

Bogotá, 27 de julio de 2015

Honorable Magistrada
MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Corte Constitucional
E.S.D.

Asunto: Respuesta a oficio 1217.

Concepto sobre el expediente D-10813. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 (parcial) de la Ley 1098 de 2006.

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Isabel Güiza Gómez y Paola Fernanda Molano Ayala, director e investigadoras del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia, ciudadano y ciudadanas colombianos, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en respuesta a la amable solicitud de la Corte, presentamos nuestro concepto sobre la constitucionalidad del artículo 66 (parcialmente demandado) de la Ley 1098 de 2006 (en adelante el Código de la Infancia y la Adolescencia)¹. En nuestro concepto, la norma parcialmente demandada viola las obligaciones del Estado colombiano en relación con los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad, especialmente, el deber estatal de reconocer la personalidad y la capacidad jurídica de estas personas, de forma universal. Esto pues, a efectos del

¹ En extenso, este artículo establece: “Artículo 66. Del consentimiento. El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, *sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental* o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público. (Los apartes subrayados corresponden a las expresiones demandadas)

consentimiento necesario para la adopción, esa norma niega a los padres y las madres con discapacidad mental, la personalidad y capacidad jurídica para otorgar tal consentimiento.

En efecto, el artículo 66 del Código de Infancia y Adolescencia regula el consentimiento para dar en adopción a un hijo o hija y, en particular, los requisitos del consentimiento para dar en adopción. En específico, el inciso tercero establece dos situaciones en las que, a efectos del consentimiento para la adopción, se entiende la falta de padre o madre: (i) el fallecimiento y (ii) la enfermedad mental o grave anomalía psíquica, certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses². La segunda de estas situaciones es objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad, pues la misma tiene por fin que la Corte declare inexecutable el aparte “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental*”, contenido en el citado artículo 66.

Para el actor, dichas expresiones, al equiparar la situación de los padres con una enfermedad mental a la situación de falta de padres por fallecimiento, niegan a los padres y las madres, que padezcan una enfermedad mental, el derecho de dar su consentimiento sobre la adopción de sus hijos, sin tener en cuenta si la respectiva enfermedad mental es temporal o curable. Por consiguiente, la norma parcialmente demandada (i) constituye un trato desigual y discriminatorio en razón de la discapacidad (artículos 5 y 13 de la Constitución), (ii) niega el derecho de permanecer en una familia de los padres y a los hijos que se encuentran en estas circunstancias (artículo 42 Superior) y viola los derechos de los niños que están en tales condiciones de tener una familia y no ser separados de ella (artículo 44 de la Constitución)

En nuestro concepto, éste es un tema que plantea problemas jurídicos muy interesantes, pues si bien la Corte Constitucional en algunos casos se ha pronunciado sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad y su consideración como sujetos de especial protección constitucional³, hasta el momento la Corte no ha tenido la oportunidad de estudiar la naturaleza y el alcance del consentimiento en trámites de adopción, por parte de las personas con discapacidad⁴. En nuestro criterio, este caso

² Teniendo en cuenta que solicitaremos a la Corte la integración por unidad normativa de la última parte del inciso tercero del artículo 66 del Código de Infancia y Adolescencia, en lo que sigue de nuestro análisis, cuando hagamos referencia a la norma acusada, deberá entenderse que incluimos tanto el aparte demandado inicialmente como las expresiones “*o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”. Igualmente, cuando usemos el término discapacidad mental, deberá comprenderse que hace alusión tanto a la enfermedad mental como a la grave anomalía psíquica, contenidas en la norma parcialmente demandada.

³ En este sentido, la Corte se ha referido a la protección de las personas con cualquier tipo de discapacidad y ha enfatizado en el carácter de sujetos de especial protección, respecto de quienes el Estado tiene la especial obligación de garantizar, mediante medidas positivas, la igualdad. Ver, entre otras, las sentencias T-207 de 1999, C-804 de 2009, C-824 de 2011, T-372 de 2012, T-597 de 2013, T-933 de 2013, C-671 de 2014.

⁴ La Corte Constitucional hasta el momento no ha estudiado el alcance del consentimiento de las personas con discapacidad en trámites de adopción. Sin embargo, en otras oportunidades esta misma Corte se ha pronunciado sobre los derechos de las personas con discapacidad en los trámites de adopción. Por ejemplo, en la sentencia C-804 de 2009, la Corte analizó una acción de inconstitucionalidad contra la expresión “*idoneidad física*” contenida en el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia. Dicha norma establece que la persona que quiera adoptar debe cumplir, entre otros, el requisito de idoneidad física. La Corte en ese caso debía decidir si la expresión demandada era contraria a los derechos a la igualdad y a conformar una familia de las personas con discapacidad. Para solucionar ese problema jurídico, la Corte encontró que existe una interpretación de la norma más acorde con los principios de igualdad y de dignidad de las personas, sin que comprometa el interés superior del niño, el cual es un elemento fundamental en la adopción. De acuerdo con tal interpretación, toda valoración sobre la idoneidad física de una

plantea tres perspectivas de análisis, respecto de las cuales la Corte debería pronunciarse: los derechos a la igualdad, a la no discriminación, y al reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica de los padres y las madres con discapacidad mental; los derechos y el interés superior del niño; y el derecho a la familia tanto de los padres y las madres en estas condiciones como de sus hijos. Sin embargo, nuestro propósito en la presente intervención no es resolver definitivamente todos los problemas jurídicos del caso ni abordar estas tres perspectivas de análisis. El objeto de nuestra intervención es presentar algunas líneas de reflexión en relación con los derechos a la igualdad, a la no discriminación, y al reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de los padres y las madres con discapacidad mental, a quienes la norma no les permite otorgar su consentimiento en relación con la adopción de sus hijos, ya que considera que no existen.

Nosotros consideramos que la Corte debería declarar inexecutable dicha expresión o, en su defecto, executable de forma condicionada, como lo señalaremos más adelante. Además, en nuestro escrito sugeriremos a la Corte que, por integración de unidad normativa, también estudie la constitucionalidad de las expresiones “*o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*”, que hacen parte del mismo inciso en el que se encuentran las expresiones inicialmente demandadas. Ello por cuanto, como lo justificaremos más adelante, existe equivalencia normativa entre los dos apartes de la norma acusada –esto es, entre la parte demandada y la que sugerimos sea integrada al estudio de constitucionalidad–, por lo que un fallo de constitucionalidad que no tenga en cuenta la última parte del inciso tercero del artículo 66, sería inocuo.

Para tal fin, la presente intervención la dividiremos en cuatro partes. En la primera, sustentaremos nuestra petición de integración de unidad normativa de la expresión demandada con la última parte del inciso tercero del artículo 66 del Código de Infancia y Adolescencia. En la segunda parte, mostraremos los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional que definen la obligación del Estado de reconocer que las personas con discapacidad tienen personalidad jurídica y capacidad jurídica, en igualdad de condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida. En el tercer aparte, haremos referencia al modelo de apoyo a las decisiones, como mecanismo que debe ser implementado por el Estado colombiano para hacer efectivos los derechos a la personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Y en la cuarta y última sección, a modo de conclusión, solicitaremos a la Corte que declare **INEXECUTABLE** la expresión demandada por ser abiertamente discriminatoria o, en su defecto, que la declare **EXECUTABLE DE FORMA CONDICIONADA**, en el entendido en que el Estado debe presumir la capacidad jurídica de las personas con

persona para adoptar debe tener en cuenta todas las condiciones, tanto médicas como sociales, de quien sea candidato a padre o madre adoptante. Esto exige, entonces, que “no se puede descalificar a una persona como posible padre o madre adoptante, por el sólo hecho de que tenga una discapacidad, sino que dicha condición debe ser evaluada en cada caso concreto por las autoridades y expertos, junto con los demás factores de idoneidad exigidos por la ley, y siempre en función de interés superior del menor, esto es, a la luz de las necesidades de amor, cuidado y protección del niño, niña o adolescente que será adoptado”. En esa sentencia, la Corte también recalcó que una interpretación de este tipo resulta acorde con el modelo social de la discapacidad, para el cual el entendimiento de la discapacidad debe superar el enfoque de enfermedad y, en su lugar, debe centrarse en la interacción de la persona con el entorno, esto es, la forma en que la persona puede superar las barreras del ambiente para ejercer plenamente sus derechos.

discapacidad y debe ofrecerles, en la medida de lo razonable, el apoyo necesario para manifestar su consentimiento sobre dar o no en adopción a sus hijos.

1. Solicitud de integración normativa de las expresiones “o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses” también contenidas en el artículo 66 demandado (parcial)

En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional ha precisado que la integración por unidad normativa tiene carácter excepcional⁵ y procede para evitar que el fallo sea inhibitorio o inocuo, cuando⁶:

- “a) la expresión demandada carece de un contenido deóntico claro unívoco, o de un ámbito regulador propio, por lo que es necesario incluir en el juicio de constitucionalidad otros enunciados normativos que la complementan y permitan conformar una proposición jurídica completa;
- b) se trata de un enunciado que se encuentre íntima e inescindiblemente relacionado con otra norma que parezca *prima facie* inconstitucional;
- c) resulta imprescindible para que el fallo no sea inocuo porque el contenido normativo se replica en otra disposición no acusada⁷”.

En el presente caso solicitamos a la Corte Constitucional la integración de la unidad normativa de la última parte del inciso tercero del artículo 66 parcialmente demandado, por cuanto consideramos que se cumple el tercer escenario en el que procede esta figura. El inciso tercero del artículo 66 del Código de Infancia y Adolescencia dispone:

“A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, *sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental* o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.”

En nuestro concepto, las expresiones demandadas ameritan un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional, pues poseen un contenido normativo propio y claro, por lo que no hay paso a considerar un fallo inhibitorio. Sin embargo, también consideramos que sería procedente la integración de la unidad normativa en los términos que proponemos, ya que existe equivalencia normativa entre el aparte demandado –“sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental”- y la última parte de ese inciso –“o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses”-.

En efecto, las dos expresiones hacen parte del segundo supuesto en el que esa norma considera que no hay padre o madre, en relación con el consentimiento para adoptar. Esto se evidencia en la redacción de la norma, la cual usa la conjunción “o” para

⁵ “La aplicación de [la integración por unidad normativa] es excepcional por cuanto implica un control oficioso del ordenamiento jurídico, en la medida en el juicio de validez recae sobre disposiciones que no fueron expresamente demandadas. Así mismo, restringe el carácter participativo de las acciones de inconstitucionalidad, en cuanto los intervinientes en el proceso no tienen la oportunidad de pronunciarse sobre los preceptos con los que se conformó la unidad y no fueron demandados. Por tal razón, la interpretación de las causales anteriores debe ser restrictiva

⁶ Ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-539 de 1999, C-055 de 2010, C-553 de 2010, C-879 de 2011, C-889 de 2012, C-1017 de 2012, C-579 de 2013.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2014

equiparar la enfermedad mental con la grave anomalía psíquica. Por ello, un fallo de la Corte que solo estudiara el aparte demandado sería inocuo, pues la decisión que llegara a adoptar esa Corporación no aplicaría a las últimas expresiones mencionadas, las cuales se refieren a la misma situación regulada por las disposiciones acusadas. En tal medida, creemos que procede la integración de la unidad normativa solicitada.

2. La obligación del Estado colombiano de reconocer que las personas con discapacidad tienen personalidad y capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida

Diferentes instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han establecido que, para hacer efectivos los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad, los Estados deben cumplir una serie de obligaciones. Estas son (i) el deber de reconocer la personalidad y capacidad jurídica universal de las personas con discapacidad, (ii) el deber de implementar medidas para lograr la inclusión social de estas personas, y (iii) la obligación de adoptar e implementar medidas y ajustes razonables para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de esta población. Estas obligaciones son violadas por el Estado colombiano con la disposición acusada.

En efecto, el inciso tercero del artículo 66 del Código de Infancia y Adolescencia establece que, a efectos del consentimiento para adoptar, se entiende que faltan los padres (i) cuando los mismos han fallecido o (ii) cuando éstos tienen una enfermedad mental o grave anomalía psíquica. Este último escenario es objeto de la demanda que la Corte debe estudiar en esta ocasión. Debido a que se entiende que no hay padres en estas situaciones, no es necesario solicitar el consentimiento de los padres para la adopción de niños, niñas y adolescentes (en lo que sigue NNA) en tales circunstancias.

De tal manera, la norma parcialmente demandada, que corresponde a la segunda circunstancia, de una parte, hace una diferenciación en el trato legal sobre el consentimiento para adoptar entre los padres y las madres que tienen una enfermedad mental frente a quienes no la tienen; y, de otra parte, niega de plano la capacidad jurídica de los padres y las madres con una enfermedad mental para dar su consentimiento sobre la adopción de sus hijos, por lo que desconoce la personalidad jurídica de dichos padres y madres. Por ello, esta norma viola las obligaciones del Estado colombiano en materia de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad.

En esta sección, nos ocuparemos del alcance que los estándares internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia constitucional le han dado a estos deberes estatales.

2.1. Estándares internacionales de derechos humanos en la materia

De acuerdo a los tratados regionales e internacionales -que integran el bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución Política) y, por tanto, son vinculantes

para el Estado Colombiano- los derechos a la igualdad y a la no discriminación⁸ son *derechos humanos esenciales* que sustentan la protección de todos los derechos⁹. Pero la naturaleza de estos derechos no se agota en su carácter de derechos humanos esenciales. Más que eso, los derechos a la igualdad y a la no discriminación son *principios transversales* a todos los derechos, ya que constituyen el sustento de la garantía y goce efectivo *igual* de los derechos para *todas* las personas. En efecto, en el núcleo duro de la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas merecen una *igual* protección, sin distinción de sexo, raza, etnia, nacionalidad, discapacidad, estatus social, orientación sexual, identidad de género, o cualquier otra condición personal. Así lo indicó la Corte IDH en la Opinión Consultiva 04 al afirmar que:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”¹⁰.

El derecho a la igualdad y el consecuente derecho a la no discriminación constituyen entonces un presupuesto básico en la protección y el ejercicio de los derechos humanos¹¹. En ese sentido, estos derechos se han convertido en un elemento esencial para combatir situaciones de discriminación históricas, sistemáticas y recurrentes, principalmente, hacia ciertos grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. Uno de esos grupos que han sido discriminados por su condición personal son las personas en condición de discapacidad.

⁸ Se entiende “discriminación” como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 18 (no discriminación), 10 de noviembre de 1989, párr. 7; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 42 período de sesiones, mayo de 2009, Observación General No. 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, párr. 7.

⁹ Ver, Carta de las Naciones Unidas, arts. 1.3 y 55; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5 (21 de diciembre de 1965, ratificada por Colombia el 2 de septiembre de 1981); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1 y 26 (16 de diciembre de 1966, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.2 (16 de diciembre de 1966, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 3 (18 de diciembre de 1979, ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, art. 1.1 (26 de junio de 1987, ratificada por Colombia el 8 de diciembre de 1987); Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2 (20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia el 2 de enero de 1991); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1 (22 de noviembre de 1969, ratificada por Colombia el 28 de mayo de 1973); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 3, 5 y 12 (aprobada por la Ley 1346 de 2009)

¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 04 de 19 de enero de 1984, párr. 55.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 18/03. Párr. 83

A favor de la protección de los derechos de las personas con discapacidad, hay importantes instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales también hacen parte del bloque de constitucionalidad y tienen fuerza vinculante para el Estado colombiano. Entre ellos, destacamos la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad¹², la Convención Interamericana para Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹³ y algunas Observaciones Generales e informes del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (en lo que sigue CRPD, por sus siglas en inglés).

De manera general, estos instrumentos internacionales de derechos humanos han reconocido que las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos y libertades que otras personas, como la autonomía individual y la independencia. Por tanto, tales instrumentos imponen a los Estados las obligaciones de respetar, proteger y garantizar a las personas con discapacidad una protección legal igual y efectiva contra la discriminación. Así, estos instrumentos han entendido que hacen parte del núcleo de los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad, por lo menos las obligaciones de los Estados de: (i) reconocer la personalidad y capacidad jurídica de estas personas, en igualdad de condiciones y en todos los aspectos de su vida; (ii) implementar medidas para lograr su inclusión social; y (iii) adoptar e implementar medidas –entre ellas, las medidas de apoyo a la toma de decisiones y los ajustes razonables necesarios- que garanticen el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

De acuerdo a estos estándares internacionales, a los Estados les es exigible este tipo de obligaciones, porque las normas de derechos humanos se fundamentan en el entendimiento de la discapacidad desde el modelo social. Esto significa que los instrumentos internacionales de derechos humanos comprenden la discapacidad no solamente en un sentido médico por la presencia de una afectación física, mental, intelectual o sensorial, sino también desde una perspectiva relacional, que implica tener en cuenta las diferentes barreras sociales que impiden el ejercicio efectivo de los derechos por parte de las personas con discapacidad. Sobre este modelo haremos referencia con mayor detalle en el aparte tercero.

Es así como la Convención Interamericana para Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante CIADDIS), en su Preámbulo señala que los Estado Partes reafirman “que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometido a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”. Adicionalmente, la CIADDIS estipuló una serie de obligaciones estatales que buscan alcanzar “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad” (art. 2). Dentro de esas obligaciones, se encuentra el deber de los Estados de adoptar medidas de diferente naturaleza -entre ellas, medidas de carácter legislativo- “para

¹² Dicha Convención fue aprobada por la Ley 1346 de 2009 y objeto de estudio por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹³ Esta Convención Interamericana fue aprobada por la Ley 762 de 2002 y analizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad” (art. 3.1).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha aplicado esta Convención en algunas de sus decisiones¹⁴. Por ejemplo, en el caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*¹⁵, aplicó por primera vez el modelo social de la discapacidad. Este caso se refiere al acceso a la justicia por los menores de edad y las personas con discapacidad. Al resolver este caso, la Corte IDH tuvo como marco normativo, entre otros instrumentos internacionales, la CIADDIS y la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Asimismo, la Corte IDH reiteró que las personas con discapacidad se encuentran en una situación de vulnerabilidad, por lo que son titulares de una protección especial por parte del Estado. Ello implica que los Estados tienen la obligación de, por una parte, abstenerse de violar los derechos de las personas con discapacidad; y, de otra parte, adelantar medidas de inclusión social a favor de este grupo poblacional¹⁶. En tal medida, la Corte IDH en esta decisión insistió que para garantizar los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad, los Estados deben implementar mecanismos para lograr la inclusión social de estas personas.

La Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad también establece obligaciones a cargo del Estado a favor de las personas con discapacidad. En efecto, los literales a) y b) del artículo 4 señalan que los Estados tienen el deber de “[a]doptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la [...] Convención”; y “[t]omar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

En ese sentido, el artículo 5-1 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad establece que, para proteger los derechos a la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad, los Estados deben reconocer igual protección legal a todas las personas. Adicionalmente, el artículo 3 de la Convención establece como uno de sus principios “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

El derecho al igual reconocimiento ante la ley es desarrollado por el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Según esa norma, el derecho a la igualdad ante la ley comprende el derecho de las personas con discapacidad de que se reconozca su personalidad jurídica, así como el derecho a la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (art. 12-2). Es decir, el derecho a la igualdad ante la ley incluye los derechos a la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

¹⁴ Entre ellas, Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149; *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 134

El CRPD interpretó el alcance de las obligaciones fijadas en el artículo 12 de la Convención. En esa Observación General, el CRPD destacó que, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos, la personalidad jurídica y la capacidad jurídica son principios universales. De ahí derivan dos importantes consecuencias en términos de derechos y deberes estatales. En primer lugar, significa que la personalidad jurídica y la capacidad jurídica son “un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana, [el cual] debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”¹⁷. Ello por cuanto el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley opera *en todas partes* y, por consiguiente, “no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho”¹⁸.

Por ello, cualquier limitación de la capacidad jurídica debe sustentarse en los mismos motivos para todas las personas. De hecho, en determinadas circunstancias el Estado puede limitar la capacidad jurídica, como ocurre en la quiebra o la condena penal. Sin embargo, lo que le está prohibido al Estado es limitar o, más aún, negar la capacidad jurídica con base en criterios o condiciones personales –como el género, la raza, la etnia o la discapacidad-¹⁹.

Y en segundo lugar, el carácter universal de la personalidad y la capacidad jurídica conlleva que los Estados tienen el deber de abstenerse de negar la capacidad jurídica, cuando el fin o propósito de dicha negación sea discriminar en razón de la discapacidad²⁰. De modo que las normas que niegan la capacidad jurídica a partir de una condición personal, como lo es la discapacidad, constituyen una violación al artículo 12 de la Convención sobre Personas con Discapacidad, por cuanto son discriminatorias *prima facie* al partir de la base de que las personas por la discapacidad pierden su personalidad jurídica y la capacidad de ser titulares de derechos y de actuar conforme a derecho. Este tipo de normas, entonces, desconocen el carácter universal de la capacidad jurídica.

En este sentido, el CRPD enfatiza que las personas con discapacidad son titulares de personalidad y capacidad jurídica, por lo que a los Estados les está prohibido negarles tal personalidad y capacidad. Es por ello que la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad reconoce ampliamente la autonomía de tal grupo poblacional en diferentes esferas, incluidos los derechos de la familia. Así, el artículo 23 de la Convención exige a los Estados adoptar medidas “efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales”. Esto implica, entre otras cosas, que los Estados tienen el deber de garantizar “los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares”. Entre las medidas previstas para cumplir esta obligación, el CRPD enuncia el apoyo en la adopción de decisiones, como lo señalaremos más adelante.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 8.

¹⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/11/4, 25 de noviembre de 2013, párrafo 5.

¹⁹ *Ibidem*, párrafo 28.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 21.

Respecto al ejercicio de la autonomía de las personas con discapacidad en ámbitos familiares, el CRPD en las observaciones finales al informe presentado por República Dominicana destacó la importancia de que el Estado disponga de políticas para la protección de los padres y madres con discapacidad en relación con la custodia de sus hijos e hijas. En tal forma, el CRPD recomendó a República Dominicana que adoptara “medidas para proteger a padres y madres con discapacidad para mantener la custodia de sus hijos e hijas”. Igualmente, recomendó que el Estado protegiera los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad²¹.

Las mencionadas obligaciones estatales operan para cualquier tipo de discapacidad, incluida la discapacidad mental. Sobre este aspecto, queremos resaltar que el CRPD distingue entre la capacidad mental y la capacidad jurídica. Indica este Comité que la primera hace referencia a “la aptitud de una persona para adoptar decisiones”, la cual varía de una persona a otra según múltiples factores (entre ellos, los ambientales y sociales). Mientras que la capacidad jurídica alude a la capacidad de, por una parte, ser titular de derechos y obligaciones y, de otra parte, ejercer tales derechos y obligaciones²².

En tal medida y de acuerdo al artículo 12 de la Convención, la discapacidad mental no deviene automáticamente en la pérdida de capacidad jurídica. Una conclusión normativa de tal naturaleza desconoce el carácter universal de la capacidad jurídica reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Tales normas internacionales, y en concreto el artículo 12 de la Convención, no permiten negar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sino que, por el contrario, exigen que los Estados proporcionen el apoyo necesario para que estas personas ejerzan su capacidad jurídica²³. Ello guarda relación con el modelo de discapacidad basado en derechos humanos que aceptan los instrumentos internacionales, el cual implica cambiar el paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones –que parte del supuesto de que las personas con discapacidad no tienen capacidad jurídica- por el paradigma fundamentado en el apoyo para la toma de decisiones –que es más respetuoso de la dignidad, la autonomía y la independencia-²⁴.

En estos términos, el CRPD establece que respecto a los derechos a la igualdad y a la no discriminación, los Estados tienen la obligación de adoptar e implementar medidas tendientes a garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica. Sobre las características de esas medidas, haremos alusión en la sección tercera de esta intervención.

En estos términos, los instrumentos internacionales de derechos humanos, de manera general, reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a una protección legal igual y efectiva contra la discriminación. De esto deriva que los Estados, en primer

²¹ Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de República Dominicana. Abril 2015. Disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fDOM%2fCO%2f1&Lang=en

²² *Ibidem*, párrafo 12.

²³ *Ibidem*, párrafo 14.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 3.

lugar, tienen la obligación de reconocer la personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad, derechos que tienen el carácter de universales. Por tanto, al Estado le está prohibido negar o limitar la personalidad y capacidad jurídica con base en criterios personales, como la discapacidad. En segundo lugar, los Estados tienen el deber de adoptar medidas para lograr la inclusión social de este grupo poblacional, pues los instrumentos internacionales se basan en el modelo social de la discapacidad. Y en tercer lugar, el Estado debe proporcionar el apoyo necesario para que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos a la personalidad y capacidad jurídica. Esto incluye medidas dirigidas a apoyar a las personas con discapacidad en la adopción autónoma y libre de sus decisiones.

2.2. Jurisprudencia constitucional en este ámbito.

Además de los referidos instrumentos internacionales de derechos humanos, existen importantes precedentes de la Corte Constitucional que también establecen obligaciones al Estado colombiano para garantizar los derechos de las personas con discapacidad. En efecto, la jurisprudencia constitucional sostiene que hacen parte de las obligaciones del Estado colombiano en la materia: (i) la garantía efectiva del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; (ii) la implementación de medidas de inclusión social a favor de estas personas; y (iii) la adopción de medidas y ajustes razonables para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Sobre las obligaciones uno y tres, que son fundamentales para el estudio de este caso, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional y se ha referido, particularmente, al deber de protección de la autonomía de las personas con discapacidad mental frente al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

El Estado colombiano tiene el deber de reconocer igual, efectiva y especial protección a las personas con discapacidad frente a la discriminación

La Constitución Política establece que el Estado colombiano tiene la obligación de brindar protección especial para las personas que hacen parte de poblaciones marginadas y para aquellos que por su condición económica, física o mental se encuentran en situación de debilidad manifiesta (art. 13). Asimismo, la Carta Política dispone que el Estado tiene el deber de implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para las personas en situación de discapacidad (art. 47). Estas disposiciones han servido de fundamento para que la Corte Constitucional desarrolle a favor de la población en situación de discapacidad dos importantes componentes del derecho a la igualdad: la prohibición de discriminación y la garantía de una igualdad efectiva²⁵. La Corte Constitucional también ha señalado que la protección de estos derechos redunda en la garantía de la autonomía individual de las personas con discapacidad²⁶.

²⁵ Corte Constitucional ver, entre otras, sentencias T-117 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-559 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-553 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-824 de 2011 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, T-119 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa,

²⁶ Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-293 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo

De acuerdo a dichas disposiciones constitucionales y al entendimiento que de las mismas ha realizado la Corte, el Estado colombiano no sólo debe prohibir cualquier exclusión con base en la discapacidad de una persona, sino que también tiene la obligación de implementar todas las medidas necesarias que permitan a las personas en condición de discapacidad gozar de manera efectiva de todos sus derechos²⁷. Este último aspecto corresponde al segundo componente del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, esto es, la garantía de una igualdad efectiva.

La garantía de una igualdad real a favor de las personas con discapacidad se hace efectiva en la obligación estatal de promover su integración social con independencia del tipo de afectación que se trate (física, mental o sensorial). Ello por cuanto el objetivo de las normas constitucionales y de los estándares internacionales es que las personas en situación de discapacidad alcancen el mayor desarrollo posible de su personalidad²⁸ y no sean excluidas de los espacios sociales ni del disfrute de sus derechos²⁹.

Este objetivo, además, corresponde al *modelo social de la discapacidad*, el cual ha sido adoptado por los instrumentos internacionales de derechos humanos y aplicado por la Corte Constitucional en varias oportunidades³⁰. De acuerdo a este modelo, las situaciones de discapacidad no subyacen a la persona sino que, por el contrario, provienen de las exclusiones sociales a las que aquellas son y han sido sometidas por no adecuarse a los estándares tradicionales de la sociedad. De ahí deriva, entonces, que el Estado tiene la obligación de remover todos los obstáculos del entorno que impiden o dificultan el ejercicio pleno de los derechos por parte de las personas con discapacidad. En ese sentido, el pleno y efectivo goce de derechos por las personas en situación de discapacidad no depende de que éstas superen su condición de discapacidad, sino de la acción del Estado para adecuar el entorno a las necesidades de este grupo poblacional y, de tal forma, lograr su inclusión en la sociedad.

Bajo este entendimiento, la Corte Constitucional ha ordenado la adopción de medidas que permitan a las personas con discapacidad. Por ejemplo, el acceso de forma preferencial a la atención médica³¹, al espacio público, a la educación, al trabajo y a cualquier espacio social, de acuerdo a sus especiales circunstancias y en condiciones de igualdad³².

En suma, la especial protección de las personas en situación de discapacidad se concreta en la garantía del derecho a la igualdad en su doble dimensión: la prohibición de discriminación por la condición de discapacidad y la igualdad efectiva para gozar de sus derechos a pesar de su condición. A su vez, el segundo componente de la igualdad se

²⁷ Corte Constitucional sentencia C-935 de 2013 M.P. Alberto Rojas Rios

²⁸ Este fin fue declarado como constitucionalmente legítimo en el análisis de constitucionalidad de la ley aprobatoria de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Ver, Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis

²⁹ Organización de los Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador. Artículo 18. Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³⁰ Corte constitucional, sentencia C-935 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas; Sentencia T-1258 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-108A de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³² Corte Constitucional, sentencias T-150 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-192 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo

realiza a través de la implementación de medidas que superen la exclusión a la que son sometidas las personas en situación de discapacidad, sea ésta física, mental o sensorial. En última instancia, la especial protección de las personas en situación de discapacidad requiere que el Estado disponga todas las medidas necesarias y remueva los obstáculos para la plena inclusión social de esta población, con el fin de proteger la dignidad y la autonomía individual de estas personas.

Los derechos a la personalidad y a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental

Lo anotado en el apartado anterior sobre la especial protección de las personas en situación de discapacidad es predicable de todas las personas, sin importar si la discapacidad es de origen físico, sensorial o mental. Es por ello que, respecto de las personas en situación de discapacidad mental, el Estado tiene el deber de reforzar la protección de su dignidad y autonomía individual, por los riesgos de exclusión que padecen a diario³³.

Ahora, el artículo 14 de la Constitución Política reconoce el derecho a la personalidad jurídica de todos los individuos, lo que supone que todas las personas son sujetos de derecho³⁴. En términos de la Corte,

“(...) el derecho a la personalidad jurídica supone el reconocimiento de la existencia de un individuo, sujeto de derechos y obligaciones, cuya calidad apareja un vínculo inescindible con el Estado y sus semejantes, en el que el concepto de persona adquiere una connotación singularizadora, con respecto de quienes revisten igual condición; pero, al mismo tiempo, equiparadora, en relación con el trato que merecen de los distintos estamentos –públicos y privados– adheridos al conglomerado social.”³⁵

De esto deriva que el reconocimiento de la personalidad jurídica, por una parte, se predica de todas las personas, sin excepción; y, de otra parte, es fundamental para el goce de derechos y para constituir la relación entre el individuo, sus congéneres y el Estado. En estos términos, la personalidad jurídica tiene carácter universal y es uno de los conceptos jurídicos fundamentales, pues habilita a los individuos a ser titulares de derechos y a contraer obligaciones.

De la mano con la personalidad viene la capacidad jurídica que trae consigo la posibilidad de obrar y de que los actos tengan consecuencias jurídicas³⁶. Dicha capacidad puede ser limitada cuando median aspectos puntuales que hacen que el juicio y las aptitudes mentales de las personas no sean plenas; restricciones a esta capacidad son la edad, las patologías mentales, los estados de alteración de la conciencia, entre otros. No obstante, la legislación y la jurisprudencia han matizado la idea de capacidad

³³ Corte Constitucional sentencia T-108A de 2014 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Código Civil, art. 1503

y se han admitido grados de restricción a la capacidad jurídica que dependen del nivel de afectación del juicio³⁷.

Además de las estipulaciones del Código Civil sobre la incapacidad jurídica absoluta y relativa³⁸, que mantienen una aproximación tradicional a la idea de capacidad e incapacidad jurídica, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la normatividad vigente sobre la protección de personas en situación de discapacidad mental –entre otras, la Ley 1306 de 2009–, han hecho avances importantes sobre la capacidad de quienes tienen afectaciones intelectuales o comportamentales. A partir de la incorporación paulatina de los estándares de la CRPD y desde una aproximación de respeto de los derechos humanos de la población con discapacidad mental, se ha buscado robustecer la presunción de capacidad jurídica de esta población. La idea fundamental es que no puede presumirse la incapacidad jurídica, sino que esta se debe establecer de acuerdo (i) al grado de afectación que causa la condición médica y (ii) a las posibilidades de mejoría con el apoyo médico y psicosocial necesario. Es decir, no todas las personas con alguna patología intelectual o comportamental son, de plano, incapaces absolutas.

A partir de las consideraciones precedentes, la Corte Constitucional ha retomado el concepto establecido por el legislador en la Ley 1306 de 2009 sobre los grados de incapacidad jurídica que se pueden establecer en las personas con discapacidad mental. El artículo 2 de la citada ley establece que “la incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad comercial y el derecho de los terceros que obren de buena fe”³⁹. La consecuencia de esta disposición es que la incapacidad, cuando es relativa, recae sólo sobre ciertos actos⁴⁰, pero en relación con otros hay presunción de capacidad. Esto no quiere decir que se privilegian los derechos de las personas dependiendo del grado de discapacidad que padecen. Por el contrario, la Corte ha anotado que lo que se busca es proteger a las personas que no están en condiciones de ejercer de forma plena ciertos derechos⁴¹.

Las medidas y ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: la jurisprudencia sobre autonomía y consentimiento en los derechos sexuales y reproductivos

La Corte Constitucional también ha manifestado que el Estado colombiano tiene la obligación de adoptar e implementar medidas y ajustes razonables para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, en especial, su capacidad jurídica. Entre las decisiones de este tipo, resaltamos los fallos sobre la capacidad y autonomía de las personas con discapacidad mental para tomar decisiones respecto a sus derechos sexuales y reproductivos. En específico, haremos referencia a la jurisprudencia

³⁷ Código Civil, art. 1504 y Corte Constitucional, sentencia C-534 de 2005

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Retomado por la Corte Constitucional en la sentencia C-131 de 2014

⁴⁰ “Ley 1306 de 2009, artículo 34. Alcance de la inhabilitación. La inhabilitación se limitará a los negocios que, por su cuantía o complejidad, hagan necesario que la persona con discapacidad mental relativa realice con la asistencia de un consejero.

Para la determinación de los actos objeto de la inhabilitación se tomará en cuenta la valoración física y psicológica que realicen peritos.”

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-131 de 2014 M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

constitucional acerca del derecho de las personas con discapacidad mental a decidir si reproducirse o no y cuántos hijos tener.

Tanto en sede de constitucionalidad⁴² como de revisión de tutela⁴³, la Corte Constitucional ha tenido que decidir varios casos relacionados con el consentimiento sustituto para realizar procedimientos de esterilización a personas con discapacidad mental. En tales sentencias, la Corte ha entendido que, como regla general, aplica la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, por lo que es excepcional la procedencia del consentimiento sustituto. De estas decisiones podemos destacar los siguientes argumentos.

Primero, el consentimiento constituye un elemento fundamental para la garantía de otros derechos, como el derecho a la autonomía y los derechos sexuales y reproductivos, ya que este tipo de decisiones son particularmente relevantes para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad mental. En efecto, la naturaleza invasiva de los procedimientos de esterilización y las consecuencias para la autonomía reproductiva, a diferencia de otras intervenciones médicas, exigen mayores restricciones a la procedencia del consentimiento sustituto.

Segundo, en esos fallos la Corte Constitucional enfatizó que cuando media una discusión sobre el consentimiento de personas en situación de discapacidad mental, se debe buscar el mayor nivel de garantía del derecho a la autonomía. Esto significa que toda la protección debida a quienes están en situación de discapacidad mental ha de encaminarse a que la persona pueda decidir sobre su vida, lo que incluye decidir sobre su reproducción.

Tercero, la protección a la autonomía de las personas con discapacidad mental en los ámbitos relacionados con los derechos sexuales y reproductivos es mayor que en otras esferas, como la que se refiere a la capacidad negocial. Ello por cuanto la capacidad para tomar decisiones sobre el propio cuerpo, a diferencia de la capacidad negocial, tiene mayores repercusiones en la autonomía de las personas.

Y cuarto, debido a la prevalencia de la capacidad jurídica, del consentimiento y de la autonomía en los aspectos relacionados con los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad mental, en estos escenarios procede de forma excepcional y restringida el consentimiento sustituto. Así, es admisible este tipo de consentimiento sólo cuando luego de una evaluación interdisciplinar se comprueba que la persona no está en condiciones de comprender las implicaciones del procedimiento de esterilización y las consecuencias de la maternidad. En los excepcionales casos en los que procede el consentimiento sustituto debe, además, haber mediación de un juez pues, en todo caso, se afecta la posibilidad de tomar una decisión sobre la reproducción. Ahora, el tipo de mediación judicial depende de la edad de la persona. En tal forma, si es mayor de edad, debe haberse surtido el proceso de interdicción. Mientras que si es

⁴² Ibídem. nota al pie 15.

⁴³ Corte Constitucional, sentencias T-850 de 2002, T-248 de 2003, T-492 de 2006, T-1019 de 2006, T-560A de 2006, T-063 de 2012, C-131 de 2014 y T-740 de 20114

menor de edad, la solicitud debe ser decidida por un juez de familia quien debe evaluar, después de un estudio interdisciplinar, la capacidad real de consentir de la persona.

Aunque los supuestos de la línea jurisprudencial que se acaba de mencionar y los de la acción objeto de estudio son diferentes, la subregla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional en los casos reseñados debe tenerse en cuenta para resolver la presente demanda de inconstitucionalidad. Ello debido a que los escenarios constitucionales de las sentencias mencionadas y de la acción que la Corte debe resolver en esta oportunidad, se encuentran estrechamente relacionados. En efecto, tanto los fallos mencionados como la presente acción se refieren a la capacidad de las personas con discapacidad mental para tomar decisiones en ámbitos que hacen parte del núcleo duro de su derecho a la autonomía personal: por una parte, la posibilidad de reproducirse o no y cuántos hijos tener⁴⁴; y, de otro lado, la decisión de permanecer con los hijos que han decidido tener.

3. El modelo de apoyo a la toma de decisiones y las obligaciones del Estado en materia de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad

Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como los instrumentos internacionales de derechos humanos, han entendido que los Estados son respetuosos de sus obligaciones respecto a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, si adoptan e implementan medidas de apoyo y ajustes razonables⁴⁵, para que estas personas puedan ejercer plenamente su capacidad jurídica en la toma de decisiones autónomas e independientes en los diferentes aspectos de su vida.

En efecto, las medidas de apoyo a la toma de decisiones⁴⁶ y los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica permiten que los Estados garanticen una protección igual y efectiva a las personas con discapacidad, impulsen su inclusión en la sociedad y ejerzan los derechos derivados del reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica. Además, este tipo de medidas se sustentan en el carácter relacional o también denominado modelo social de la discapacidad, el cual ha sido reconocido por los estándares internacionales en la materia.

El fin central del modelo de apoyo a la toma de decisiones es brindarle a la persona en situación de discapacidad mental todo el apoyo y las herramientas necesarias para que manifieste su querer y otorgue su consentimiento. En tal forma, este enfoque busca pasar de la sustitución del consentimiento, como regla, a una protección más amplia de

⁴⁴ La Corte Constitucional ha protegido dentro del ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, la decisión sobre cuántos hijos tener y el espaciamiento entre estos como un componente fundamental de la autonomía reproductiva. Al respecto ver sentencias C-355 de 2006 M.P Clara Inés Vargas y Álvaro Araújo y T-672 de 2012 M.P Humberto Sierra Porto

⁴⁵ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 2, inciso 5º: “Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;”

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-740 de 2014. M.P Luis Ernesto Vargas

la autonomía y de respeto por la personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental⁴⁷.

No hay una fórmula precisa para el modelo de apoyo a la toma de decisiones. El modelo a implementar puede complementarse con ajustes razonables. Acerca de la relación entre las medidas de apoyo y los ajustes razonables, el CRPD ha precisado que “[e]l derecho a obtener ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica es independiente y complementario del derecho a recibir apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”⁴⁸. La determinación de la necesidad de implementar ambas medidas depende, como se señaló antes, de las condiciones específicas de cada persona. En cualquier caso, de verificarse que se necesita tanto el modelo de apoyo como ajustes razonables, el Estado está en el deber de implementarlas, pues esto hace parte de una obligación internacional.

Ahora, el tipo de apoyo y la intensidad del mismo dependen de las circunstancias particulares de cada persona, pues la capacidad mental obedece a diferentes factores que son particulares en cada caso. Con todo, el apoyo que se brinde no puede implicar la sustitución en la toma de decisiones ni la restricción desproporcionada, menos la negación, de la autonomía e independencia de las personas con discapacidad. Al respecto, el CRPD precisó que

“El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio (o establecer una unión civil) y fundar una familia, los derechos de reproducción, la *patria potestad*, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad. (Cursivas fuera del texto)⁴⁹”.

Esta diversidad en el apoyo parte del respeto y reconocimiento de la diversidad de capacidades de las personas que incluye, por supuesto, las discapacidades físicas, sensoriales y mentales.

Hay varios modelos generales para el apoyo a la toma de decisiones, no solamente para dar el consentimiento para adoptar sino, en sentido más amplio, cuando una persona con discapacidad mental se encuentra en una situación en la que debe decidir. En la literatura se distinguen principalmente dos modelos⁵⁰: la toma de decisiones “independiente” y la toma de decisiones con apoyo. Cada uno depende del grado e intensidad de apoyo que se requiera en cada caso individualmente considerado, dadas las condiciones de la persona y la situación sobre la que haya que decidir. Sea cual sea

⁴⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/11/4, 25 de noviembre de 2013.

⁴⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/11/4, 25 de noviembre de 2013, párr. 30

⁴⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/11/4, 25 de noviembre de 2013, párrafo 25.

⁵⁰ Inclusion Internacional, Informe anual sobre el derecho a decidir. 2014. Pg 57

el caso, debe haber una salvaguarda que garantice los derechos de la persona, especialmente que asegure que no haya sustitución del consentimiento como primera opción.

Por una parte, en la toma de decisiones independiente⁵¹, los elementos mínimos que se han identificado son: tiempo adicional para tomar decisiones; información en lenguaje sencillo o de fácil lectura; información en varios formatos, como visual o de audio; apoyos de comunicación, por ejemplo, tecnología de asistencia, interpretación o traducción; asistencia informal; y apoyo para desarrollar la capacidad de autogestión.

De otra parte, en la toma de decisiones con apoyo⁵² los elementos identificados son los siguientes: apoyo entre pares; promoción y defensa de derechos; redes de apoyo personal, acuerdos de representación formales o personas de apoyo principales que se ocupan de ayudar a la persona a tomar algunas o todas las decisiones; apoyos de comunicación, por ejemplo, tecnología de asistencia, interpretación o traducción. Dentro de este modelo se incluye la toma de decisiones complejas⁵³ que son aquellas que requieren un apoyo más profundo por el tipo de discapacidad mental de la persona que le dificulta comunicarse de formas tradicionales⁵⁴.

Si bien, como precisamos en párrafos anteriores, no hay un modelo ideal que se pueda aplicar siempre que se requiera dar apoyo a las decisiones, sí existen unos lineamientos generales que hemos presentado a lo largo de esta intervención. Lo que resulta fundamental comprender es que, en aras de proteger los derechos de las personas con discapacidad mental, debe optarse por un modelo de apoyo a las decisiones que garantice la igualdad y el mayor nivel de autonomía de las personas con discapacidad mental.

4. Conclusiones

Los estándares internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional coinciden en que, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, principalmente a la igualdad y a la no discriminación, los Estados deben cumplir una serie de deberes. Estos consisten en que tienen la obligación de (i) reconocer la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, como principios universales; (ii) implementar medidas para lograr la inclusión social de estas personas; y (iii) adoptar las medidas y ajustes razonables necesarios para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de este grupo poblacional.

En cumplimiento de estas obligaciones, los Estados no pueden limitar ni negar la personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Cualquier disposición normativa que desconozca el principio universal de personalidad y capacidad jurídica constituye, entonces, una violación de las obligaciones estatales en

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Canadian Association for Community Living. Response to Draft General Comment No. 1 on Article 12 UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Febrero de 2014

relación con los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad. En ese sentido, normas de este tipo son discriminatorias *prima facie*.

A partir del reconocimiento del modelo social de la discapacidad, para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, el Estado colombiano tiene la obligación de implementar medidas de inclusión de estas personas a la sociedad. Sólo en tal forma se garantizan los derechos de las personas en situación de discapacidad y se respetan los estándares fijados por los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En particular, respecto al goce de los derechos a la personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, el Estado colombiano tiene la obligación de adoptar e implementar medidas y ajustes razonables. Las medidas de apoyo a la toma de decisiones hacen parte del contenido de este deber. De acuerdo a la normatividad estudiada en nuestra intervención, los mecanismos de apoyo a la toma de decisiones deben cumplir los siguientes estándares:

Primero, los diferentes modelos deben dar primacía a la voluntad y a las preferencias de la persona, así como respetar las normas de derechos humanos. Segundo todas las personas con discapacidad deben tener acceso a esos mecanismos de apoyo. Tercero, el grado y la intensidad del apoyo debe adecuarse según las condiciones particulares de cada persona, que no deben ser determinadas de manera exclusiva por un dictamen médico, sino por un análisis más amplio. Cuarto, el modelo de apoyo no debe ser una modalidad de sustitución del consentimiento, sino un apoyo efectivo al ejercicio de la capacidad jurídica. Y quinto, la sustitución del consentimiento es de carácter excepcional y sólo procede cuando (i) se ha surtido el acompañamiento mediante un modelo de apoyo a la decisión adecuado, (ii) persiste la dificultad de la persona para ser consciente de la paternidad o la maternidad y dar consentimiento pleno; y (iii) un juez ha validado que en el caso concreto no es posible que la persona por sí misma tome una decisión.

Un modelo de apoyo a las decisiones para que una persona con discapacidad mental decida o no dar en adopción a su hijo debe incorporar unos contenidos mínimos que se derivan de los anteriores estándares. Con todo, hay que reiterar que el presupuesto fundamental para cualquier modelo es la presunción y el respeto de la personalidad y la capacidad jurídica.

Por lo tanto, para que una persona con discapacidad mental manifieste si quiere dar o no en adopción a su hijo requiere, en primer lugar, de una valoración del grado de discapacidad mental en la que una persona se encuentra. Tal evaluación debe sustentarse en el modelo social de la discapacidad, según el cual ésta no se comprende exclusivamente desde la presencia médica de una afectación sensorial, física o mental, sino también a partir de las barreras sociales que las personas con discapacidad deben enfrentar. La evaluación de la discapacidad mental es, pues, un elemento importante para determinar el esquema de apoyo a la toma de decisiones que la persona requiere, en cuanto al tipo e intensidad.

En segundo lugar, hay que incluir apoyo interdisciplinario (psicólogos, trabajadores sociales) y las redes de apoyo informales de la persona (familiares, cuidadores, amigos). La inclusión de otros actores, adicionales al personal médico, busca que se garantice la manifestación del querer de la persona cuando esta no se comunica de formas tradicionales. Aquí también es importante que se implementen los ajustes razonables necesarios que favorezcan el ejercicio del consentimiento (brindar la información en un formato accesible, facilitar el acceso a espacios, entre otros).

En tercer lugar, con el fin de verificar que se ha protegido el derecho de las personas a manifestar su consentimiento, y por estar en discusión el ejercicio de otros derechos (derechos sexuales y reproductivos, igualdad, autonomía), debe incluirse una salvaguarda. La verificación del respeto de los derechos de la persona debe hacerse por un juez, pues son los encargados de proteger los derechos de todos los colombianos.

En cuarto lugar, la verificación de la aplicación del modelo de apoyo a decisiones debe, igualmente, tener un componente interinstitucional, que no se agota con la determinación de la capacidad mental de la persona, sino que continúa, en la medida de lo razonable, en tanto sea necesario para ejercer una progenitura responsable.

En quinto y último lugar, el modelo de apoyo no puede implicar la sustitución en la toma de decisiones. Cualquier sustitución del consentimiento es excepcional. Por esto, sólo procede cuando se ha verificado por el equipo interinstitucional que la persona no está en condiciones para adoptar una decisión independiente, y ésta valoración ha sido verificada por un juez.

Vale la pena precisar que la aplicación del modelo de apoyo a decisiones no es una instancia dentro del proceso de adopción, sino que es previo a este trámite. Ello debido a que la condición de adoptabilidad de los hijos de personas con discapacidad mental, al igual que la incapacidad jurídica, no se puede presumir.

Para el caso específico, consideramos que la norma demandada del inciso tercero del artículo 66 del Código de Infancia y Adolescencia parte del supuesto de que las personas con discapacidad mental no tienen capacidad jurídica. Es decir, es una norma discriminatoria, porque de plano desconoce los derechos a la personalidad y a la capacidad jurídica.

Por esta razón, de forma respetuosa le pedimos a la Corte, como solicitud principal, que declare **INEXEQUIBLE** las expresiones “*sino también cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses*” contenidas en la norma referida, por cuanto desconocen los deberes del Estado en relación con los derechos a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad, especialmente, la obligación estatal de reconocer la personalidad y a la capacidad jurídica de estas personas de forma universal. Al tiempo, le solicitamos a la Corte que exhorte al Congreso de la República para que regule la materia, teniendo en cuenta los estándares internacionales de protección del ejercicio de la capacidad jurídica de la población en situación de discapacidad mental.

Como petición subsidiaria, le pedimos a la Corte que declare **EXEQUIBLE DE FORMA CONDICIONADA** las mencionadas expresiones, en el sentido que para este tipo de situaciones aplica el principio de personalidad y capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Además, el condicionamiento debe dirigirse a precisar que el Estado colombiano debe garantizar el acceso e implementación de un modelo de apoyo a las decisiones, siempre que se requiera, siguiendo los estándares señalados que hacen parte de sus obligaciones internacionales.

Cordialmente,

Rodrigo Uprimny Yepes
Director de Dejusticia

Diana Isabel Güiza Gómez
Investigadora de Dejusticia

Paola Fernanda Molano Ayala
Investigadora de Dejusticia