la Corte Constitucional desconoce las normas constitucionales e incluso las internacionales y deja que sus decisiones se basen en concepciones ideológicas,

axiológicas, morales de sus magistrados. Deduciéndose que se estaría violando el principio de legalidad y por ello la Corte legitimaría el método de interpretación valorista.

Se resalta que estaría peligrando el control jurídico pues como se pudo apreciar que desde los fallos modifican la ratio decidendi a su criterio y no existió sino hasta el año 2016 con la sentencia T 573 un precedente judicial que diera la importancia que merece el tema de los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad a pesar que se estaban profiriendo fallos desde la creación de la Corte misma.

Dentro de este fallo se garantizan no sólo los DSR de las PcD sino también todos los derechos que se encuentran dentro de la CDPCD que fue ratificada por Colombia, eliminando así la figura del consentimiento sustituto y protegiendo la presunción de capacidad jurídica para la toma de decisiones de forma libre y autónoma referentes a su vida personal y entorno social.

Igualmente se pudo establecer que la ley 1346 de 2009, la cual aprueba la Convención de las personas en condición de discapacidad, inauguró un marco de protección que tuvo como finalidad superar la idea de discapacidad como un padecimiento, asociado a limitaciones físicas, psicológicas y fisiológicas que requieren tratamiento, como cambio a este paradigma se da el reconocimiento de su capacidad jurídica, el poder tomar decisiones libres y responsables frente a cualquier asunto, incluyendo lo relativo al matrimonio y a la familia.

Del análisis jurisprudencial también es posible deducir que el ejercicio de los DSR de la población en condición de discapacidad ha estado acompañado de obstáculos de carácter religiosos y sociocultural que tiene como trasfondo la negación de la autonomía y la capacidad de las mujeres para decidir sobre su cuerpo, su

sexualidad y su reproducción, pues son estas quienes en su mayoría protagonizan las acciones de tutela estudiadas.

Resulta ambiguo que después de estipularse la política sobre los derechos sexuales y reproductivos del Ministerio de Salud y Protección Social del año 2010, en donde es claro desde el enfoque de los derechos que se debe respetar a cada individuo independientemente de su condición social, física o psicológica la libertad de decidir autónomamente sobre sus derechos sexuales y derechos reproductivos como que resultan ser una base para el goce efectivo de otros derechos como el de la igualdad, libertad y dignidad, se produzcan fallos que contraríen no sólo esta política sino toda la normatividad internacional que Colombia ha ratificado mediante el bloque de constitucionalidad.

La Corte al emitir el fallo no los tome como referente entendiendo que esta es una política basada en la normatividad internacional y cuya finalidad es la de velar por la salud integral, salud sexual y salud reproductiva de las personas y su entendimiento como medio para que el bienestar físico y mental sea posible, para los pueblos, grupos y comunidades de este vasto país sin ningún distingo propiciado en la diferencia o en las condiciones de vulnerabilidad en que puedan encontrarse inmersos y donde el enfoque de derechos, género y diferencial sea realmente materializado a través de la prestación de servicios de calidad, humanizados, dignos y solidarios, así las cosas, dentro de la población vulnerable se encuentran las personas en condición de discapacidad quienes gozan no solo de la protección del estado como sujeto en estado de indefensión sino a quienes respaldan los organismos internacionales en la defensa de la reivindicación de sus derechos principalmente en lo referente a sus derechos sexuales y reproductivos.

Así las cosas es absolutamente necesario que los jueces de tutela superen la idea de que una sentencia de interdicción basta para que a una PcD se le realicen procedimientos quirúrgicos definitivos que vulneren directamente sus derechos, no

sólo los relativos a la sexualidad sino a la libertad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, igualdad reconocidos constitucional e internacionalmente. Esto constituye una vulneración directa a sus derechos, especialmente a las mujeres a quienes se les discrimina en razón a su condición y a su género.

Tomando como referente la sentencia T 573 de 2016 en la que la Corte exige unos plazos al Ministerio de Justicia y del derecho para la creación de una ley que contemple un sistema de apoyos del que trata la CDPC para que sean abolidas todas las formas de supresión de la capacidad jurídica de las PcD, es así como en abril de 2017 se presentó el proyecto de ley 027 el cual tiene por objeto establecer las medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las PcD mayores de edad y al acceso de apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma indicando así que la ley tiene que interpretarse de acuerdo a la CDPC y demás convenciones sobre los derechos humanos aprobados por Colombia que integren el bloque de constitucionalidad.

Dentro del proyecto de ley es posible encontrar el criterio del que trató la Corte Constitucional en su sentencia precedente sobre DSR de las PcD la T 573 de 2016 pues en el artículo 5 se indica que “Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos”. Se espera que este proyecto sea aprobado para que por fin después de casi diez años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sean reconocidos como sujetos de derecho y se dejé atrás el sistema de curaduría que vulneraba directamente su integridad y dignidad personal, igualmente se manifiesta que es necesario que junto con la ley se brinde capacitación a toda autoridad judicial para que se concienticen acerca de su aplicación, esto es apenas el inicio de un largo camino hacia un total reconocimiento no solo por parte de la normatividad sino de la sociedad en general.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUDH. Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la Quinta reunión del Comité Especial de la CDPD, sobre el asunto de la capacidad jurídica. Nueva York, 2005, Pág. 13.

AGUADO Díaz, Antonio León. Historia de las deficiencias. Madrid. Escuela Libre Editorial. Fundación Once, 1995. Pág. 64.

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Decreto 2737 Noviembre 27 de 1989. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4829>

AMOR, Pan José Ramón. Afectividad y sexualidad en la persona con deficiencia mental. Consultado el 30 de mayo de 2017. Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=p-fB3ISF4oMC&pg=PA41&lpg=PA41&dq=john+locke+retraso+mental&source=bl&ots=tXw1npAjZg&sig=24qBfP9fIB5zU08vc4qx15Or9aA&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwimkon9xpjUAhXFRyYKHbmtDrUQ6AEIPjAH#v=onepage&q=john%20locke%20retraso%20mental&f=false>

ANGEL, Miguel. La esclavitud de indígenas y negros en la época colonial. Consultado el: 04 de abril de 2017. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/expertos/articulo/la-esclavitud-de-indigenas-negros-en-la-epoca-colonial/324348>

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución 48/96. Normas Uniformes representan el firme compromiso moral y político de los gobiernos respecto de la adopción de medidas encaminadas a lograr la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/standardrules.pdf>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Consultado el 02 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 15. Consultado el 06 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-15>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 25. Consultado el 06 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-15>

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 13. Consultado el 02 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

ASAMBLEA NACIONAL. REPÚBLICA DE ECUADOR, PLENO. Registro Oficial 526 Segundo Suplemento. Consultado el: 12 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.oficial.ec/ley-reformatoria-codigo-civil>

BACHRACH, Susan. Ph.D. In the Name of Public Health – Nazi Racial Hygiene. Perspective Magazine. Consultado el: 20 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.ushmm.org/m/pdfs/07192004-nazi-racial-hygiene-bachrach.pdf>

BAQUERO, R. Desarrollo psicológico y escolarización en los Enfoques Socio-Culturales: nuevos sentidos de un viejo problema. En: Avances en Psicología Latinoamericana, 27(2), 2009. Pág. 263-280.

BARNES, C. Disabled People in Britain and Discrimination, Londres, Hurst & Co.

BARRENA, Guadalupe. Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Consultado el 15 de Julio. Pág. 18. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf>

BEBES Y MÁS. Infección puerperal: La infección puerperal es una de las complicaciones postparto, una inflamación séptica, localizada o generalizada, que se produce en los primeros 15 días tras el parto como consecuencia de las modificaciones y heridas que el embarazo y parto causan sobre el aparato genital. Consultado el: 21 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.bebesymas.com/postparto/la-infeccion-puerperal>

BETANCOR Curbelo, Diego. Leyes Norteamericanas de Esterilización Eugénica. Oliver Wendell Holmes y El caso Buck vs. Bell. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Consultado el 19 de Abril de 2017 Disponible en: http://acceda.ulpgc.es/bitstream/10553/81111/1/0233586_00007_0002.pdf

BONMATÍ, Alejandro. El caso de Elvis el viejo de la Sima de los Huesos. Dendra Médica. Revista de Humanidades. Consultado el: 9 de Marzo de 2017. Disponible en: http://www.dendramedica.es/revista/v10n2/El_caso_Elvis.pdf

BONMATÍ, Alejandro. El caso de Elvis el viejo de la Sima de los Huesos. Dendra Médica. Revista de Humanidades. Consultado el: 9 de Marzo de 2017. Disponible e: http://www.dendramedica.es/revista/v10n2/El_caso_Elvis.pdf

CADENA Monroy, Luis Álvaro. ¿Una nueva especie homo?. Revista colombiana de Bioética. Consultado el: 11 de Marzo de 2017. Disponible en: http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/Revista/pdf_revistacolbio/revcolbio10_2.pdf#page=11

CANDLES. Acrónimo de Children's of Auschwitz Nazi's Deadly Lab Experiments Survivors que traduce: Niños Supervivientes de los Mortales Experimentos Nazis de Auschwitz.

CARTILLA MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Discapacidad en la primera Infancia: Una realidad incierta en Colombia. Marzo de 2013. Bogotá D.C.

CHECKLAND, S. y CHECKLAND, O. (eds.) 1974 The Poor Law Report of 1834 (Harmondsworth: Penguin). Consultado el: 14 de Marzo de 2017. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/clacso/crop/glosario/l.pdf>

COBBAN, Alfred. Siglo XVIII: Europa en la época de la Ilustración. Volumen 9. Consultado el: 28 de Mayo de 2017. Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=AXGVdoGEY2wC&dq=que+es+la+ilustracion++epoca&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjKwcOz_JPUAhUFOSYKHZn9CRgQ6AEIJTAB

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto de Colombia, adoptadas por el comité en su sexagésimo periodo de sesiones (del 12 al 30 de enero de 2015) Consultado el: 20 de Agosto de 2017. Pág. 18. Disponible en: http://www.campanaderechoeducacion.org/primerainfancia/wp-apyus/wp-content/uploads/2015/06/Observaciones_Finales_CDN_TraduccionNoOficial1-1.pdf

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N°1 Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014

CONCEJO DE BUCARAMANGA. Acuerdo 005 de 14 de Abril de 2009. Consultado el 28 de junio de 2017. Disponible en: http://www.concejodebucaramanga.gov.co/proyectos2016/PROYECTO_DE_ACUERDO_027.pdf

CONGRESO DE COLOMBIA. Diario Oficial 43.471. Ley 1306 de 2009. 05 de Junio. Consultado el: 03 de julio de 2017. Disponible en: http://fundacionparalasamericas.org/wp-content/uploads/2013/12/Ley_1306-de-2009.pdf

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1751 de 2015. 17 de Febrero. Consultado el 10 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.ins.gov.co/normatividad/Leyes/LEY%201751%20DE%202015.pdf>

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1752 de 2015. Diario Oficial 49531 de junio 03 de 2015. Bogotá. Juan Manuel Santos Calderón.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 74 de 1968. 06 de Diciembre. Consultado el: 26 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4b0d3ebb2.pdf>

CONGRESO DE COLOMBIA. LEY 1145 DE 2007. Diario Oficial. Julio 10 de 2007. Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones. Artículo 1.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 4444 de 2006. Prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo de que trata la Sentencia C 355 de 2006, esto para lograr que en estos eventos no constitutivos del delito de Aborto, el servicio debe proveerse asegurando que los abortos sean seguros y accesibles.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1346 de 2009. Diario Oficial No. 47427. 31 de julio de 2009. Pág. 54.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1412 de 2010. 19 de octubre de 2010. Consultada el 20 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley141219102010.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 361 de 1997. 7 de febrero. Bogotá DC. Publicada en el Diario Oficial No. 42.978.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley Estatutaria 1618 de 2013. Febrero 27 de 2013. Diario Oficial: 48.717.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2737 de 1898 por el cual se expide el Código del Menor. 27 de Noviembre de 1899. Bogotá DC.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1306 de 2009. Diario Oficial No. 47.371 de 5 de junio de 2009. Consultado el: 07 de Septiembre de 2017. Disponible en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1306_2009.htm

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Artículo 48. Consultado el 06 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-15>

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Suscrita en la ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999. Organización de los Estados Americanos. Ratificada por Colombia el 01 de marzo de 2000. Consultado el: 16 de Junio de 2017 Disponible en:

http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/064dd_OEA-1999%20DISCAPACIDAD.PDF

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 478 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 174 de 2004. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente D – 4769.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 313 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza. Referencia: expediente PE – 040.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 531 de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente D – 2600.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 227 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Referencia: expediente T – 669050.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 666 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. Referencia: expediente T – 867202.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 666 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes. Referencia: expediente T – 867202.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-518 de 2006, del M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 414 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Expediente T 534

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C – 478 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D 4324. Consultado el 19 de Junio de 2017. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-478-03.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 1088 de 2004. MP: Jaime Cordoba Triviño. 03 de noviembre de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SENTENCIA C 109 – 1995. MP: Alejandro Martínez Caballero. Demanda No. D 680. Normas acusadas: Artículo 3 de la ley 75 de 1968.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 182 de 2016. Demanda artículo 6 de la Ley 1412 de 2010. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 13 de abril de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 189 de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D – 5948.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 189 de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D – 5948.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 293 de 2010. MP: Nilson Pinilla Pinilla. Revisión Constitucional Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se ratifica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 606 de 2012. Magistrada Ponente: Adriana María Guillén Arango. Referencia: expediente No. D – 8871.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 640 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Referencia D – 7999.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 671/2014. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Actor: Carlos Parra Dussan. Expediente D- 110118. Bogotá, Septiembre 10 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 765 de 2012. MP: Nilson Pinilla Pinilla. 03 de octubre de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C 983 de 2002. MP: Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 207 de 1999. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T 760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 274/15 MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

CUCALA, Marta. La discapacidad en la prehistoria. Fórum de recerca. Consultado el: 9 de Marzo de 2017. Disponible en: www.repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/132168/10.%20Cucala%2c%20Marta%20-%20La%20discapacidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Consultado el: 05 de Junio de 2017. Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Historia. Consultado el: 29 de junio de 2017. Disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2012 Consultado el: 20 de junio de 2017 Disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticassociales/calidad-de-vida-ecv>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. Seguridad social. Consultado el: 09 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/derechos/seguridad-social>

DI NASSO, Patricia. Mirada Histórica de la Discapacidad. Edición de la Fundación Cátedra Iberoamericana, 2004. Consultado el 27 de marzo de 2017. Disponible en: http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/

DI PIETRO, Alfredo. Manual de derecho Romano. Cuarta edición, pág., 82.

DICCIONARIO USUAL. Real Academia Española. Definición privacidad. Consultado el: 05 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=privacidad>

El derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores. ¿Qué es el derecho al trabajo?. Consultado el: 10 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/derechos/trabajo>

EL MUNDO. Un “tsunami de corrupción” en Colombia. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en:

<http://www.eltiempo.com/multimedia/especiales/corrupcion-en-colombia/15798518/1/index.html>

ENCICLOPEDIA DEL HOLOCAUSTO. UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. Consultado el 10 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007585>

ENGELS, Frederick. La situación de la clase obrera en Inglaterra. Consultado el: 07 de Junio de 2017. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/me/1840s/situacion/>

ESCOBAR, Federico. Práctica de Derecho Romano: Personas y Bienes. Consultado el: 15 de febrero de 2017. Disponible en: https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/5258/1/6apendices.pdf

ESQUIROL Dominique, Jean Étienne. Las pasiones consideradas como causas, síntomas y medios para curar casos de locura. Pág 198. ISBN: mkt003132322.

EXPERIMENTACIÓN EN SÍFILIS HASTA LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: Historiay reflexiones éticas. Consultado el: 21 de marzo de 2017. Disponible en: <http://actasdermo.org/es/experimentacion-sifilis-hasta-segunda-guerra/articulo/S000173101300358X/#bib0060>

FERREIRA, M.A.V. Un nuevo concepto para la comprensión de la acción social: la transductividad creativa de la práctica cotidiana. Intersticios. 2007.

FERRERIRA, Miguel A. La Construcción social de la discapacidad: hábitos, estereotipos y exclusión social. Universidad de Murcia. Consultado el: 09 de julio de 2017. Disponible en:

http://www.mferreira.es/Documentos_nuevo/Discapacidad_NOMADAS_MFerreira.pdf

LEY SOBRE PREVENCIÓN DE LA DESCENDENCIA CON ENFERMEDADES CONGÉNITAS del 14 de julio de 1933. Consultado el: 20 de marzo de 2017. Disponible en: <http://learning-from-history.de/sites/default/files/attach/8663/b018t06s.pdf>

FUNDACIÓN HUÉSPED. Prevención, Ciencia y Derechos. Derechos Sexuales y Reproductivos. Consultado el: 20 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/que-son-y-cuales-son/>

GODIO, Julio. Los orígenes del movimiento obrero. CEAL. Buenos Aires, 1971.

GOMEZ Frode, Carina. Eugenesia: moralidad o pragmatismo. Gaceta Médica de México. Consultado el: 25 de Abril de 2017. Disponible en: http://www.anmm.org.mx/GMM/2013/n4/GMM_149_2013_4_476-480.pdf

GONZALES, Pablo. Josef Mengele y sus aterradores experimentos. Video. Consultado el 09 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=dXAUQarknKo>

GRACIANO. Concordia disconcordantium canonum. Año 1150.

GUIA DE ONGS. Consultado el: 14 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.guiaongs.org/>

GUZMÁN Castillo, Francisco. El Binomio Discapacidad – Enfermedad. Un análisis crítico. Revista Internacional de Humanidades Médicas. Fundación Iatrós. Consultada el: 16 de marzo de 2017. Disponible en: http://uvsalud.univalle.edu.co/escuelas/rehabilitacion/Logros/Publicaciones/585_el_binomio_discapacidad-enfermedad._un_analisis_critico.pdf

HERNÁNDEZ Gómez, Ricardo. Antropología de la discapacidad: Un enfoque humanístico de la discapacidad. 2001. Consultado el: 15 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Lectura%203.8.18.antrop.discapac.pdf

HERRERO Lapaz, Nuria. Los neandertales los grandes marginados de la evolución humana. Revista Atlantica-Mediterranea de Prehistoria y Arqueología social. Consultado el: 13 de Marzo de 2017. Pág. 44. Disponible en: <http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/8971/17214737.pdf?sequence=1>

HESSE, Hermann. Siddarta. Libro Digital. Consultado el: 01 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.itvalledelguadiana.edu.mx/librosdigitales/Hermann%20Hesse%20-%20Siddharta.pdf>

HUNT Paul, nacionalidad neozelandesa y británica, profesor y miembro del Centro de Derechos Humanos, Universidad de Essex, Waikato, especialista en temas de internacionales y derechos humanos.

INFORME MUNDIAL SOBRE LA DISCAPACIDAD. 2011. Consultado el 20 de Junio de 2017. Disponible en: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/accessible_es.pdf?ua=1

INSTITUTO NACIONAL PARA CIEGOS (INCI). Disponible en:
<http://www.inci.gov.co/home/content/somos-inc>

INSTITUTO NACIONAL PARA SORDOS (INSOR). Disponible en:
<http://www.insor.gov.co/61-anos-dejando-huella/>

INSTITUTO NACIONAL PARA SORDOS. MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Declaración de Cartagena sobre las políticas integrales para las personas con discapacidad en el área iberoamericana. Consultado el: 16 de Septiembre de 2017. Disponible en:
[http://www.insor.gov.co/descargar/declaracion_cartagena_politica_discapacidad.p
df](http://www.insor.gov.co/descargar/declaracion_cartagena_politica_discapacidad.pdf)

INTEF. Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación de Profesorado. Objetivos día internacional discapacidad. Consultado el 14 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.ite.educacion.es/fr/inicio/noticias-de-interes/732-3-de-diciembre-dia-internacional-de-las-personas-con-discapacidad>

JUAREZ Acosta, Fernando. Aceptación o rechazo: Perspectiva histórica sobre la discapacidad, la rehabilitación y la psicología de la rehabilitación. Psicología y Salud. Consultado el: 9 de febrero de 2017. Disponible en:
<http://revistas.uv.mx/index.php/psicysalud/article/viewFile/771/1380>

Justicia social para personas con discapacidad. Consultado el: 10 de Septiembre de 2017. Disponible en: http://www.ilo.org/lima/sala-de-prensa/WCMS_493963/lang--es/index.htm

KRAMER Heinrich. SPRENGER Jacobus. Malleuos Malificarum. El Martillo de los Brujos. Consultado el: 12 de marzo de 2017. Disponible en:
<http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusEspanol1.pdf>

La historia de Lynchburg. La esterilización eugenésica en América. The Lynchburg Story, produced by Bruce Eadie, made by Worldview Pictures in association with Discovery Networks and Channel Four, 1993.

LEYES DE MANU, Libro Séptimo. Conductas que deben observar los reyes y la clase militar.

LOCKE, John. Ensayo sobre el entendimiento humano. Fondo de Cultura Económica, México. 1982.

LUTERO, Martín. Traducido por: CAMACHO, Harold Ph. Comentario sobre la epístola de los Gálatas 1535.

MC ADAM, Doug. MC CARTHY John D. ZALD, Mayer. Movimientos Sociales: Perspectivas Comparadas. Oportunidades políticas, estructuras de movilización y marcos interpretativos culturales. Traducción de: Sandra Chaparro. Ediciones Itsmo, S.A. Madrid, España. 1999

MEDICINA Y HOLOCAUSTO. El Castillo de Hartheim. Centro de “Eutanasia” nazi. 15 de mayo de 2012. Disponible en: <http://medicinayholocausto.blogspot.com.co/2012/05/el-castillo-de-hartheim-centro-de.html>

MEDLINE PLUS. Síndrome de Prader-Willi. Consulta el: 13 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001605.htm>

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2003. Bogotá DC. Consultada el: 20 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/POL%C3%8DTI>

CA%20NACIONAL%20DE%20SALUD%20SEXUAL%20Y%20REPRODUCTIVA.pdf.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Balance del proceso reglamentario Ley 1618 de 2013. Consultado el: 16 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/documento-balance-1618-2013-240517.pdf>

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Libro Política sobre Derechos Sexuales y Reproductivos en Colombia. Consultado el: 20 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%2010.pdf>

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Página Oficial. Consultado el 22 de Junio de 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/Sistema%20Nacional%20de%20Discapacidad.aspx><https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/Sistema%20Nacional%20de%20Discapacidad.aspx>

MOROS Peña, Manuel. Los médicos de Hitler. Colección Historia Incógnita. Consultado el: 03 de Mayo de 2017. Disponible en: <https://books.google.com.co/books?id=c2uPAwAAQBAJ&pg=PT441&dq=hitler+experimentos+retrasados&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwiTiKGco9LTAhVDKCYKHVjKDfMQ6AEIITAA#v=onepage&q=hitler%20experimentos%20retrasados&f=false>

NACIONES UNIDAS CENTRO DE INFORMACIÓN- MÉXICO, CUBA Y REPUBLICA DOMINICANA. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en:

<http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/integracion/ares2856xxvi.htm>

NACIONES UNIDAS. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

NATIONAL GEOGRAPHIC ESPAÑA. Artículo. Consultado el 16 de marzo de 2017 Disponible en: http://www.nationalgeographic.com.es/historia/actualidad/la-vida-de-martin-lutero_7744

OBSERVACIÓN GENERAL NO. 5: Las personas con discapacidad. Consultado el: 10 de Agosto de 2017. Disponible en: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>

OLSEN, Richard; CLARKE, Harriet. Parenting and Disability. Disabled parent's experiences of raising children.

ONG de Colombia denunciaron casos de tortura ante la ONU. 01 de Mayo de 2015. Consultado el: 02 de Julio de 2017. Disponible en: http://elmundo.com/portal/noticias/derechos_humanos/ong_de_colombia_denunciaron_casos_de_tortura_ante_la_onu.php#.WVrNjtM1-5Q

Organización Estados Americanos (OEA). Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Consultado el: 10 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm>

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo 26. Consultado el 15 de Julio de 2017. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

PARRA Dussan, Carlos Alberto. Abogado con doctorado en derechos fundamentales Universidad Carlos III de Madrid, España. Convalidado por el Ministerio de Educación Nacional bajo la resolución No. 5505 de 2010. Profesor de derecho en la Universidad Sergio Arboleda.

PINTO Lozano, Luz Maria. Hermenéutica Jurídica. 29 de abril de 2013. Consultado el: 19 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://docenteuniciencia.blogspot.com.co/2013/04/hermeneutica-juridica.html>

PORTILLO, Luis. La Revolución Industrial. Consultado el: 06 de Junio de 2017. Disponible en: http://www.finanzasparatodos.es/gepeese/es/inicio/laEconomiaEn/laHistoria/revolucion_industrial.html

PREPARACIÓN DE INFORMES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consultado el 24 de Julio de 2017. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/manualhrr2bsp.pdf> pág. 91/105

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2082 de 1996. En desarrollo de lo dispuesto en el capítulo 1 del título III de la ley 115 de 1994.

PRIETO, Fernando. La Revolución Francesa. Colección Historia en sus textos. Ediciones Itsmo, 1989.

PROGRAMA ACCIÓN MUNDIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 1982. Página web Naciones Unidas. Consultado el: 11 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/diswps01.htm>

Psicología y Salud, Vol. 16, Núm. 2: 187-197, Julio - Diciembre de 2006

RED Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consultado el: 08 de Septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.escr-net.org/es/derechos/seguridad-social>

REDACCIÓN LOCAL. Por casos de discriminación la población con discapacidad, marchará. Consultado el: 15 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.vanguardia.com/area-metropolitana/bucaramanga/300584-poblacion-con-discapacidad-marchara-por-la-dignidad>

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2014/A173-14.htm> - _ftn40

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-814/11. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-814-11.htm>

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-850/02. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-850-02.htm>

REVISTA DIGITAL DE HISTORIA Y CIENCIAS SOCIALES. Escuadras de protección. Cuerpo elite dentro del nazismo encargado de poner en práctica la erradicación mediante asesinato de todos los judíos en los campos de concentración de los cuales tenían custodia. Consultado el: 04 de Mayo de 2017 Disponible en: <http://www.claseshistoria.com/fascismos/n-ssoficiales.htm>

RIQUELME, Horacio. La medicina nacionalsocialista: ruptura de cánones éticos en una perspectiva histórica cultural. 1998

RIVERA, Alicia. Atapuerca cuidó de Benjamina. Diario el País. Consultado el: 10 de Marzo de 2017. Disponible en: http://elpais.com/diario/2009/03/31/sociedad/1238450407_850215.html

RODRIGUEZ, David. La Cruz de las madres. Consultado el 06 de Mayo de 2017. Disponible en: <http://bibliotecasegundaguerra.blogspot.com.co/2012/11/la-cruz-de-las-madres-la-cruz-de-las.html>

RODRIGUEZ, Zepeda Jesús. Definición y concepto de la no discriminación. Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal. 2005. Consultado el: 15 de Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32513404>

RUGGERI, Amanda. Bedlam: el hospital psiquiátrico londinense que se convirtió en un “palacio para lunáticos” en el siglo XVII. Revista BBC Mundo. Consultado el 10 de Abril de 2017. Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/vert-cul-38517703>

SANCHEZ, Luis Manuel. Nómadas en los barro: Los primeros pobladores de Villafranca. El Hijoal. Consultado el: 15 de Marzo de 2017 Pág. 21. Disponible en: <https://amuvimuseovillafranca.files.wordpress.com/2013/11/el-hinojal-n2-remuvi-mayo-2014.pdf>

SANZ, Javier. La Eugenesia en EEUU: Más de 65.000 personas fueron esterilizadas. Consultado el 05 de abril de 2017. Disponible en: <http://historiasdelahistoria.com/2012/10/17/la-eugenesia-en-eeuu-mas-de-65-000-personas-fueron-esterilizadas>

SATORI de Azocar, María Luisa. Discapacidad y Representaciones Sociales de la Educación Especial a la Educación Inclusiva. 1ª edición. Universidad Nacional de San Juan, 2010. Consultado el: 15 de marzo de 2017. Disponible en:

<http://www.unsj.edu.ar/descargas/institucional/comisionDiscapacidad/libroSartoriM ariaLuisa.pdf>

SCHEERENBERGER RC. A history of mental retardation.

SUPREME COURT UNITED STATES. Buck vs Bell. 1927. Consultado el 21 de Abril de 2017. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona61/61Buck.htm>
Traducido por: Tomas Dostal Freire.

TALAMONTI, Daniela. Discapacidad y capitalismo. 4 de diciembre de 2014. Consultado el: 13 de Junio de 2017. Disponible en: <http://www.laizquierdadiario.com/Discapacidad-y-capitalismo>

TAMAYO Jaramillo, Javier. La decisión Judicial – Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Editorial DIKE. ISBN: 978-958-731-696.

TELLO Alcaide, Rocío. INMACULADA, Sancho Frías. Potenciación de la autonomía en personas con discapacidad intelectual desde la perspectiva de los derechos humanos. Universidad de Granada. Departamento Trabajo social y servicios sociales. Ponencia. Consultada el: 13 de Septiembre de 2017. Disponible en: <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel4/sesion3/isancho@ugr.es/TCPONENCIAPANEL4ENVIADA.pdf>

TELLO, Hernández Esther. Aportación al estudio de las cofradías medievales y devociones en el reino de Aragón. Colección estudios de historia. Libro Consultado el 13 de marzo de 2017. Disponible en: http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/20/_ebook.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (OMS). Término Discapacidad. Consultado el 19 de Junio de 2017. Disponible en: <http://www.who.int/topics/disabilities/es/>

UIG DE LA BELLACASA, Ramón- Juan Luis Vives: Pobreza y Discapacidad. Archivo de video. 1993. (En línea). Consultado el 27 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=1lfbSCHjasE&t=726s>

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. La discapacidad desde el horizonte de los derechos humanos. Facultad de Jurisprudencia. Consultado el: 30 de Julio de 2017. Pág. 4. Disponible en: http://www.urosario.edu.co/Universidad-Ciencia-Desarrollo/ur/Fasciculos-Anteriores/Tomo-II-2007/PDF/2007_fasciculo13/revista

UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS. España: Artículo. Consultado el: 17 de marzo de 2017. Disponible en: http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/Historia.cid220290

UPRIMNY, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrina. Abril de 2017. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf

VALENCIA, Luciano Andrés. Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la Lucha por sus Derechos. 2014. Consultado el 30 de marzo de 2017. Disponible en: <http://www.rebelion.org/docs/192745.pdf>

ZAMBRANO Mutis, Ángela. Procesos de Interdicción para personas con discapacidad mental en Colombia. Consultado el: 07 de Septiembre de 2017. Disponible en: http://www.divorciosmedellin.com/sitio/contenidos_mo.php?it=128