



CONCEPTO 114 DE 2015

(Septiembre 21)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

10400/1760464667

Bogotá,

Señora

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Derecho de Petición de Consulta.

Radicado ICBF No. 1760464667 del 9 de agosto de 2015

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, la Ley 1755 de 2015, numeral 4, del Decreto 987 de

2012, se responde el derecho de petición sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

El peticionario fundamenta su solicitud en la sentencia T-740 de 2014, la Ley 1306 de 2009 y la Ley 1098 de 2006 y plantea como interrogantes generales los siguientes: 1. Si frente a niñas, jóvenes y adultas con discapacidad profunda declaradas en adoptabilidad, el defensor de familia puede autorizar el procedimiento anticonceptivo definitivo o requiere de autorización judicial previa. 2. Si para este trámite, es necesario que previamente exista declaratoria de interdicción y 3. Si hay procedimiento establecido por el ICBF frente a esta materia o corresponde al defensor de familia valorar la necesidad de adelantar o no dicha actuación.

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado, analizaremos los siguientes puntos: 2.1. Aclaración previa frente a los conceptos de discapacidad Leve, Moderada, Profunda y Severa. 2.2. Anticoncepción quirúrgica de niños, adolescentes y jóvenes con discapacidad mental 2.3. Interdicción y Licencia Judicial, para la práctica de procedimientos de esterilización en Personas con Discapacidad – Pautas de la Corte Constitucional. 2.4. Conclusiones.

2.1. Aclaración Previa. Sobre los conceptos de discapacidad leve, moderada, profunda y severa.

Los términos discapacidad leve, moderada, profunda y severa se definen teniendo en cuenta las tres variables que componen la discapacidad, a saber: I. Deficiencia corporal, II. Limitación en la capacidad de ejecución de actividades y III. Restricción de la participación que experimente la persona con discapacidad. En atención a lo anterior, no es fácil determinar el grado de discapacidad que presenta una persona por lo que en muchas ocasiones, se habla del grado de limitación asociado a su dependencia funcional.

Conforme con lo anterior, no es dable plantear, que los grados de discapacidad leve o moderada sean sinónimos de la discapacidad mental relativa o que a su turno, el de discapacidad profunda o severa lo sea de la condición de discapacidad mental absoluta, ya

que tal calificación dependerá de cada caso en particular, siendo necesario que el médico tratante, sea quien defina el grado y condición de discapacidad que se presenta.

A partir de lo antes dicho, no se debe hablar de tipos de discapacidad sino de la categoría de discapacidad para el registro de información y el establecimiento de los apoyos o facilitadores requeridos por los diferentes grupos establecidos, como se aclara en el "Lineamiento técnico para el programa especializado de atención a: niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con discapacidad con sus derechos amenazados, inobservados o vulnerados", aprobado mediante resolución No. 5928 del 27 de Diciembre de 2010.

2.2. Anticoncepción quirúrgica de niños, adolescentes, jóvenes y adultos con discapacidad mental.

La Ley 1412 de octubre 19 de 2010 "Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable", al abordar el tema de la anticoncepción quirúrgica de las personas con discapacidad mental y de menores de edad, establece, en el artículo 6 que "Cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial", en tanto que el artículo 7o de la citada Ley señala que "En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad".

Considerando lo anterior, se entiende que para los procedimientos de anticoncepción quirúrgica, el representante legal debe suscribir el consentimiento y la solicitud de la persona con discapacidad mental a quien se realizará el procedimiento, actuación que también requiere de autorización judicial previa. Así mismo, para el caso de niños, niñas y adolescentes, la ley establece como regla general la prohibición de realizar la anticoncepción quirúrgica.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en Sentencia C 131 de 2014, se pronunció sobre el asunto manifestando lo siguiente:

7.2.3. Sobre la prohibición de someter a los menores con discapacidad mental a la anticoncepción quirúrgica, esta Corporación consideró que es acorde con la Constitución, siempre que no exista un riesgo inminente de muerte certificado médicamente como

consecuencia del embarazo o cuando se trata de una discapacidad mental profunda o severa, evento en el cual se requerirá de previa autorización judicial.

7.2.4. La Corte insiste que las excepciones propuestas en los casos de grave e inminente riesgo a la vida, no implican una obligación sino una facultad en cabeza de los menores que se ejerce en los términos señalados en la presente providencia.

“(…) la posibilidad de realizar el procedimiento de esterilización bajo las condiciones señaladas no incluye a los niños en situación de discapacidad menores de 14 años, en razón a que, antes de esta edad, se presume que los niños no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a este tipo de procedimientos”.

Conforme con lo anterior, y haciendo un análisis integral y sistemático tanto de la ley como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se entiende que el defensor de familia actuando en calidad de representante legal de la persona mayor de edad con discapacidad mental y con pleno respeto de sus derechos fundamentales puede adelantar los trámites dirigidos a realizar la anticoncepción quirúrgica, no obstante dicha autorización debe ser soportada por el médico tratante y validada por la autoridad judicial correspondiente.

Para el caso específico de niños, niñas y adolescentes mayores de 14 años con discapacidad mental, el defensor de familia debe tener en cuenta que, solo cuando se den las excepciones establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia antes referida y en los precisos términos señalados en dicha providencia, es posible proceder a la anticoncepción quirúrgica, evento en el cual también resulta necesaria la autorización judicial correspondiente.

2.3. Interdicción y Licencia Judicial, para la práctica de procedimientos de Esterilización en Personas con Discapacidad – Pautas de la Corte Constitucional.

Ahora bien, además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha considerado que es importante destacar el grado de autonomía de la persona con discapacidad a efectos de propiciar la práctica o no de la esterilización en su persona, sin que haya lugar a la sustitución de plano de su consentimiento por parte de los representantes legales y siendo importante el cumplimiento, en todo caso, de las actuaciones necesarias para generar una intervención en debida forma, que corresponde en el caso de personas mayores de 18 años de edad con discapacidad, tanto a la declaratoria en situación de interdicción y así como a la obtención de licencia judicial que permita la

práctica del procedimiento de esterilización;^[1] mientras que en el caso de los menores de 18 años de edad con discapacidad, a la obtención de licencia judicial.

En ese sentido la Corte Constitucional señaló recientemente en Sentencia T-740 de 2014 que “(...) los padres o representantes legales no pueden atribuirse la facultad de decidir sobre la esterilización definitiva de sus hijos, a menos que: (i) se declare la interdicción, cuandoquiera que se trate de mayores de edad; o que (ii) exista una autorización judicial en el caso de menores de edad (...) y que “(...) ante la existencia de medidas menos lesivas de la autonomía personal que la intervención quirúrgica, se debe optar por no restringir el ejercicio de los derechos a la autonomía sexual y reproductiva de la persona en situación de discapacidad. Ello supone igualmente que las autoridades al momento de evaluar las diferentes medidas y alternativas existentes en materia de métodos de anticoncepción, deberán optar por los procedimientos que supongan la menor restricción del derecho a la autonomía de estas personas (...).

“(...) se debe maximizar el respeto por la autonomía de la persona en situación de discapacidad y minimizar la intromisión de los padres o representantes legales en la decisión de esterilización definitiva de los menores en situación de discapacidad o judicialmente declarados interdictos. Igualmente, ha señalado que la excepción a estos casos la constituyen aquellos eventos en los que se ha declarado la interdicción de adultos o la existencia de una autorización judicial en tratándose de menores de edad (...).

(...) una intervención quirúrgica de esterilización definitiva constituye una restricción intensa de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Por tanto, por razones que devienen de los mismos postulados constitucionales de protección de los derechos de sujetos de especial protección constitucional, como las personas en situación de discapacidad, una medida de tal alcance debe ser previamente autorizada por el juez competente dentro de un proceso en el que se demuestre la necesidad y la utilidad concreta de la medida en el caso particular”.

Es importante también destacar, que frente al tema de la esterilización de las personas con discapacidad mental absoluta, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha realizado un análisis al respecto, debiendo destacarse, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

- Sentencia T-850 de 2002. De esta providencia se destaca que “(...) la Corte estimó que se debían tomar en consideración (i) la posibilidad de emitir consentimiento al futuro, y (ii) la necesidad médica de la intervención quirúrgica (...).

- Sentencia T-248 de 2003. De esta providencia se destacan las distintas hipótesis que deberán analizarse en cada caso, a saber: “(...) (i) necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro; (ii) no existencia de necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro; (iii) urgencia y posibilidad de consentimiento futuro. Finalmente, (iv) inexistencia de necesidad médica y posibilidad de consentimiento futuro”.

- Sentencia T-492 de 2006. Pronunciamiento en el que se indica que la obtención de licencia judicial en los casos de esterilización de personas con discapacidad “(...) Obedece a la necesidad de estudiar en cada caso concreto la situación de la mujer incapaz que pretende ser esterilizada en forma definitiva a fin de determinar especialmente dos asuntos: primero, su nivel de autonomía y segundo, la medida o medidas de protección alternas o complementarias que se acomodan a su particular situación personal, familiar y social (...) no siempre los niveles de autonomía de las personas con incapacidades psíquicas son iguales, ni siempre son irreversibles”.

- Sentencia T-1019 de 2006. En esta decisión se indicó que: “(...) solo en aquellos eventos en los que la persona no tenga las facultades mentales, físicas o psíquicas que le permitan otorgar un consentimiento razonado, libre y espontáneo, puede considerarse, eventualmente, la posibilidad de que otra persona otorgue su consentimiento de forma sustitutiva. Sin embargo, advirtió que cualquier valoración respecto de la emisión de consentimiento debía sustentarse en información médica y profesional competente y completa, de manera que permitiese dar por cumplido el requisito de consentimiento.

Señala igualmente la Corte, la necesidad de: (...) reconocer la importancia y seriedad de su decisión, así como también [que] tenga claridad sobre el racionamiento que debió hacer para dar su aceptación” y que la autorización judicial será necesaria “cuandoquiera que la intervención implicara decidir de manera definitiva sobre alguna función orgánica de la persona”.

- Sentencia C-131 de 2014. En esta decisión, al referirse a la prohibición de practicar procedimientos quirúrgicos de infertilidad en menores de 18 años de edad contemplada en la Ley 1412 de 2010, se mencionó que hay dos excepciones cuando se trata de menores de edad con discapacidad así: “En primer lugar, el procedimiento es permitido cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz de un eventual embarazo, caso en el cual dicha condición deberá certificarse médicamente y la autorización para la intervención sea consentida por la menor, y autorizada judicialmente; en segundo lugar, cuando se trate de una discapacidad profunda o severa, certificada médicamente, que le impidiera al paciente

consentir en el futuro, de modo que en estos casos debería también solicitarse autorización judicial.

“(…) la posibilidad de realizar el procedimiento de esterilización bajo las condiciones señaladas no incluye a los niños en situación de discapacidad menores de 14 años, en razón a que, antes de esta edad, se presume que los niños no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a este tipo de procedimientos”.

De esta manera se tiene, que la esterilización de personas con discapacidad declaradas o no en adoptabilidad, no opera por la sola decisión de los representantes legales o Defensores de Familia de dichas personas, siendo necesario, que tanto para el caso de personas mayores de 18 años como de niños, niñas y adolescentes, debe obtenerse la declaratoria de interdicción[2] y la licencia judicial[3] para el efecto.

Ahora bien, en el caso de los menores de edad con discapacidad, es indispensable tener en cuenta que la anticoncepción quirúrgica solo es posible en los términos y bajo las excepciones planteadas por la Corte Constitucional en sentencia C-131 de 2014. Así mismo para estos casos, resulta necesaria la declaratoria de prórroga de la patria potestad o interdicción de aquellos que están declarados en situación de adoptabilidad, si su discapacidad así lo requiere.

2.3. Conclusiones.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, es importante indicar lo siguiente:

Primero. Cuando se trate de niños, niñas y adolescentes con discapacidad mental[4] o de adultos con discapacidad mental que estén representados por el defensor de familia, es necesario que para la anticoncepción quirúrgica medie certificación médica que soporte la necesidad de la intervención en los términos previstos por la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así mismo es necesaria la declaratoria de interdicción y la autorización judicial previa al procedimiento.

Segundo. Respecto a la protección de niños, niñas y adolescentes con discapacidad mental, mayores de 14 y menores de 18 años de edad declarados en situación de adoptabilidad, la anticoncepción quirúrgica procede excepcionalmente en los términos previstos por la Corte Constitucional, así mismo el defensor de familia deberá agotar el proceso judicial orientado

a obtener la declaratoria de interdicción y la licencia judicial que, en caso de ser procedente, permita dicho procedimiento.

Tercero. El procedimiento para la autorización de la intervención de esterilización de adolescentes y personas mayores de 18 años de edad declaradas en situación de adoptabilidad, no está librado a la interpretación del Defensor de Familia o de los integrantes del equipo técnico interdisciplinario, sino que en todo caso, deberá atenderse a lo descrito en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que se han fijado los criterios aplicables para la esterilización de personas con discapacidad menores y mayores de 18 años de edad.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. En la Sentencia T-740 de 2014, la Corte Constitucional destaca “(...) que el proceso de autorización judicial para el procedimiento quirúrgico de esterilización es distinto y posterior al proceso de interdicción judicial y discernimiento de guarda. En efecto, se estableció que el conducto regular para obtener una autorización de tal dimensión requería que (i) se adelantara el proceso de interdicción para obtener la calidad de representante o curador del hijo en situación de discapacidad; y que posteriormente (ii) se solicitara la autorización al juez para que se permitiera realizar el procedimiento médico de

esterilización quirúrgica, caso en el que se acude a un proceso especial distinto y en todo caso anterior a la acción de tutela”.

2. <sic>

3. Sentencia T- 063 de 2012.

4. En relación con menores de edad con discapacidad mental, si bien el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 prohíbe la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad, atendiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional existen dos excepciones para su práctica, la primera cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz de un eventual embarazo, caso en el cual dicha condición deberá certificarse médicamente y la autorización para la intervención sea consentida por el menor de edad, y autorizada judicialmente y la segunda cuando, cuando <sic> se trate de una discapacidad profunda o severa, certificada médicamente que le impidiera al paciente consentir en el futuro, para estos casos también es necesaria la autorización judicial.

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