

ESTERILIZACIÓN FORZADA A MUJERES CON DISCAPACIDAD COGNITIVA EN COLOMBIA: NECESIDAD DE UN ANÁLISIS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

MARÍA MOLINARES TORRES*

Recibido: enero 8 de 2020 . Aceptado: 20 de mayo de 2020

RESUMEN

A partir de vivencias y experiencias relatadas sobre mujeres con discapacidad cognitiva (en adelante MDC), cuidadoras y funcionarios(as) de salud, se analizarán los modelos base en los cuales históricamente se ha entendido la discapacidad y el modelo que ha adoptado la Corte Constitucional colombiana al momento de decidir sobre la esterilización forzada de estas mujeres. Partiendo del trabajo de campo, se evidenciarán algunos aspectos, contextos y condiciones sociales, culturales y económicas que no han sido considerados en el abordaje jurisprudencial y legal sobre la discapacidad. Estos aspectos deberán ser analizados para cumplir con las obligaciones internacionales sobre la forma de entender y tratar la discapacidad desde un modelo social, y para dar tratamiento a los casos con una perspectiva de género que responda verdaderamente a sus necesidades.

PALABRAS CLAVE

Capacidad, consentimiento, discapacidad, esterilización forzada, mujeres con discapacidad, perspectiva de género.

* Abogada de la Universidad del Norte, Barranquilla con Maestría en Derecho (investigación) de la Universidad Icesi, Cali. Ha trabajado en proyectos de investigación relacionados con víctimas de conflicto armado, género y geografía legal, y violencias basadas en género en espacios universitarios. Sus líneas de investigación en este momento giran en torno al género: políticas públicas, discapacidad, derechos sexuales y reproductivos, y derechos humanos.. Correo: mfmolinales@uninorte.edu.co

FORCED STERILIZATION OF WOMEN WITH COGNITIVE DISABILITIES IN COLOMBIA: A NEED FOR A GENDER PERSPECTIVE ANALYSIS

MARÍA MOLINARES TORRES*

Received: january 8, 2020. Accepted: may 9, 2020.

ABSTRACT

Based on the experiences of women with cognitive disabilities (hereinafter MDC), caregivers, and public health officers, the models on which disability has historically been understood and the model adopted by the Colombian Constitutional Court when deciding on the forced sterilization of these women will be analyzed. The fieldwork will show that some aspects, contexts and social, cultural, and economic conditions have not been considered in the jurisprudential and legal approach of the subject. Therefore, these aspects must be analyzed to comply with international obligations on how to understand and treat disability from a social model and to treat cases from a gender perspective that truly responds to their needs.

KEY WORDS

Capacity, consent, disability, forced sterilization, women with disabilities, gender perspective.

* Lawyer from Universidad del Norte, Barranquilla with an LLM (investigation) from Universidad Icesi, Cali. Has worked in investigations related to victims of armed conflict, gender and legal geography, and gender based violence. Her investigation right now is based on gender: public policy, disabilities, sexual and reproductive rights, and human rights. E-mail: mfmolinares@uninorte.edu.co

1. INTRODUCCIÓN

Andrés Felipe de 18 meses falleció el año pasado porque nadie pudo cuidarlo. Su bisabuela Margarita de 62 años, su abuela Martha de 34 y su madre Mariana de 18, quien no sabía cómo quedó embarazada, tienen “retraso mental” severo. Andrés Felipe nació con problemas motores y dificultades para alimentarse e ingresó en más de 6 oportunidades al puesto de Salud de Siloé, por diferentes razones que fueron desde pañalitis, dermatomicosis facial, convulsiones, hasta desnutrición severa. A raíz de esta última complicación tuvieron que colocarle un balón gástrico o “botón de Mickey” para alimentarlo, darle medicación y descomprimirle el estómago. Esto ocurrió porque no le fueron suministrados los medicamentos ordenados, la leche de fórmula se le daba a destiempo e incluso se le alimentó con comida de adulto.

Lucía, funcionaria del puesto de Salud de Siloé, quien atendió e hizo seguimiento al caso, manifestó que “el caso de Andrés Felipe es el caso que te hace ver por qué no deberían poder tener hijos si la persona no puede cuidarse sola ni tiene buenas redes de apoyo”⁰¹. La historia anterior y la postura de Lucía dan cuenta de una discusión que ha permeado por mucho tiempo ámbitos sociales, culturales y jurídicos, sobre si las personas con discapacidad (en adelante PCD), especialmente las mujeres, tienen o no la capacidad o deberían tener o no la posibilidad de decidir tener hijos(as) o si deben esterilizarse. Si la decisión de esterilizar o no a una MDC depende de su representante legal, como ocurría en virtud del artículo 6° de la ley 1412/10, o de la voluntad de ella como propone la nueva ley 1996/19. Este trabajo propone considerar, además de los elementos anteriores, los contextos sociales, económicos y familiares de cada caso.

La teoría jurídica clásica define como persona a aquel sujeto autónomo, capaz de contraer obligaciones, exigir derechos y, en esa medida, relacionarse y aportar a la sociedad. Para el Estado moderno, el consentimiento y la capacidad son conceptos básicos, atributos que lo definen y determinan. Esta última

01 *Abogada, Magíster en Derecho, modalidad investigación. Mfmolinaires@uninorte.edu.co

La historia de Andrés fue narrada durante la entrevista realizada a Lucía (nombre cambiado) el día 21 de enero de 2019.

se divide en capacidad de goce y de ejercicio, siendo la primera la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la segunda se refiere a la idoneidad para ejercerlos por sí mismo(a). La capacidad de ejercicio, fuertemente vinculada al principio de autonomía y al derecho al libre desarrollo de la personalidad, está restringida para ciertas personas según el ordenamiento jurídico de cada país. El derecho civil colombiano (art. 1504 Código Civil) hasta el 2019 con la ley 1996, reconocía como incapaces de ejercer y exigir por sí mismos sus derechos, contraer obligaciones ni expresar su voluntad a aquellas personas a las que les faltaba o tenían alguna insuficiencia en su desarrollo mental (menores y dementes). Pese a que algunas legislaciones siguen utilizando el término “demencia”, hoy se conoce como discapacidad.

El concepto discapacidad ha sido debatido, construido, deconstruido y reconstruido a lo largo de la historia tanto en ámbitos sociales como legales. Se ha visto como un castigo divino o enfermedad, y recientemente, según el preámbulo de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), como resultado de “la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁰². Estas concepciones entrañan también formas diferentes de ver la capacidad y el consentimiento de las PCD que van desde anularla hasta reconocerla plenamente.

Tantas han sido las formas de entenderla que la comunidad internacional sintió la necesidad de unificar criterios suscribiendo convenciones como la CDPD, que Colombia firmó el 30 de marzo de 2007. Fue aprobada por el Congreso mediante la ley 1346/2009, declarada constitucional por la Corte mediante la C-293 de 2010 y ratificada en mayo de 2011. Esta Convención reconoce la plena capacidad de las PCD y prohíbe el consentimiento sustitutivo⁰³.

Pese a los compromisos internacionales, existen en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones sobre capacidad que contrarían el orden internacional. Disposiciones como el artículo 6° de la ley 1412/10 y sentencias como la C-131/14 y la C-182/16, que autorizaban a los representantes legales a decidir sobre la esterilización o no de una MDC sin el consentimiento de esta, evidencian dicho incumplimiento. Esta práctica que tiene fuertes connotaciones de género es realizada hoy en Colombia y hasta hace pocos meses estaba autorizada por la ley.

El trabajo de campo de esta investigación tuvo lugar entre enero y julio de 2019. Se realizaron obser-

02 Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006.

03 Excepción al consentimiento informado. Según la Corte Constitucional, este es válido: (...) “(iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-303/16, M.P. Jorge Igancio Pretelt Chaljub. Es decir, se autoriza a quien ejerce la representación legal para que tome las decisiones por esta.

vaciones de 1 y 2 horas en el puesto de salud de Siloé, barrio que se encuentra en la parte occidental de la comuna N°20 de la ciudad de Cali y que a su vez está compuesto por once barrios. Se ubica entre los Farallones de Cali, la Avenida De Los Cerros, el cerro Cristo Rey y el cerro Bataclán. En esta zona hubo fuerte militancia del M-19 y el ELN y hoy presenta problemas debido a riñas entre pandillas por múltiples razones como el narcotráfico. Hoy se encuentran en la zona las terceras generaciones de familias desplazadas, sin escrituras públicas y sin apoyo del Estado. Lo que ha generado pobreza, informalidad laboral y problemáticas sociales.

Adicionalmente, se realizaron 3 entrevistas, dos de las cuales fueron a una funcionaria del puesto de salud los días 21 de enero y 22 de julio del 2019. La otra, fue a dos miembros del equipo de RBC (Rehabilitación Basada en la Comunidad) el 1 de febrero del 2019. Estas tenían una duración de una hora u hora y media, tiempo en el que se conversó sobre su experiencia como funcionarios de salud, su labor con PCD, su conocimiento sobre casos de PCD que hayan sido esterilizadas y/o casos en donde fueron ellos(as) quienes se lo hayan recomendado, las condiciones y contextos de estos(as), entre otros temas.

Sumado a lo anterior, el 24 de julio se visitó y entrevistó a una MDC y a su cuidadora y se compartió con ellas todo el día. Llegar hasta su casa desde la estación más cercana del Mío (lo que implicaba: Mío, Mío cable y jeep) hasta la realización de sus actividades cotidianas como comer, limpiar y las propias para su sustento. Toda esta información fue transcrita y consignada en diarios de campo.

La información que se obtuvo en las observaciones y entrevistas se analizó teniendo en cuenta lo establecido en la teoría, contrastándolo con lo plasmado en documentos, disposiciones nacionales y jurisprudenciales sobre discapacidad y esterilización forzada.

La Corte Constitucional colombiana solo se ha pronunciado en 13 oportunidades sobre la esterilización forzada de MDC. Estos pronunciamientos se han realizado entre 2002 y 2019. Para analizarlos se tuvo en cuenta: la persona en cuestión, la información sobre contextos familiares o entornos y los aspectos que eran considerados y valorados que respaldaban la decisión del tribunal.

De dicho análisis se puede afirmar que la Corte no tuvo en cuenta el enfoque de género ni categorías como el género, la edad, la condición socioeconómica, la etnia/raza, entre otros, en estos pronunciamientos. Esta obligación, que también se desprende de la CDPD, requiere considerar la diversidad de situaciones, contextos culturales, sociales y económicos de las mujeres. Esta falencia generó que los fallos proferidos por este tribunal reprodujeran ciertos modelos de entender la discapacidad, la capacidad y el consentimiento que no están acordes con la normativa internacional y desconocen con-

textos particulares. Con base en esto, y para proteger verdaderamente sus derechos, esta perspectiva también debe ser empleada a la luz de la Ley 1996/19⁰⁴.

No es excesivo entonces afirmar que la sociedad ha concebido a las PCD como sujetos de segunda. Por ello, es clave comprender la forma en la que los tribunales colombianos, legisladores(as), PCD y sus cuidadores(as) han abordado la situación. Evidenciando, a partir de escenarios reales, aquellos contextos y elementos que debieron – y que deben- ser tenidos en cuenta por funcionarios judiciales al momento de decidir sobre la esterilización. Para ello, se abordarán los modelos según los cuales se ha entendido la discapacidad y la capacidad de decidir y consentir de las PCD. Primero, el modelo de prescindencia y los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana sobre la esterilización forzada de MDC. Se seguirá con el modelo médico-rehabilitador, precisando algunos elementos fundamentales de esta práctica. Luego, se abordará el tercer modelo, el social, y presentaré dos formas de comprenderlo: la plena, donde se reconoce siempre la total capacidad, voluntad y preferencias de las PCD; y la contextual, cuyo enfoque parte del reconocimiento de la capacidad de las PCD, pero considera necesario tener en cuenta el entorno de esta y factores sociales y económicos que le afectan.

Con base en lo anterior, se planteará la necesidad de analizar y decidir cada caso con una perspectiva de género que considere sus particularidades. Para esto, se presentarán algunos criterios a considerar a la hora de enfrentarse a la posible práctica de esterilización forzada a MDC. Esto, para que las decisiones cumplan y estén acordes con las obligaciones internacionales y la reciente ley, y den cuenta de la realidad contextual de las personas afectadas, de quienes los(as) rodean y de las implicaciones de esas decisiones. Finalmente, se compartirán algunas conclusiones.

2. MODELOS DE ENTENDER LA DISCAPACIDAD

Las PCD han sido rechazadas y oprimidas históricamente por diferentes razones. Por mucho tiempo – y aun hoy- se ha considerado que no tienen la capacidad de consentir ni tomar sus propias decisiones. Esta situación, aunque ha venido cambiando tras el auge de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, no es la mejor dada las barreras sociales y jurídicas con las que se han encontrado. Parte de la problemática ha sido la forma en la que hemos entendido la discapacidad, sus orígenes, causas y participación –o no- dentro de la sociedad.

04 Aunque esta ley está vigente desde su promulgación, el 26 de agosto del 2019, muchas de sus disposiciones establecen plazos para su implementación que pueden ser de 1 año, 18 meses, etc. Durante este tiempo, instituciones como el ente rector del Sistema Nacional de Discapacidad, se encargarán de regular aspectos y establecer, por ejemplo, los lineamientos y protocolos para la realización de las valoraciones de apoyos.

Para comprender mejor el tema, Agustina Palacios⁰⁵ planteó tres modelos según los cuales se ha abordado la discapacidad. Es importante resaltar que estos “no se dan de manera cronológica sino que coexisten y se manifiestan en las normas y prácticas tanto culturales como jurídicas”⁰⁶.

2.1. MODELO DE PRESCINDENCIA

Daniela es una chica de 28 años con “retraso mental” severo y epilepsia. Su madre, Doña Lourdes llegó a Cali cuando era niña desplazada por la violencia, tiene 50 años y manifiesta que ya no puede controlarla, que la discapacidad de Daniela es como un castigo de Dios por algo malo que ella hizo y que, como tiene miedo de que un posible bebé nazca también con alguna discapacidad, ha adelantado todos los trámites para operarla porque considera que es la única forma de evitarlo. Pese a todos sus esfuerzos, Daniela “se ha dado sus mañas” y no han podido operarla. Ambas viven en la Sirena, parte alta de Arrayanes en Siloé. Para llegar, hay que caminar aproximadamente 20 minutos loma arriba por una trocha de escaleras chiquitas, pues no hay acceso vehicular.

Daniela es muy agresiva. Golpea a su madre, se escapa de la casa, no se toma ninguno de sus 13 medicamentos, tiene varias ETS, y ha sido abusada sexualmente desde los 13 años. Hoy, y sin comprender lo que está haciendo, sostiene relaciones sexuales con hombres a cambio de dinero, comida y ropa. Con un perrito en brazos recorre a diario varias de las estaciones del Mío y ha sido llevada por personas que la intentan ayudar a 9 hospitales y 4 colegios de la ciudad. En el 2018 ingresó 16 veces al puesto de Salud manifestando que estaba embarazada y que quería tener al bebé⁰⁷.

La forma en la que Doña Lourdes entiende la discapacidad de Daniela coincide con el modelo de prescindencia desarrollado por Palacios⁰⁸. Las dos características principales de este son: 1) entender la discapacidad como un castigo por un pecado cometido por los padres de la persona o un llamado de atención/advertencia de los dioses por una catástrofe que se avecina; 2) considerar que la PCD es improductiva, no tiene nada que aportar y que, por el contrario, es una carga para la comunidad. Esta

05 Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid: Grupo editorial CINCA, 2008), edición PDF.

06 Sara Hoyos y Mauricio García, “La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Derecho Público* n°31 (2017):7, doi: <http://dx.doi.org/10.15425/r ede pub .38.2017.04>

07 La historia de Daniela fue elaborada con base en la información suministrada por la funcionaria del puesto de salud de Siloé, Lucía (nombre cambiado) en las entrevistas realizadas los días 21 de enero y 22 de julio de 2019 y la realizada a Edgar y Heidy (nombres cambiados) funcionarios de RBC (rehabilitación en casa) el día 1 de febrero de 2019.

08 Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

consideración de innecesaridad o prescindencia degeneran en dos sub-modelos: el eugenésico⁰⁹ y el de marginación.

Este modelo no fue adoptado por la Corte Constitucional en ninguno de los pronunciamientos relacionados con la esterilización forzada de MDC. Si bien, algunos fallos adoptan “modelos sustitutivos de la voluntad, en los que se parte de la carencia de agencia moral y autonomía de las personas, en razón de la caracterización de sus habilidades mentales”¹⁰, no se evidencia que se entienda la discapacidad como una desgracia o que la vida en estas condiciones no sea una vida digna. Aunque sí, y hay que decirlo, las decisiones han anulado la voluntad y la capacidad de decidir de la MDC.

2.2. MODELO MÉDICO-REHABILITADOR

Doña Gloria tiene 70 años, sufrió un derrame cerebral a los 37 y ha tenido cáncer dos veces. Durante mucho tiempo fue víctima de violencias por parte de su ex pareja. Hoy no tiene un trabajo formal por lo que realiza y vende manualidades casa a casa. Vive con su hija en una casa de esterilla en Siloé, a 15 minutos montaña arriba en jeep de la estación de brisas de Mayo del Mío cable. Luz Marina tiene 41 años y “retraso mental” severo, sufría convulsiones de pequeña, fue separada de su madre dos veces por el bienestar familiar y fue abusada sexualmente. Desde pequeña presentó problemas para hablar y solo empezó a pronunciar palabras cuando tenía 5 años. Por esto, Doña Gloria decidió llevarla al puesto de salud cercano, los médicos que la atendieron le dijeron que su hija “estaba enferma y que no era ni iba a ser normal”.

Cuando Luz Marina tenía 15 años, su madre decidió llevarla nuevamente al puesto de salud porque la menstruación le causaba muchos dolores, mareos y vómitos. “Los que saben”, como se refiere Doña Gloria a los médicos, dijeron que por su “problema” era mejor esterilizarla, que la ayudaría con la menstruación y la protegería de que la abusaran y quedara embarazada de un bebé con el mismo retraso. Bebé del que ella tendría que hacerse cargo sin apoyo ni recursos porque en sus palabras “Luz Marina no es capaz de cuidarse ni ella misma”. Luego de preguntarle a Doña Gloria si estaba segura y de que ella consintiera, los médicos le realizaron la ligadura de trompas¹¹.

09 Este sub-modelo permitió que la esterilización forzada fuera introducida en países como Estados Unidos por cuestiones eugenésicas y como una opción de tratamiento para el trastorno mental y la discapacidad. Además se fue esparciendo por el mundo y fue interiorizada en 1993 en la Alemania Nazi, en Australia y China en los 80s, en Perú con el Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar” (1996-2000) de Fujimori, en Argentina con la ley 26130, entre otros.

10 Hoyos y García, *La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional*, 7.

11 Esta historia fue construida con base en la información suministrada por Lucía (nombre cambiado), funcionaria del puesto de salud de Siloé, en las entrevistas realizadas los días 21 de enero y 22 de julio de 2019 y a partir de la visita y entrevista realizada a Doña Gloria y a Luz Marina (nombres reales) el día 24 de julio de 2019.

Esto da cuenta del segundo modelo de entender la discapacidad, el médico-rehabilitador. En cuanto al origen o causas de la discapacidad, ya no se piensa, como Doña Lourdes, en religión, dioses o teleologías. Las razones pasan a ser científicas, se alude a la diversidad funcional en términos de salud o enfermedad, valorando a las personas a partir de estas¹². En cuanto a su “utilidad” o aporte a la sociedad, no se consideran inútiles, se entiende que pueden aportar algo en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas y logren asimilarse a las personas “válidas” y capaces. Al ser la discapacidad un asunto de salud, es delimitado y determinado por profesionales expertos, quienes manifiestan la posibilidad o no de la rehabilitación. Cuando no, las PCD son vistas como una carga, incapaces de consentir y dependientes de otros(as).

Que un Estado entienda la discapacidad así, es decir, asimilando la capacidad legal a la capacidad cognitiva o intelectual, se verá reflejado en sus políticas públicas y programas sociales como los de rehabilitación integral de nuestro Ministerio de Salud. Sin embargo, muchas de las políticas que se diseñan, en principio para mejorar su calidad de vida, terminan causando el efecto contrario. Para Palacios estas políticas paternalistas se centran en el déficit de las personas, en las actividades que no puede realizar, subestimando sus aptitudes y habilidades generando más exclusión social y muy pocas oportunidades laborales¹³.

En el marco de este modelo se dieron los primeros grandes avances hacia la protección de los derechos de las PCD. Desde 1950 la Asamblea General de la ONU intentó protegerlos con disposiciones que defendían una perspectiva médico-asistencialista centradas en su prevención. Ejemplo de esto son la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental¹⁴ y la Declaración de los Derechos de los Impedidos¹⁵, entre otras.

En la siguiente subsección se precisarán algunos aspectos de la esterilización forzada en este modelo médico. Esta práctica tiene una fuerte estigmatización hacia la mujer y permite analizar no solo aspectos como la capacidad y el consentimiento sino también la desconexión que muchas veces existe entre

12 Helena Alviar e Isabel Jaramillo plantean que este binarismo simplifica la realidad, da la sensación de que estos representan todas las posibilidades imaginables y termina privilegiando a uno de sus extremos. Si bien, está pensado en términos hombre/mujer, se ha utilizado también sobre las exclusiones por raza, etnia y clase y se podría leer también en clave de salud/enfermedad o capacidad/discapacidad. Véase: Helena Alviar e Isabel Jaramillo, “Feminismo y crítica jurídica: El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012).

13 Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

14 Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, (20 de diciembre de 1971).

15 Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, 9 de diciembre de 1975.

las instituciones, las motivaciones de una norma y la realidad. Las condiciones en algunos contextos llevan a que sea no solo una opción sino la única forma para protegerlos, en especial a las MDC.

2.2.1. ESTERILIZACIÓN FORZADA: UNA CUESTIÓN DE GÉNERO

La esterilización es un método coercitivo de planificación familiar que involucra extraer o inhabilitar quirúrgicamente los órganos reproductivos sin un consentimiento pleno o informado¹⁶. Según Radhika Coomaraswamy, ex Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, es un método de control de la fertilidad de la mujer y representa una grave violación de los derechos de esta¹⁷ y un peligro para su integridad física y su seguridad¹⁸.

Además de las razones expuestas por Doña Gloria y Doña Lourdes, otros autores coinciden en que hay muchas razones para justificar esta práctica¹⁹. Entre ellas, argumentos genético/eugenésicos, control poblacional, mejor interés de la PCD²⁰, bienestar del Estado, la familia y la comunidad en el sentido de la “carga” que estos representan para sus cuidadores(as) y los recursos y servicios del Estado, la incapacidad o incompetencia de estos(as) para cuidar a otros.

En este sentido, las mujeres y niñas con discapacidad están expuestas a múltiples y diferentes formas de discriminación, violencias, abusos y explotación. Según información que compartió PAIIS²¹, el

16 Ani Colekessian, “Violaciones a los derechos de las mujeres: Esterilización forzada, control de natalidad y el VIH y sida”, *Awid (blog)*, 6 de junio de 2013, <https://www.awid.org/es/noticias-y-an%C3%A1lisis/violaciones-los-derechos-de-las-mujeres-esterilizacion-forzada-control-de-la>.

17 Reconocida por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW en sus siglas en inglés) como violencia de género y como prioridad de salud pública internacional. Declarada por Naciones Unidas en 2008 como forma de tortura, trato cruel inhumano y degradante hacia la mujer. Se opone a la CDPD respecto del derecho a recibir atención de salud de calidad sobre la base de un consentimiento libre e informado. Para ampliar revisar: art 16° de la Recomendación General No. 19/92, artículo 22° de la Recomendación General No. 21/94 y art 12 numeral 22 de la Recomendación General No. 24/99.

18 “Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy: Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen”, *Organización de Naciones Unidas*, acceso el 12 de diciembre de 2018, <https://documents-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/103/29/PDF/G9910329.pdf?OpenEl>

19 Véase: Geovana Vallejo, Mónica Hernández y Adriana Posso. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos”. *Revista CES* 8, no.1 (2018), http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/art_icle/view/4272/0; Hoyos y García, *La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional*, 7; Carolyn Frohmader, “Dehumanised: The forced sterilisation of women and girls with disabilities in Australia”, *Women With Disabilities Australia* (2018), http://wwda.org.au/wp-content/uploads/2013/12/WWDA_Sub_SenateInquiry_Sterilisation_March2013.pdf.

20 El criterio de “incompetent’s best interest” es anglosajón pero ha sido adoptado y utilizado como un principio de interpretación fundamental de normas que involucren a PCD por muchos estados. Por ejemplo, España lo utiliza como pauta de la petición y del otorgamiento o denegación de la autorización de la esterilización de la persona incapaz. Meilán Lamas, “La esterilización de incapaces”. *Revista Cadernos de atención primaria* 11 (2004): 333-340, http://www.agamfec.com/wp/wp-content/uploads/2015/07/09B_Colabo_N11_5.pdf.

21 PAIIS, et al., “De la esterilización forzada a la psiquiatría forzada: Reporte sobre violaciones a los derechos humanos de mujeres con discapacidad, mujeres en situación de desplazamiento y personas transgénero”, acceso el 23 de febrero de 2019, <https://www.madre.org/sites/default/files/PDFs/IWHR%20COLOMBIA%202013%20SPA.pdf>

Ministerio de Salud reportó que cada año en Colombia, en promedio 500 mujeres con discapacidad y 120 hombres con discapacidad fueron sometidos al procedimiento²². Si bien hay casos de hombres y niños con discapacidad esterilizados forzosamente, Women With Disabilities Australia (WWDA) asegura que la esterilización afecta desproporcionadamente a las mujeres y niñas y es claramente una cuestión de género, puesto que:

“Las mujeres son generalmente más propensas a experimentar infracciones de su derecho a la salud sexual y reproductiva teniendo en cuenta la fisiología de la reproducción humana y el contexto de género social, jurídico y económico en el que se producen la sexualidad, la fertilidad, el embarazo y la paternidad. Esto se debe a que existen estereotipos persistentes del papel de la mujer dentro de la sociedad y la familia”²³

Lucía es trabajadora social, magister en intervención psicosocial y especialista en familias. Ha trabajado en el sector salud por 13 años y en los últimos 3 años ha trabajado como funcionaria en el puesto de salud de Siloé. Durante este tiempo ha realizado seguimiento al caso de Andrés Felipe, Daniela, Luz Marina y muchos otros. Con base en esta experiencia manifestó que:

“La responsabilidad sobre la planificación recae sobre la mujer porque los hombres viven con una cantidad de mitos sobre la vasectomía... La realidad es que a los niños los violan menos que a las niñas. Partamos de eso y del hecho de que una PCD cognitiva es una persona que no va a tener el goce ni la capacidad ejerciendo su sexualidad. Estar con una persona así ya es una condición de abuso y la mayoría de los casos han pasado así... Tener relaciones con una PCD es abuso y a las mujeres las abusan más. Las mujeres somos las que tenemos la barriga, la responsabilidad de los bebés la tienen las mamás, mujeres con discapacidad, los hombres se van”²⁴

La esterilización -como le dijeron a Doña Gloria y a Doña Lourdes-, ha sido promovida como una acción protectora, “un acto de beneficencia”, una manera de fomentar la paternidad y maternidad responsable y la mejor – si no la única- forma de evitar que, especialmente las MDC, sean víctimas

22 “Corte viola derecho internacional al aprobar esterilizaciones”. *Universidad de los Andes*, acceso el 15 de noviembre 2019, <https://uniandes.edu.co/es/noticias/derecho/corte-viola-derecho-internacional-al-aprobar-esterilizaciones>.

23 Frohmader, “Dehumanised: The forced sterilisation of women and girls with disabilities in Australia”, p. 23.

24 Manifestado durante la entrevista realizada el día 21 de enero de 2019.

de abuso sexual²⁵. Sobre esto último, la esterilización no protege contra el abuso sexual²⁶, al contrario, puede aumentar la vulnerabilidad de la MDC a este. Es menos probable que a una MDC joven que ha sido esterilizada se le enseñe sobre sexualidad o abusos sexuales, ya que no puede quedar embarazada generando que la esterilización pueda dar lugar al encubrimiento del abuso sexual.

La realización de estas intervenciones ha generado movilizaciones por parte de múltiples organizaciones nacionales e internacionales que defienden los derechos sexuales y reproductivos de las PCD. Los(as) defensores(as) argumentan que esta injerencia violenta su autonomía reproductiva porque la sexualidad no solo se refiere a la procreación y que negarles la posibilidad de autodeterminarse equivale a negarles su condición de personas.

Esta situación trae consigo una reflexión más profunda sobre la forma en la que se conciben las PCD y su dignidad humana. La WWDA realizó un trabajo sobre la esterilización como parte de un patrón mucho más amplio de negación de derechos reproductivos de las MDC²⁷. Negación que se basa en un supuesto erróneo de que hay “grados del ser humano” y que solo aquellos que se consideran “completamente humanos” tienen derecho a disfrutar y gozar de sus derechos. Este modelo percibe a las PCD como sub-humanos, carentes de sentimientos, amor, intimidad, identidad y libertad. Sumado a esto, aspectos como la cultura, la religión o la superstición han justificado esta práctica.

Ahora bien, teniendo claro los pilares de este modelo médico, las disposiciones que han intentado proteger los derechos de las PCD y el panorama general de la esterilización, reflexionemos sobre la forma en la que la Corte Constitucional ha abordado el tema. Para comprenderlo mejor, dividiré el análisis en dos grupos, uno de pronunciamientos realizados antes y otro después de la ratificación de la CDPD

2.2.2. PRONUNCIAMIENTOS ANTES DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCION

El primer pronunciamiento de la Corte sobre esterilización forzada de MDC fue la T-850/02²⁸.

25 En este sentido, se han realizado estudios como el elaborado por Sandra Martin llamado “Physical and Sexual Assault of Women with Disabilities” en el que, a través de un análisis multivariado, se demuestra que las MDC sí tienen un mayor riesgo de ser víctimas de violencia sexual que las mujeres sin discapacidad. Véase Sandra Martin, “Physical and Sexual Assault of Women with Disabilities”, *Violence Against Women* 12, no.9 (2006): 823-837, doi: 10.1177/107780120629267

26 En una columna de *El Espectador* que narra la historia de la familia Galvis Pérez se evidencia cómo la genetista que trataba a su hija con síndrome de Down les recomendó “esterilizarla para evitar que la violaran”. Véase Carolina Gutierrez, “Esterilizadas y sin derecho a opinar”. *El Espectador*, 2 de noviembre de 2013, acceso el 12 de noviembre de 2018, <https://www.elespectador.com/noticias/salud/esterilizadas-y-sin-derecho-a-opinar/>,

27 Frohmader, “Dehumanised: The forced sterilisation of women and girls with disabilities in Australia”.

28 Corte Constitucional, Sentencia T-850/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Seguidamente la T-248/03²⁹, T-492/06³⁰, T-1019/06³¹ y finalmente la T-560A/07³². Se utilizaron tres argumentos principales para negar dichas solicitudes. El primero fue la falta de prueba médica o base científica que confirmara la discapacidad. El segundo se refería, por una parte, al consentimiento orientado hacia el futuro, es decir, la posibilidad que tenía la persona de rehabilitarse y poder manifestar su voluntad más adelante. Por otra, al análisis de los alcances del consentimiento sustitutivo como la forma en la que el representante legal decidía por la PCD y la pertinencia de este a falta de consentimiento informado. Por último, la falta de proceso de interdicción y autorización judicial como requisitos que exigía la ley. Pese a que la Corte negó en todos los casos la esterilización, entendió la discapacidad a partir de un modelo médico-rehabilitador³³ Es decir, asumió la discapacidad como una enfermedad medida en “grados”, y condicionó su decisión a lo que los(as) expertos(as) manifestaron.

2.2.3. PRONUNCIAMIENTOS DESPUÉS DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

Colombia aprobó e incorporó la CDPD al ordenamiento interno mediante la Ley 1346/09³⁴, y a través de la sentencia C-293/10 del 21 de abril del 2010³⁵, la Corte realizó control de constitucionalidad y declaró la exequibilidad de la misma. A pesar de que estas disposiciones promueven un modelo social, el 19 de octubre del mismo año el Congreso de la República expidió la Ley 1412 de 2010 que en su artículo 6º autoriza la esterilización a las PCD³⁶, volviendo así a un modelo médico de entender la discapacidad, evidenciando la desconexión entre nuestras instituciones. Dicha Convención es clara al expresar que la condición de discapacidad de una persona no debe ser nunca motivo para negarle su capacidad jurídica ni ninguno de los derechos que se desprenden del artículo 12.

La primera de las sentencias proferidas luego de la ratificación de la Convención fue la T-063/12³⁷. En

29 Corte Constitucional, Sentencia T-248/03, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

30 Corte Constitucional, Sentencia T-492/06, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-1019/06, M.P Jaime Córdoba Triviño.

32 Corte Constitucional, Sentencia T-560A/07, M.P Rodrigo Escobar Gil.

33 Por ejemplo, en la T-492/06 “autorización judicial para la esterilización de una PCD mayor de edad supone antes la declaración de interdicción”, se decide sobre la esterilización de una joven de 26 años con síndrome de Down y 8 meses de embarazo al presentarse la tutela. Su madre consideró necesaria la esterilización para evitar futuros embarazos. La EPS negó la intervención por falta de autorización judicial y el juzgado negó la tutela porque había un trámite especial tendiente a otorgar la representación no solo en asuntos económicos sino también aquellos de carácter personal. Los tres argumentos utilizados por la Corte para negar la solicitud fueron la falta de capacidad de la madre para obrar como agente oficiosa, necesidad de intervención y prueba médica de la discapacidad y la obligatoriedad de la autorización judicial.

34 Ley 1346 de 2009, 31 de julio de 2009. Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Diario oficial 47.427.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-293/10, M.P Nilson Pinilla Pinilla.

36 El artículo 6 de la Ley 1412 de 2010 establece: “Discapacitados Mentales: cuando se trate de discapacitados mentales, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial”.

37 Corte Constitucional, Sentencia T-063/12, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

esta se analizaron los requisitos establecidos en la Ley 1412/10 para autorizar o no la esterilización de una MDC. Por la falta de autorización judicial el tribunal niega la solicitud. Seguidamente, la Corte decidió sobre dos demandas de inconstitucionalidad presentadas contra dos artículos de la misma ley. La primera de ellas, la C-131/14³⁸, resuelve la interpuesta contra el artículo 7° que se refiere a la prohibición de la esterilización a menores de edad.

Posteriormente, la T-740/14³⁹ decidió sobre la realización de la esterilización (recomendada por la médico especialista) a una menor de 12 años. La Corte negó dicha solicitud con base en la edad de esta, en la falta de certificación médica que respalde la necesidad de practicarla, entre otras razones. Seguidamente, la C-182/16⁴⁰ resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el art 6° (parcial) de la ley en cuestión. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de dicho artículo con base en que el consentimiento sustitutivo tenía carácter excepcional y procedía solo cuando la persona no pudiera manifestar su voluntad libre e informada, una vez se le hubieran prestado los apoyos para que lo hiciera.

Si bien, la Corte seguía sosteniendo una postura médico- rehabilitadora, daba unas primeras luces de una concepción social de la discapacidad. Desafortunadamente, hubo un retroceso hacia el modelo médico con la sentencia T-303/16⁴¹. Aunque se negó la esterilización, los argumentos fueron la falta de proceso de interdicción y de autorización judicial, entre otros aspectos formales.

No obstante, se pueden analizar aspectos de la jurisprudencia comunes a ambos momentos:

1. Pese que era entendible que los pronunciamientos realizados antes de la ratificación de la Convención dieran cuenta de un modelo médico- rehabilitador, la situación no cambió cuando esta entró a formar parte del ordenamiento interno. Aquellos pronunciamientos posteriores a la ratificación siguieron negando la esterilización con base en aspectos netamente formales. Con esto, la postura de la Corte siguió dando cuenta de la discapacidad vista como una enfermedad, demostrando la contradicción no solo con las obligaciones internacionales sino también la falta de análisis de cada situación de manera única, contextual y multidimen-

38 Corte Constitucional, Sentencia C-131/14, M.P. Mauricio González Cuervo.

39 Corte Constitucional, Sentencia T-740/14, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

40 Corte Constitucional, Sentencia C-182/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

41 En esta sentencia se decidió sobre la esterilización de una “menor” con retraso mental moderado, deterioro del comportamiento significativo y trastorno de la conducta no especificado. La Corte determinó que un concepto médico podría definir el grado de autonomía de una PCD para tomar decisiones y con base en la falta de proceso de interdicción negó la solicitud. Este caso se resolvió utilizando las reglas aplicadas en la T-1019/06, criterios que se empleaban antes de la entrada en vigencia de la CDPD, desconociendo que, en virtud de la C-182/16, se debe presumir la autonomía de la persona y brindársele los apoyos necesarios. Corte Constitucional, Sentencia T-303/16, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

sional como plantea el modelo social.

2. En el abordaje tanto de los juzgados como de la Corte, salvo un par de aspectos mencionados en la T-063/12⁴², no hubo ningún análisis de contextos sociales, familiares ni económicos. Por el contrario, en la mayoría de los casos, el análisis y las decisiones de autorizar o no la esterilización se fundamentaron –en los casos en los que hubo– en dictámenes médicos que se limitaban a determinar el tipo o gravedad de discapacidad.

3. Los casos conocidos por la Corte, todos sobre MDC, respaldan la afirmación de que la esterilización forzada afecta mayoritariamente a mujeres y da cuentas de una realidad social, el hecho de que los hombres, en general, no asumen este tipo de responsabilidades sobre la planificación y deben ser asumidas por las mujeres.

4. Todos los casos y las circunstancias fueron tratadas de manera homogénea. No se consideró en ningún caso, la interrelación entre las categorías de género, discapacidad, edad, situación económica, entre otras. Esta es una obligación que también se desprende de la Convención.

5. La capacidad jurídica se asimiló a la capacidad mental, desconociendo que la última hace alusión a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, varía de una persona a otra y está determinada entre otras cuestiones por factores ambientales y sociales⁴³. No todas las discapacidades cognitivas anulan y afectan de la misma manera a la persona y su autonomía. Por esto, cada caso debe ser analizado de manera autónoma y considerando las circunstancias particulares.

2.3. MODELO SOCIAL

Cristian es el bebé de Claudia, quien tenía 15 años cuando fue abusada sexualmente y quedó en embarazo. A pesar de todas las complicaciones por las que tuvieron que pasar ella y su familia, el bebé nació bien y está muy bien cuidado. Claudia hoy tiene 23 años y como Luz Marina y Daniela tiene “retraso mental”. A diferencia del caso de Andrés Felipe, narrado al inicio de este artículo, la madre de Claudia, Verónica, su hermano Bryan y su abuela Socorro, la han ayudado a cuidar del menor. Todos viven juntos en una casa pequeña de dos ambientes en el barrio Siloé. Aunque no viven con lujos, “sobreviven” gracias a lo que Doña Verónica y Bryan ganan vendiendo frutas en la entrada de la comuna. Mientras ellos trabajan, Claudia se encarga de las tareas diarias del hogar, hace aseo, prepara

42 “Se trata de una familia en crisis o situación de estrés crónico, marcada por el fallecimiento de la madre, la edad avanzada del padre, las relaciones conflictivas, la conformación del segundo hogar del padre en medio de la desaprobación de los hijos, con presencia de variadas formas de sicopatología en sus miembros y donde se omitió brindar a la examinada acceso a escolaridad y a servicios de salud” (p.10).

43 Ver artículo 12, párrafo 2, numeral 12 de la Observación General No. 1 del Comité de Naciones Unidas de los Derechos de las PCD el cual enuncia que la capacidad mental no es un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de contextos sociales y políticos.

comida y está pendiente no solo de su bebé sino también de todos los medicamentos de su abuela⁴⁴.

Contrario a los dos modelos anteriores, para el modelo social, que surge tras el auge del movimiento de vida independiente⁴⁵, la discapacidad es producto de la interacción entre la diversidad funcional de una persona y las barreras que esta encuentra en su entorno y que le impiden el ejercicio y goce pleno de sus derechos y libertades. La materialización de este modelo tiene como pilares la autonomía de todas las PCD y la adopción de apoyos en la toma de decisiones que no sustituyan su voluntad y sus preferencias. Este modelo fue adoptado en varias disposiciones, entre esas, la CDPD y recientemente en nuestro país con la Ley 1996 de 2019.

Si bien, se ha manifestado que estos modelos no se dan de manera cronológica, sucesiva ni excluyente, para Palacios este tercer modelo es visto como el rechazo a los otros dos⁴⁶. Los pilares fundamentales de este son: 1) las causas de la discapacidad ya no son religiosas ni científicas, sino preponderantemente sociales y 2) en cuanto a la utilidad, las PCD tienen mucho que aportar a la sociedad y pueden hacerlo en la misma medida que las personas sin discapacidad. Según lo anterior, las limitaciones ya no son individuales sino que reconoce la responsabilidad que tienen la familia, las autoridades y la sociedad en la inclusión de estas en todos los ámbitos sociales y en la satisfacción de sus necesidades.

El recorrido para llegar aquí no fue fácil. El cambio del modelo médico imperante en las disposiciones internacionales se dio con la incorporación en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, al menos en el discurso, de un modelo social para comprender la discapacidad, extendiendo los derechos humanos y las libertades fundamentales a las PCD⁴⁷. Ese mismo año la ONU expidió las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las PCD como guías para los Estados, que sin ser obligatorias crearon conciencia sobre la importancia de protegerlos(as).

Fue hasta 2001 que México propuso a la Asamblea General de la ONU crear un comité especial que preparara una convención internacional completa que protegiera los derechos y la dignidad de las PCD. Este comité se reunió desde agosto del 2002 hasta el 13 de diciembre del 2006, cuando la Asamblea

44 La historia de Claudia fue elaborada con base en la información suministrada por Lucía (nombre cambiado), quien se desempeñaba como funcionaria del puesto de salud de Siloé, en las entrevistas realizadas los días 21 de enero y 22 de julio de 2019.

45 Ampliar en: Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

46 Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

47 “Historia de la discapacidad y las Naciones Unidas – Cronología: 1980 – al presente”. *Organización de Naciones Unidas*, 2007, acceso 23 de febrero de 2019. <<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=523>>

General aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁴⁸. El 30 de marzo de 2007 se abrió a la firma en la sede de las Naciones Unidas la Convención y su respectivo protocolo facultativo. A la fecha se cuenta con 177 ratificaciones de la Convención y 92 del Protocolo.

Esta Convención que incorpora el modelo social y vincula a la sociedad en la mejora de la condición de vida de las PCD. Fue promovida y negociada por ellas mismas con el fin de que los Estados, independientemente del tipo de discapacidad, les garantizaran el goce pleno de sus libertades fundamentales, además de que eliminaran de sus sistemas normativos todas las prácticas discriminatorias contra ellos(as), en especial aquellas que les impedían decidir autónomamente.

El cambio de una concepción médica a una social representa un gran avance hacia el reconocimiento de los derechos y la capacidad de las PCD. Para Hoyos y García la materialización de estos modelos se da en dos tipos de regímenes:

“Uno que sustrae la capacidad de ejercicio de las personas y le otorga a un tercero que ejerce la guarda y toma todas las decisiones, y otro que reconoce la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad y adopta los mecanismos para asegurar los apoyos que estas requieran en la toma de decisiones relevantes para su vida”⁴⁹.

Para algunos, este modelo social consagra más que una realidad, una demanda social, una aspiración o una ruta hacia la que se debe ir⁵⁰. En este sentido, Colombia asumió a través del artículo 13 de la Constitución Nacional de 1991 la obligación de proteger a las PCD y garantizarles una igualdad material. En aras de proteger sus derechos como grupo tradicionalmente discriminado y marginalizado, la Corte Constitucional reconoció y estableció que las PCD, en especial, las MDC, son sujetos de especial protección.

Entre los pronunciamientos realizados por este tribunal, tras la sentencia T-303 de 2016 “de vuelta al modelo médico”, la T-573 de 2016 desarrolla el principio “nada sobre nosotros sin nosotros”⁵¹ adoptado con la CDPD que fue un intento de retomar la línea hacia un modelo social. En esta última, la Corte entró a analizar si seguía los estándares establecidos en la CDPD y garantizaba el pleno ejercicio de la

48 Sumado a esta, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entre otras, también incluyen disposiciones de protección general de los derechos de las PCD.

49 Hoyos y García, *La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional*, 9.

50 Palacios, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

51 Corte Constitucional, Sentencia T-303/16, M.P Jorge Igancio Pretelt Chaljub.

capacidad jurídica de las PCD o si seguía la reciente jurisprudencia (C-131 de 2014 y C-182 de 2016) y permitía la sustitución del consentimiento. El tribunal se acercó al modelo social que la define como un concepto que evoluciona y que está dado por la interacción entre una diversidad funcional y el entorno, por lo cual negó la esterilización.

En la sentencia T-665/17⁵², la Corte, con base en los informes rendidos por algunas entidades como PAIS y Profamilia analizó la discapacidad de la joven a partir de elementos contextuales y multidimensionales y no como algo curable. Se analizaron varios derechos y los apoyos que esta necesitaba para tomar sus decisiones y actuar conforme a su voluntad. Con base en pronunciamientos internacionales, en la edad de la joven (16 años), la prohibición de la esterilización a menores de edad y la no configuración de ninguna de las excepciones jurisprudenciales (C-131/14), la Corte negó la esterilización. El último pronunciamiento hasta el momento es la sentencia T-231/19⁵³, en esta se decidió sobre la esterilización de una menor de 14 años con síndrome de Down. Para la Corte, la regla general es que todas las personas tienen la capacidad para tomar las decisiones fundamentales sobre su vida y sobre su cuerpo. Excepcionalmente, se hace posible autorizar que se sustituya el consentimiento, siguiendo los procedimientos y verificando los requisitos que la jurisprudencia ha establecido. Así, negó la solicitud.

A partir de los modelos expuestos, la forma en la que cada uno concibe la capacidad de consentir o no de la PCD y el recorrido normativo de protección de sus derechos, es importante reflexionar sobre un aspecto que se desprende del artículo 12º de la CDPD⁵⁴: la forma en la que se está entendiendo su capacidad jurídica. Pues si bien, la Convención protege la capacidad de obrar y decidir sobre sí mismos(as)⁵⁵, esta continúa desconociéndose. De acuerdo con esto, Hoyos y García establecen que:

“En muchas jurisdicciones, cuando se han intentado atacar las normas relativas a la capacidad por ser discriminatorias, el resultado ha sido su reemplazo por legislación que efectúa un reconocimiento simbólico de los derechos del grupo excluido, pero que en realidad, si bien reconoce la capacidad para ser titular de derechos, sigue negando la capacidad de ejercerlos”⁵⁶

52 Corte Constitucional, Sentencia T-665/17, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

53 Corte Constitucional, Sentencia T-231/19, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

54 Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención de Derechos de Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006: “ (...) Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (...)”.

55 Desarrollado por el Comité de Derechos de las PCD, en la Observación General No. 1, en las observaciones Generales 3 y 9 del Comité de los Derechos del Niño. Sumado esto a la Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos y a la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).

56 Hoyos y García, *La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional*, 14.

Por ello, se invita a los Estados parte de la Convención para que reemplacen los sistemas de sustitución de la voluntad por aquellos que se basan en una toma de decisiones con apoyo. Para el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁷, aquellos países que tienen un sistema de sustitución de voluntad y a la vez uno que promueva la toma de decisiones con apoyo, no están cumpliendo con la obligación consagrada en el artículo 12 de la CDPD.

Los esfuerzos de los países por cumplir con aquello a lo que se han obligado deben ir más allá de la simple derogatoria de disposiciones vigentes y la adopción de nuevas que acojan los postulados propuestos por la CDPD. El verdadero trabajo inicia conociendo la realidad de su población con discapacidad y adoptando las medidas con base en estas. Esto no quiere decir que se desconozca el marco internacional sino que se consideren los factores sociales y económicos, las condiciones familiares y de apoyos que influyen en la discapacidad y así evitar caer en el extremo de reconocer derechos desconociendo cual es el contexto en el que la persona puede ejercerlo y las consecuencias de ello.

En este sentido, se puede entender este modelo social desde dos posturas: la primera, una postura plena que siempre reconoce y garantiza la absoluta capacidad de las PCD, respeta su derecho a autodeterminarse, derecho a tomar riesgos y cometer errores, tomar sus propias decisiones y al libre desarrollo de su personalidad conforme a sus preferencias. Es decir, respeta siempre la voluntad de la PCD con independencia de si quien presta apoyo considera que debería actuar de otra manera. Para la segunda postura, que también parte del reconocimiento de la capacidad de la PCD, es indispensable considerar factores sociales, económicos y culturales en cada caso. Estos influyen en la decisión que la PCD pueda tomar y que no solo le afectan a él/ella sino también a quienes le rodean. Para desarrollar mejor este punto analizaré lo que considero y a lo que me refiero con dos posturas y algunos criterios que deberían ser -o al menos considerarse- para una mejor garantía de derechos de las PCD.

2.3.1. MODELO SOCIAL PLENO

El intento por reconocer y garantizar la plena capacidad jurídica de las PCD llevó a que en Colombia se expidiera la Ley 1996/19. Esta fue promovida por las instituciones y organizaciones nacionales e internacionales defensoras de derechos de las PCD⁵⁸. Dicha Ley debe interpretarse a la luz del marco internacional, la CDPD, y demás disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad y tiene por objeto garantizar la autonomía, la primacía de la voluntad y el derecho a la capacidad plena de las PCD mayores de edad. Así como el respeto de sus preferencias y el acceso a los apoyos (asistencias

57 Observación General No. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014.

58 Entre ellas Profamilia, Liga Colombiana de Autismo, el Centro de Derechos Reproductivos y la Asociación Colombiana de Síndrome de Down.

en la comunicación, comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, en la manifestación de voluntad y preferencias personales, entre otras) que puedan requerir para el ejercicio de esta de manera independiente.

Esta Ley deroga todo lo relacionado con la interdicción, intenta estar en consonancia con el modelo social modificando artículos del Código Civil colombiano relacionados con la incapacidad y la curaduría, además, deroga disposiciones contenidas en leyes como la 1306/09⁵⁹ y el artículo 6° de la ley 1412/10, entre otras. Esto con miras a que la PCD sea quien tome sus propias decisiones a partir de una serie de apoyos brindados por la persona designada para que esta pueda manifestar su voluntad y preferencias. Frente a los apoyos brindados a la PCD, Edgar -funcionario del equipo de RBC (Rehabilitación Basada en la Comunidad)-, haciendo referencia a la situación de Daniela manifestó que:

“En la institución donde ella estaba se trató de aconsejarla y acompañarla para que ella misma fuera quien tomara sus decisiones... Y fue muy bonito, y me parece excelente pero tenemos que tener muy presente todo el contexto de alrededor. Frente a lo de tener hijos, si usted se lo pregunta, ella quiere pero nosotros que la conocemos sabemos que no está en condiciones”⁶⁰.

Lo anterior, permite reflexionar sobre la necesidad no solo de brindar los apoyos para que la PCD tome la decisión sino también considerar el contexto en el que esta repercutirá y las consecuencias de la misma para quien la toma, para las personas que la rodean y que se verán afectadas. Si bien la Ley 1996/19 está en armonía –al menos en el discurso- con el modelo social, la realidad evidencia que en ciertos contextos de ausencia del Estado, de apoyos y de redes, las decisiones se toman omitiendo las formalidades y respondiendo a otras dinámicas y necesidades.

Esta Ley, contrario a la anulación de capacidad de otras disposiciones relacionadas por ejemplo con interdicción, reconoce la capacidad plena y la voluntad de las PCD en todas las decisiones que esta tome, sin considerar contextos, particularidades, implicaciones y afectaciones que este ejercicio pueda tener en sus cuidadores(as), familiares y/o personas que brindan apoyo. Es por lo anterior, que dando cuenta y respondiendo a estas, se hace necesario contextualizar y matizar este modelo.

2.3.2. MODELO SOCIAL MODERADO/CONTEXTUAL

“Hay que mirar esas situaciones y no pasarnos a la otredad. No es escoger por el otro pero tampoco

59 Consagró el régimen jurídico para las PCD mental y sustituye íntegramente los títulos XXII y XXXV del Código Civil colombiano (Artículos 428 al 632).

60 Manifestado durante la entrevista realizada el día 1 de febrero de 2019.

dejarle hacer lo que quiera. Hay que mirar en qué condiciones esta puede decidir por sí⁶¹.

Lo anterior fue manifestado por Edgar, funcionario del equipo de RBC⁶² del puesto de salud de Siloé. Él da cuenta de que si bien se promueve la toma de decisiones autónoma de la PCD es necesario analizar cada caso y las repercusiones que esta traerá. Dentro de las labores que estos(as) realizan está brindar ayuda no solo a más de 1200 PCD de Cali sino también a sus familiares. Teniendo en consideración la labor de integración de la familia en la superación de las barreras que ha impuesto la discapacidad en el desarrollo de las actividades de la PCD pero también de las limitaciones que los contextos y otros factores generan para la discapacidad. Por ejemplo, el acceso a servicios y ayudas está supeditado en muchos casos a la interposición de tutelas, convirtiéndose las PCD en “tutelodependientes”.

Si bien la ley 1996/19 supone el reconocimiento pleno de esa capacidad, cuyo ejercicio debe ser garantizado por el Estado, para Lucía como profesional de la salud se están desconociendo ciertos aspectos:

“Si la persona con discapacidad cognitiva, se puede valer por sí misma, autónomamente, puede ejercer su autocuidado, trabajar y devengar dinero para cubrir sus gastos y así mismo ejercer el cuidado y mantener los gastos de otro que va a nacer, yo le acepto esas posturas de respetar derechos pero ¿la realidad colombiana nuestra cuál es? La gente que es muy pobre y con discapacidad, tienen el hijo y quiénes lo tienen que mantener y cuidar son otros”⁶³

Lo anterior, no quiere decir que se tienen que esterilizar a todas las MDC o que las PCD no pueden ejercer autónomamente sus derechos, sino que se considere cada caso y los factores y condiciones particulares del mismo.

La Constitución y las convenciones sobre protección de derechos de la mujer y de PCD, consagran que el Estado tiene obligaciones ineludibles para acabar cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo. Por ello, la CDPD establece en su preámbulo (literal S), como obligación, incorporar la perspectiva de género⁶⁴ en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las PCD. Esta perspectiva “es un matiz que los Estados deben adoptar de forma sistemática e integral, y que debe integrar otros

61 Manifestado por Edgar durante la entrevista realizada el día 1 de febrero de 2019.

62 Rehabilitación Basada en la Comunidad es una estrategia de desarrollo comunitario para la rehabilitación, la igualdad de oportunidades y la integración social de todas las PCD. Esta implica esfuerzo conjunto de las propias PCD, sus familias, organizaciones y comunidades, de los servicios gubernamentales y no gubernamentales en salud, educación, trabajo, entre otros.

63 Manifestado durante la entrevista realizada el día 21 de enero de 2019.

64 Definida en Colombia en el art 12º de la ley 1098/06 como “el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social (...)”.

tipos de distinciones que han comenzado a manifestarse y están circunscritas al género⁶⁵. En virtud de esto, las autoridades deben realizar el análisis de las situaciones sobre las que van a decidir teniéndola en cuenta.

2.3.2.1. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN DECISIONES JUDICIALES

Esta perspectiva diferencial, que se ha venido promoviendo en países como Australia, Canadá e Inglaterra durante las últimas décadas, lleva consigo el reto de cambiar la forma en la que concebimos el derecho más allá de la adecuación o aplicación mecánica de la norma. En las decisiones judiciales, al menos en Colombia⁶⁶, ha estado pensada en clave de violencias contra la mujer y estas en el marco del conflicto armado⁶⁷. Pese a ello, considero necesario que para garantizar y proteger los derechos de las PCD, en especial de las MDC, situaciones en las que se hacen presentes factores que facilitan vulneraciones de derechos como la discapacidad sean analizadas con este enfoque.

La perspectiva de género aporta a un cambio social y legal. Surge como una necesidad de reconocer la existencia de profundas desigualdades sociales e históricas por motivo de género, entre otras categorías. Tiene como finalidad lograr una igualdad material, combatir relaciones asimétricas de poder y generar cambio social en los jueces que se refleje en sus decisiones. Además, como lo plantea Tirado es una herramienta encaminada a identificar diferencias, analizar causas culturales y económicas y eliminar esas desigualdades existentes entre hombres y mujeres como resultado de la asignación de roles de género (sociales y normativos)⁶⁸. En este sentido, asumir el reto de hablar de un cambio en la forma de entender y decidir las situaciones con una perspectiva de género:

“Implica que hay que expandir aquello que se consideraba propiamente derecho para incluir en él, entre otros elementos, aquellos que determinan cuándo, cómo y quién accede a la administración de justicia, así como una redefinición de lo que es la justicia que el derecho debe buscar⁶⁹”

65 García, Luisa Fernanda. “La incorporación de la perspectiva de género y etnicidad en el campo jurídico colombiano”. *Justicia* (online), n.30 (2016): 70-85. Acceso 13 de agosto de 2019. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-74412016000200005&script=sci_abstract&tlng=es.

66 Acuerdo N° PSA08-4552 “Justicia, Derecho y Género”, Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Por el cual se dictan reglas para la aplicación de la equidad de género en la rama judicial, 2008.

67 Véase: Corte Constitucional, Sentencia T-241/16, M.P Jorge Ignacio Pretelt. Corte Constitucional, Sentencia T-338/18, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

68 Tirado, Misael. s. f. “*Perspectiva de género en el acceso a la justicia*”. Acceso 20 de febrero 2019.

69 Facio, Alda. “Con los lentes del género se ve otra justicia”. *Ilsa*, n°28:2 (2002): Acceso 13 de agosto de 2019. <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475fo864.pdf>.

Por esto, más que aplicar mecánicamente una ley haciendo simples adecuaciones típicas de conductas, se debe procurar suplir verdaderamente las necesidades de las personas y garantizar al máximo sus derechos. Esta perspectiva invita a considerar cómo los factores económicos, culturales, geográficos, simbólicos, políticos, entre otros, afectan no solo a las mujeres con relación a los hombres, sino también a los diversos y complejos sectores de mujeres que existen, según su discapacidad, edad, clase, condición socioeconómica, etnia/raza, etc. Si pensar y tener en cuenta a las mujeres implica grandes retos, cuando la discapacidad se entrecruza con otras categorías el desafío se hace mayor pero necesario.

Los casos decididos por la Corte Constitucional dan cuenta de la necesidad de que las situaciones sean valoradas de manera particular considerando los contextos de cada uno. Esto es así porque la discapacidad, vista a la luz de este modelo social, supone el abordaje integral de esta, incluyendo aspectos que van más allá del estricto estudio fisiológico. Entre esos, el entorno, las redes de apoyo, la pobreza, la condición física y mental en general, la capacidad de autocuidado, acceso a salud, educación, situación familiar y económica, antecedentes médicos, implicaciones para sí mismo, para el feto y futuro bebé, riesgos de uno u otro método anticonceptivo que no sea quirúrgico ni definitivo, entre otros.

3. CRITERIOS ORIENTADORES PARA ANALIZAR UN CASO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Partiendo de los datos recogidos en el trabajo de campo y de los criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género, sugeridos por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial realizaré una adecuación y explicaré algunos aspectos elaborados a considerar para analizar y decidir ciertos casos:

i. Identificación de sujetos⁷⁰: advertir quién es la persona sobre la que recae el asunto. De evidenciarse que sea una mujer hay una primera alerta de que puede tratarse de un asunto de género. No es solo Mariana, Daniela, Luz Marina ni Claudia, son también Doña Gloria, Doña Lourdes y tantas personas que están a su alrededor -o no-. Para esta perspectiva, además de la persona directamente vinculada, es necesario identificar a quienes la rodean y que también se verán afectadas con la decisión. Sumado a lo anterior, hay que analizar si están presente alguna(s) de las llamadas “categorías sospechosas” o de discriminación. La avanzada edad, el estado de salud de los(as) cuidadores(as), la falta de redes de apoyo, la situación de desplazamiento, entre otros aspectos, deben ser considerados. Todo esto se debe contrastar con los derechos que se alegan vulnerados.

70 Propuesto por la Comisión Nacional de Género: “estar alertas a la presencia de una mujer en la situación porque ello puede ser un primer llamado que indica que puede tratarse de un tema de género; constatación que debe ser complementada con los derechos que se alegan vulnerados”. En “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”, Comisión Nacional de Género, 2011, <https://videoteca.ramajudicial.gov.co/Fuente/Detalle/2965>.

Para cumplir con este primer criterio es muy útil responder preguntas como: ¿Quién es dueño(a) de qué?, ¿quién tiene derecho a qué?, ¿quién es responsable de qué?, ¿quién controla qué y a quién?, ¿quién decide qué?, ¿quiénes se verán afectados(as) con la decisión que se tome?, ¿qué puede/gusta hacer? Por ejemplo, mientras Claudia es feliz aportando a su familia al realizar las labores de su hogar, Doña Gloria no permite que Luz Marina cocine: no le gusta y cuando lo ha hecho ha quemado la comida o se ha hecho daño.

Es importante tanto la legislación interna como el marco internacional (sentencias, resoluciones, observaciones generales, etc.) porque, como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala (OACNUDH) (2015), brindan a los(as) juzgadores(as) fundamentos jurídicos para fortalecer sus argumentos y dar solución a los casos.

2. Hechos y contextos: las descripciones de los acontecimientos base de la solicitud no pueden interpretarse de manera aislada sino que responden a contextos particulares. Algunos elementos pueden coincidir, como el lugar de residencia y las condiciones económicas y sociales en los casos narrados, pero hay elementos que no permiten que se traten de manera homogénea.

Los casos narrados dan cuenta de contextos particulares de falta de autocuidado, pobreza, abusos, “cadenas de discapacidades”⁷¹, falta de redes de apoyo, carga para sus cuidadores(as), violencias, abandono estatal, entre otros. Es necesario considerar, desde una perspectiva reflexiva, elementos sociales, culturales, económicos, políticos de los intervinientes, cómo estos pueden afectarlos y cómo la decisión contribuiría o agravaría la situación. Por ejemplo, del contexto de Siloé, Edgar, funcionario del puesto de salud, refería que:

“Hay muchas barreras físicas, arquitectónicas y de otro tipo en esta zona de la ladera. La mayoría es loma, son gradas, son trochas. Los usuarios que nosotros visitamos viven en condiciones de pobreza extrema, viven en asentamientos, invasiones, son desplazados y víctimas del conflicto armado”⁷².

3. Interseccionalidad: entender la discriminación de manera más amplia permite considerar sus diversas fuentes. Implica prestar especial atención a categorías que además del sexo y la discapacidad, como la edad, situación socioeconómica, origen étnico/racial, religión, entre otras, se entrecruzan y dan cuenta de la heterogeneidad de las mujeres, sus necesidades y sus experiencias singulares.

71 Expresión manifestada por Lucía (nombre cambiado en la entrevista realizada el 21 de enero de 2019) para hacer referencia a la situación familiar de Andrés Felipe. Caso en el que abuela, hija y madre tienen una deficiencia cognitiva.

72 Manifestado durante la entrevista realizada el día 1 de febrero de 2019.

Las mujeres, en los casos narrados, aunque comparten la discapacidad y condiciones económicas similares, tienen edades diferentes, han tenido –o no– algún tipo de educación. Adicionalmente, factores religiosos y condiciones de desplazamiento, experiencias personales, familiares y sociales influyen en la forma de percibir la discapacidad y la esterilización.

4. Análisis probatorio: no hay documentos ni declaraciones neutras; estas son reflejo de los sesgos de quienes las aportan y pueden o no influir en quienes los analizan y valoran. Es importante valorar las pruebas en su conjunto y considerar el contexto que las rodea. Así como garantizar –y ordenar en los casos en que sea necesario– que las pruebas que se alleguen al proceso reconozcan el modelo social.

Esta labor no fue realizada en ninguna de las sentencias estudiadas. Por ejemplo, en la T-063/12, se limitaron a analizar si se cumplían o no los requisitos formales de declaratoria de interdicción y autorización judicial establecidos en la Ley 1412/10 para autorizar o no la esterilización de una MDC y con base en eso fallaron.

5. Argumentación⁷³: es deber del operador durante todo el proceso vincular todos los aspectos analizados, darles sentido y unidad. Esto permite que las normas sustanciales nacionales e internacionales que se identificaron como aplicables al caso y aquellas que regulan el debate probatorio contextual, se vinculen. Este ejercicio requiere que se realicen las ponderaciones necesarias considerando las asimetrías de poder y que se expongan las desigualdades estructurales en el caso puntual. Además, precisa que se evidencien y controviertan todos los estereotipos identificados en los hechos narrados, las pretensiones, las pruebas allegadas, los alegatos, las normas citadas y cualquier otra actuación.

6. Potencialidad de impacto judicial: es necesario que los(as) operadores(as) consideren las repercusiones que tienen no solo las decisiones sino también los aspectos considerados y omitidos dentro del análisis de los casos. Además de que las decisiones no solo afectan a la PCD sino también a quienes la rodean. Esta labor, que parte de los *parámetros de un modelo social*, no solo servirá para justificar la decisión sino que influirá en la forma de vida de la PCD, su familia y entorno y, a su vez, permitirá un cambio social en la forma de entender la discapacidad.

Con base en todos los criterios expuestos, las acciones desplegadas por las autoridades deben estar dirigidas a promover desde edad temprana el desarrollo de las PCD, sus condiciones físicas, mentales y de salud necesarias para el ejercicio de las labores de autocuidado y de toma de decisiones de manera

73 Propuesto por la Comisión Nacional de Género, en cuanto a que este ejercicio permite la vinculación de las normas sustanciales y todo el acervo o material probatorio. En “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”.

autónoma y libre, así como el fortalecimiento de sus redes de apoyo. Esto implica que los programas y las políticas sociales se dirijan tanto a las personas titulares de los derechos como a sus familiares y a la sociedad en general.

Un Estado que verdaderamente promueva una comprensión de la discapacidad a partir de esta apuesta de modelo debe basarse en dos cuestiones fundamentales: un cambio institucional y uno social. El primero deberá proveer a las PCD, especialmente a las MDC, desde pequeños(as) y entendiendo sus particularidades, de herramientas para que con el acompañamiento necesario y en la medida de lo posible, puedan maximizar y aprovechar sus capacidades, habilidades y tomar sus propias decisiones considerando sus condiciones y las consecuencias de estas.

El acompañamiento temprano a las PCD es fundamental porque no se le puede pedir a una persona, a la que siempre se le ha tratado como incapaz de decidir, que de un momento a otro y para una situación trascendental decida lo que considera mejor. Menos cuando su voluntad siempre ha estado anulada y sus decisiones han sido tomadas por otra persona. Cabe resaltar que la sola manifestación de que se les brinda la “asesoría para la toma de sus decisiones”- expresión frecuente en los últimos pronunciamientos de la Corte y en la nueva Ley-, no es sinónimo de cumplimiento de esta ni un verdadero entender de la discapacidad a partir de un modelo social.

El cambio social, que parte del institucional ya mencionado, debe llevarnos a desligar la discapacidad de la persona que la posee, trasladar y asumir las responsabilidades también nosotros(as) como sociedad que permite que esta condición sea un impedimento para participar en igualdad de condiciones. Si bien hay que reconocer que el hecho de que se les brinde el acompañamiento y asesoría para tomar decisiones es un avance, no puede pretenderse que una persona que nunca en su vida ha decidido por sí misma y que siempre ha sido tratada como un niño(a) tome una decisión consciente e informada, desconociendo que parte de lo que es y puede hacer depende de todo aquello que le rodea y que hace que se relacione, entienda y viva el mundo de manera diferente.

4. CONCLUSIONES

¿Quién es persona y qué se requiere para serlo? Es una de las preguntas cuya respuesta ha ido cambiando social y jurídicamente a lo largo del tiempo. Así como los indígenas, los negros y las mujeres, las PCD han sido una minoría invisibilizada históricamente.

En este trabajo, se presentaron las formas en las que sigue siendo vista la discapacidad, considerándose como un castigo divino, maldición o enfermedad, como ilustran los casos de Daniela y Luz Marina.

Así como las posturas asumidas desde la legislación y la jurisprudencia frente al tema. Aunque la Corte Constitucional Colombiana no la ha comprendido a la luz de un modelo de prescindencia, sí la ha visto como una cuestión netamente fisiológica que implica una desventaja y la necesidad de adecuación a la sociedad. Esto se evidenció en el análisis de los casos decididos sobre esterilizaciones forzadas a MDC antes e incluso después de la ratificación de la CDPD. Esta práctica que ha sido justificada por múltiples razones que van desde eugenésicas hasta sobreprotectoras, afecta de manera desproporcional a las MDC con relación a los hombres, y refleja la forma en la que se han entendido aspectos como la capacidad y el consentimiento de las MDC.

La prevención de abusos sexual y embarazo en las MDC son las mayores razones para justificar esta práctica, que si bien, puede protegerlas de un embarazo no lo hace de ETS, explotación sexual, manipulación por parte de terceros, lesiones, entre otros. Incluso, la esterilización en lugar de protegerlas contra el abuso sexual, aumenta su vulnerabilidad.

En Colombia, la Corte Constitucional reconoció y estableció que las PCD, en especial, las MDC, son sujetos de especial protección. Leyes como la 1306/09 y disposiciones como el artículo 6° 1412/10 que autorizaba a los representantes legales a decidir sobre la esterilización de una PCD, fueron intentos de ello. Sin embargo, esta última ha generado grandes movilizaciones de grupos que consideran que vulnera una serie de derechos y va en contra del modelo social adoptado con la CDPD y la ley 1996/19.

Entender la discapacidad a partir de este modelo social implica reconocer que existen ciertas relaciones de poder, barreras y obstáculos impuestos por la misma sociedad a un grupo particular de personas que por su diversidad funcional no interactúan con su entorno en las mismas condiciones que los demás hacen. Lo que genera fuertes discriminaciones y exclusiones que se agrava cuando confluyen otros elementos como el sexo, la etnia/raza o la situación socioeconómica.

Este cambio en la comprensión de la discapacidad lleva a reflexionar sobre la forma de entender la capacidad de estos(as) para consentir y decidir sobre sí mismos(as). Bajo un modelo de prescindencia e incluso médico-rehabilitador, la PCD no tiene capacidad de decidir ni consentir y era otra persona quien las tomaba por ella. Con la apuesta por un modelo social, la discapacidad es entendida como una construcción social, producto de muchos factores que ubican a determinadas personas en una posición de inferioridad respecto a otras.

Hablar entonces de un modelo social que reconoce la plena capacidad de las PCD debería considerar ciertos factores. Si bien es un error que el artículo 6° de la ley 1412/10 autorizara la esterilización a una PCD casi que en cualquier caso, caer en el otro extremo, el propuesto con la nueva ley, también lo es

y requiere ser matizado.

En este sentido, de las entrevistas realizadas y las observaciones a los entornos y contextos, se evidencian que las situaciones de las MDC, sus cuidadoras(es) y de los(as) funcionarios(as) de salud son diferentes y dan cuenta de varias cosas. Primero, la forma cotidiana de entender la esterilización y cómo, aunque jurídicamente estemos en un modelo social, coexisten los tres modelos de entender la discapacidad. Segundo, las particularidades e interrelación entre las categorías de género, discapacidad, edad, situación económica, entre otras. Tercero, la forma en la que los requisitos formales como la interdicción pasan a un segundo plano y sus decisiones responden a otras dinámicas, muchas veces desconocidas por el derecho.

Además de lo anterior, se resalta lo importante que es para los(as) entrevistados(as), que las políticas de desarrollo de personalidad, capacidades de autocuidado, autogestión y auto sostenimiento de las PCD, así como de aprovechamiento de sus habilidades, talentos y creatividad sean el centro de un nuevo tratamiento de la discapacidad. Más que promover formalmente el respeto de la capacidad y las preferencias de ellas, las autoridades y sus “normas” deben conocerlos(as) a ellos(as), sus contextos y sus necesidades. Esto sí permitirá un cambio en la forma de entender y vivir la discapacidad.

Con base en lo anterior, se insiste en la necesidad de evitar los extremos, apostar por un modelo social moderado que considere los elementos contextuales y multidimensionales que rodean a cada una. En este sentido, las políticas públicas y programas sociales que busquen desarrollar las capacidades de la PCD y su toma de decisiones deben responder a sus realidades e implementarse desde temprana edad para desarrollar verdaderamente sus capacidades, pues de nada sirve decir que se debe respetar la capacidad y voluntad de esta si nunca se han promovido ni desarrollado.

La realidad de la que nos dan cuenta los casos narrados, evidencian lo necesario que se hace la inclusión de la perspectiva de género en el análisis de los casos. Esto, además de ser una obligación que se desprende de la Constitución y convenciones sobre protección de derechos de la mujer y de PCD, es una herramienta que puede aportar para un cambio social y legal. Esta apuesta que se ha venido promoviendo en países como Australia y Canadá, implica considerar factores económicos, culturales, geográficos, simbólicos, políticos, entre otros, que afectan no solo a mujeres con relación a los hombres, sino también a los diversos y complejos sectores de mujeres según su discapacidad, edad, clase, condición socioeconómica, etnia/raza, etc.

Así como las mujeres con relación a los hombres somos diferentes, cada mujer con relación a otra también lo es. Los casos de Daniela, Luz Marina y Claudia, si bien comparten el elemento “discapaci-

dad”, están rodeados de factores diferentes que han marcado su vida y su experiencia. Esto hace que la forma en la que cada una entiende el mundo, se relaciona con su entorno y con los demás sea diferente. Abusos sexuales, esterilizaciones jóvenes, embarazos, ausencia o apoyo de familiares hacen particular cada una de estas historias.

El análisis con esta perspectiva implica partir de la identificación de la PCD, de todas las personas afectadas con la decisión y el reconocimiento de las categorías sospechosas que pueden confluir. Así como comprender aquellos derechos que consideran vulnerados, a la luz de la legislación interna e internacional. En esto, los(as) operadores(as) jurídicos tienen una labor fundamental si se quiere hablar de una mejor forma de analizar estos casos. Su labor debe ser activa en el sentido de analizar de manera rigurosa, conjunta y contextual el material probatorio de cada caso; análisis que no se puede limitar a una adecuación jurídica o al estricto cumplimiento de una disposición.

La valoración que se realiza de los hechos, las normas nacionales e internacionales y los aspectos probatorios deben estar articulados a través de un buen ejercicio argumentativo. El rol de funcionario(a) *más allá de estar sujeto y obedeciendo ciegamente las normativas debe valorarlas a la luz de las condiciones del caso particular y de las repercusiones de la decisión.*

Esta labor de protección de derechos de PCD con una perspectiva de género requiere sujetos que no sean apáticos e insensibles con la realidad y meros aplicadores mecánicos de la norma. Es importante que reconozcan que también son parte de una sociedad y que las circunstancias de esta influyen en la forma de ver y valorar determinadas situaciones. Implica entender que como ellos(as) están influenciados por un cúmulo de factores, las personas sobre las que se van a decidir también están inmersas en contextos de pobreza, abusos, falta de redes de apoyo, violencia, abandono estatal, entre otros aspectos.

Cada caso es particular y por eso hay que analizarlo con lupa; esto evitará que las valoraciones se realicen en abstracto y de manera general o por cumplir una disposición. Más allá de determinar si una MDC tiene o no la capacidad o el derecho a decidir, si puede o no afrontar la maternidad de manera autónoma, si puede o no sustituirse el consentimiento o si tiene la capacidad para consentir una relación sexual, la valoración debe tener en cuenta sus condiciones particulares: una niña/joven/adulta, el tipo de discapacidad y las implicaciones de esta, su entorno familiar y situación económica, su acceso a información, contextos de abusos y violencias, sus redes de apoyo, entre otros aspectos.

No es solo el Estado con su promulgación y derogación de leyes y políticas. Tampoco es una labor netamente de funcionarios(as) judiciales o de salud. Si se quiere un verdadero cambio en la forma

de comprender la discapacidad, que no solo esté en armonía con el marco internacional sino que verdaderamente respete y garantice los derechos de la PCD, todos y todas debemos asumir nuestra cuota de responsabilidad y compromiso.

La capacidad de decidir y consentir responde y depende de realidades, contextos y factores que deben ser considerados en cada caso. Si bien no hay un *check-list* de cosas por hacer al pie de la letra para lograr una mejor sociedad para las PCD, el cambio puede y debe empezar por dejar de excluir a lo diferente por lo que consideramos puede aportar y darle su lugar. El camino debe ser comprometernos todos(as) a brindar lo que esté a nuestro alcance como parte de una sociedad para facilitar el desarrollo de las PCD y el ejercicio de sus derechos considerando siempre sus condiciones particulares.

REFERENCIAS

Marco normativo

Acuerdo N° PSAA08-4552 “Justicia, Derecho y Género”. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Por el cual se dictan reglas para la aplicación de la equidad de género en la rama judicial, 2008.

Ley 1346 de 2009, 31 de julio de 2009. Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Diario oficial 47.427.

Ley 1412 de 2010, 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. Diario oficial 47867.

Ley 1996 de 2019, 26 de agosto del 2019. Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Diario oficial 51.057.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia T-850/02, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-248/03, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T-492/06, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-1019/06, M.P Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-560A/07, M.P Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-293/10, M.P Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia T-063/12, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sentencia C-131/14, M.P Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-740/14, M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-182/16, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Sentencia T-303/16, M.P Jorge Igancio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia T-573/16, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-665/17, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Sentencia T-231/19, M.P Cristina Pardo Schlesinger.

Doctrina

Alviar, Helena e Isabel Jaramillo. *Feminismo y crítica jurídica: El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención de Derechos de Personas con Discapacidad*, 13 de diciembre de 2006.

Colekessian, Ani. “Violaciones a los derechos de las mujeres: Esterilización forzada, control de natalidad y el VIH/sida”. *Awid (blog)*, 6 de junio de 2013. <https://www.awid.org/es/noticias-y-an%C3%A1lisis/violaciones-los-derechos-de-las-mujeres-esterilizacion-forzada-control-de-la>.

“Corte viola derecho internacional al aprobar esterilizaciones”. *Universidad de los Andes*, acceso el 15 de noviembre 2019, <https://uniandes.edu.co/es/noticias/derecho/corte-viola-derecho-internacional-al-aprobar-esterilizaciones>.

“Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género”. *Comisión Nacional de Género*, 2011, <https://videoteca.ramajudicial.gov.co/Fuente/Detalle/2965>.

Facio, Alda. “Con los lentes del género se ve otra justicia”. *Ilsa*, n°28:1-18 (2002): Acceso 13 de agosto de 2019. <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/562cc59475fo864.pdf>.

Frohman, Carolyn. “Dehumanised: The forced sterilisation of women and girls with disabilities in Australia”. *Women With Disabilities Australia* (2018). http://wwda.org.au/wp-content/uploads/2013/12/WWDA_Sub_SenateInquiry_Sterilisation_March2013.pdf.

García, Luisa Fernanda. “La incorporación de la perspectiva de género y etnicidad en el campo jurídico colombiano”. *Justicia* (online), n.30 (2016): 70-85. Acceso 13 de agosto de 2019. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=So124-74412016000200005&script=sci_abstract&tlng=es.

Gutiérrez, Carolina. “Esterilizadas y sin derecho a opinar”, *El Espectador*, 2 de noviembre. Acceso 12 de noviembre 2018. <https://www.elespectador.com/noticias/salud/esterilizadas-y-sin-derecho-a-opinar/>.

Hoyos, Sara, y Mauricio García. “La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: Una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional”. *Revista de Derecho Público* n°31 (2017): 7. Doi: <http://dx.doi.org/10.15425/r ede pub .38.2017.04>.

Lamas, Meilán. “La esterilización de incapaces”. *Revista Cadernos de atención primaria* 11 (2004): 333-340. http://www.agamfec.com/wp/wp-content/uploads/2015/07/09B_Colabo_N11_5.pdf.

Martin, Sandra. “Physical and Sexual Assault of Women with Disabilities”. *Violence Against Women* 12, no.9 (2006): 823-837. Doi: [10.1177/107780120629267](https://doi.org/10.1177/107780120629267).

“Herramientas para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género, en la elaboración de sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer”, *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala –OACNUDH–*, acceso 13 de marzo de 2019, <https://www.ohchr.org/Documents/>

Issues/Women/WRGS/Herramienta_DHVSG_alta.pdf.

“Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy: Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen”, *Organización de Naciones Unidas*, acceso el 12 de diciembre de 2018, <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/103/29/PDF/G9910329.pdf?OpenElement>.

“Historia de la discapacidad y las Naciones Unidas – Cronología: 1980 – al presente”. *Organización de Naciones Unidas*, 2007. Acceso 23 de febrero de 2019. <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=523>

PAIIS, et al., “*De la esterilización forzada a la psiquiatría forzada: Reporte sobre violaciones a los derechos humanos de mujeres con discapacidad, mujeres en situación de desplazamiento y personas transgénero*”, acceso el 23 de febrero de 2019, <https://www.madre.org/sites/default/files/PDFs/IWHR%20COLOMBIA%202013%20SPA.pdf>

Palacio, Agustina. *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo editorial CINCA, 2008. Edición PDF.

Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, 20 de diciembre de 1971.

Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, 9 de diciembre de 1975.

Tirado, Misael. s. f. “*Perspectiva de género en el acceso a la justicia*”. Acceso 20 de febrero 2019.

Vallejo, Geovana, Mónica Hernández y Adriana Posso. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos”. *Revista CES* 8, no.1 (2018). <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/4272/0>.