

legis

CONCEPTO ICBF No 26

Fecha: 20-09-07

ASUNTO: Su solicitud de concepto con trámite xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 6°, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se da respuesta a la consulta sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Se requiere el consentimiento de ambos padres o representantes legales de un menor de edad, en los casos en los que estos van a hacer parte de una investigación o prueba médica- científica? O es suficiente con el consentimiento otorgado por uno de ellos?

II. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas: 2.1. La Patria potestad; 2.2. El consentimiento en los procedimientos médicos de médicos de niños, niñas y adolescentes.

2.1. La Patria potestad

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad es *el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.*

Con la entrada en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia la patria potestad fue adicionada por la denominada responsabilidad parental, tal y como se expresa en el artículo 14, ... *es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.*

Frente a este tema, la Corte Constitucional en sentencia C-1003/07, con ponencia de la doctora Clara Inés Vargas Hernández manifestó:

En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.

En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo.

Como características de la patria potestad, entre otras, podemos enunciar las siguientes:

- Se aplica excesivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados.
- Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.
- Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.
- Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita.
- Debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre.

La patria potestad es entonces, una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos. Corresponde de manera privativa y conjunta a los progenitores, y sólo puede ser ejercida por ellos, desplegándose además respecto de todos

los hijos, incluyendo los adoptivos. Es por ello que la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro, existiendo también la posibilidad de que, en algunos aspectos, sea delegada entre ellos mismos, del uno al otro (C.C. arts. 288 y 307).

Es importante precisar también que la pérdida o suspensión de la patria potestad, por ser esta una institución jurídica constitucional y legalmente irrenunciable, intransferible, imprescriptible y temporal, debe ser decretada mediante sentencia por la autoridad judicial competente.

2.2. El consentimiento en los procedimientos médicos de niños, niñas y adolescentes

Los artículos 1 y 15 de la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, señalan que “(...) *el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación correspondientes (...).* De modo que: “(...) **Pedirá su consentimiento** para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha establecido que dicho consentimiento se caracteriza por ser libre, informado, autónomo, constante y cualificado. Sobre la naturaleza de cada una de estas características, señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-560A de 2007, con ponencia del doctor Rodrigo Escobar Gil:

El citado acuerdo es libre e informado, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsible, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de perjuicio o coacción que limite la suficiencia de la información e impida la expresión autónoma de una decisión médica. Se entiende que el consentimiento es cualificado cuando es necesario instaurar procedimientos que permitan contratar la autenticidad de la manifestación de voluntad, como ocurre, a manera de ejemplo, con los tratamientos invasivos de asignación de sexo, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional exige que el consentimiento debe constar como mínimo por escrito. Por último, se considera que el acuerdo de voluntades es persistente, para significar que la información médica debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio.

De la misma manera ha sostenido que la garantía del derecho a la vida y a la salud, implica que los pacientes obtengan información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece.

Es así como sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-052 de 2010 con ponencia del doctor Mauricio González Cuervo sostuvo:

Siendo titular de su propia vida, la decisión respecto de los medios o recursos disponibles para la recuperación de la salud es desarrollo de la autonomía personal el paciente, la cual se encuentra

Íntimamente relacionada con los principios de dignidad y autodeterminación de las personas, superándose así la visión paternalista de la salud –que rigió por mucho tiempo- según la cual el médico aceptaba libremente las determinaciones clínicas a favor de su paciente sin su pleno consentimiento.

Ahora bien, en el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, la Corte Constitucional ha señalado que, por regla general, son sus padres o sus representantes legales los que deben prestar la autorización para la realización de cualquier procedimiento o tratamiento médico, lo que se ha denominado como “*consentimiento sustituto*”. No obstante, este consentimiento no se traduce en un poder absoluto, sino que debe tenerse en consideración la opinión de los menores de 18 años, y bajo ciertas circunstancias, solo será válido el consentimiento emanado de los infantes.

Este *consentimiento sustituto* es una manifestación de la patria potestad, a través de la cual se supone que se pretende mejorar las condiciones de salud de los hijos, por cuanto se supone que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la bondad de la intervención paternal. Esta figura se identifica en la doctrina con el nombre de consentimiento orientado hacia el futuro (sentencias T- 474 de 1996, T-337 de 1999 y T-1025 de 2002, SU-337 de 1999).

En este orden de ideas, se ha dicho que tal facultad garantiza la efectiva protección de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quienes no están en capacidad de decidir de manera autónoma sobre su propio cuerpo y se encuentra consagrada en el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 que dispone: *El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata.*

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es una razón válida para restringir el derecho del representante legal a objetar la realización de un procedimiento médico. En razón de ello, ha determinado que **ciertas decisiones de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, cuando ponen en peligro la vida de los menores de 18 años**. En estos casos se ha privilegiado los derechos de los niños frente a las creencias religiosas o de cualquier otra índole.

Es así como la Corte Constitucional en la Sentencia T-411 de 1994, estudió el caso del médico tratante de una menor de edad quien interpuso acción de tutela en contra de los padres con el fin de que se le amparara el derecho a la vida, consagrado en los artículos 11 y 44 de la Constitución Política. La madre había llevado a su consultorio a la niña, a quien le diagnosticó bronconeumonía, desnutrición y deshidrataron, razón por la cual advirtió que debía ser hospitalizada inmediatamente. No obstante, no obtuvo su autorización por cuanto su culto religioso se lo impedía.

El máximo tribunal constitucional, consideró que no podía excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a los niños, niñas o adolescentes, so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres, sosteniendo lo siguiente:

No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que éstas se manifiesten jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona -en el caso sub examine a una menor como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica (ART. 14 C.P.), la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad. (...)

Este caso fue reiterado en la Sentencia de Unificación 337 de 1999, en los siguientes términos:

Por ello estamos <sic> señalado que ciertas determinaciones médicas de los padres o los tutores no son legítimas, por ejemplo, por cuanto ponen en peligro la vida del menor. Así, esta Corte tuteló el derecho a la vida y a la salud de una menor, que requería ser urgentemente hospitalizada, pero sus padres se oponían al tratamiento por cuanto lo consideraban contrario a sus convicciones religiosas. Esta Corporación ordenó entonces que el tratamiento se realizara, incluso en contra de la determinación de los padres, pues era obvio que debía primar el derecho a la vida ya la salud de la menor sobre la libertad religiosa de los padres.

3. CONCLUSIONES Y RESPUESTAS A SU CONSULTA

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir lo siguiente:

Primera. La patria potestad es una institución jurídica creada por la Ley, no en favor de los progenitores, sino en interés de todos los hijos no emancipados, que corresponde de manera privativa y conjunta a los padres. La propia ley prevé que a falta de uno de los padres, dicha atribución será ejercida por el otro, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

Segunda. El consentimiento informado de los padres o representantes legales de los niños, niñas y adolescentes es una manifestación de la figura de la patria potestad que ejercen los primeros sobre sus hijos no emancipados. Para el desarrollo de los tratamientos médicos en niños, niñas y adolescentes, el consentimiento de los dos padres será obligatorio con las excepciones desarrolladas por la jurisprudencia nacional.

Tercera. En los casos en los que se requiera la participación de menores de edad en la realización de prácticas médicas o científicas, de manera general (ya que la consulta realizada no precisa sobre qué tipo de pruebas), podemos decir que deberá darse aplicación al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, garantizando por un lado, que en el desarrollo de las mismas se cumpla con los protocolos

y con la normatividad vigente sobre la materia, y por otro, que con dichas pruebas no se afecte el ejercicio de sus derechos. **Ante todo, si la prueba tiene algún riesgo sobre la vida o la integridad del menor de edad, no podrá ser adelantada o ejecutada.** El consentimiento para ello, en el entendido de que las pruebas a realizar estén aprobadas por la normatividad vigente y se realicen con el cumplimiento de todos los protocolos exigidos, tendrá que ser otorgado por los dos padres cuando la patria potestad sea ejercida por ambos; por tanto, sólo en los casos en los que alguno de los progenitores haya sido privado o suspendido judicialmente del ejercicio de la mencionada figura, no tendrá que obtenerse el consentimiento de aquel.

El presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica