

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE Y SU DESARROLLO EN
LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA
ENTRE 1992 Y 2002

MARIA CLARA ARIAS ARIAS
CATALINA RUGELES MONTOYA
ANA MARÍA LEÓN NEIRA

DIRECTOR: HERNÁN OLANO GARCÍA

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1.- ACERCAMIENTO AL TEMA

- 1.1 Consentimiento Informado del Paciente
- 1.2. Presupuestos o requisitos que debe reunir el Consentimiento

2.- LÍMITES AL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE

3.- ROL DEL MÉDICO

La advertencia de los riesgos
Cláusulas exonerativas de responsabilidad

4.- DIFICULTADES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO FRENTE AL PRINCIPIO PATERNALISTA

5.- ¿CÓMO OPERA EL CONSENTIMIENTO INFORMADO?

6.- CONSIDERACIONES LEGALES Y ÉTICAS

7.- MARCO LEGAL DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

8.- DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

8.1 Internacionalmente

8.2 En Colombia

9.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

- 9.1 Corte Constitucional Sentencia T-401 de 1994 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
- 9.2 Corte Constitucional Sentencia T- 477 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero
- 9.3 Corte Constitucional Sentencia T- 559 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero
- 9.4 Corte Constitucional Sentencia T- 474 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz
- 9.5 Corte Constitucional Sentencia C - 239 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

9.6 Corte Constitucional Sentencia SU – 337 de 1999 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

9.7 Corte Constitucional Sentencia T- 692 de 1999 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

9.8 Corte Constitucional Sentencia T – 1657 de 2000 Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra

9.9 Corte Constitucional Sentencia T- 1390 de 2000 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

9.10 Corte Constitucional Sentencia T – 597 de 2001 Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

INTRODUCCIÓN

El Consentimiento Informado del Paciente se ha convertido en los últimos años, en un tema trascendental y de gran importancia, por cuanto se relaciona de manera directa con la dignidad humana.

Actualmente, el Consentimiento Informado, constituye un elemento fundamental en la relación médico paciente, lo que beneficiará la calidad de la asistencia que se preste a los individuos (paciente).

El paciente es sujeto de derechos y por eso es importante reconocer que el consentimiento que preste para la realización de determinado procedimiento médico, quirúrgico, investigativo etc., hace que se concrete en la realidad el derecho a la autonomía, autodeterminación y en últimas el derecho a la salud y a la vida. Sin embargo, dentro del contexto del Consentimiento Informado del Paciente, no debe entenderse la palabra consentimiento como elemento esencial del acto jurídico, sino como, la aceptación o no de un determinado procedimiento médico, después de recibir la información sobre el tratamiento médico o quirúrgico que va a recibir y de esta manera comunique su decisión.

Se ha entendido por Consentimiento Informado, la manifestación de la voluntad del paciente por medio de la cual autoriza al médico o cuerpo de médicos a que se le realice un procedimiento médico - quirúrgico.

Existe a nivel internacional diferentes declaraciones que se han manifestado sobre el tema, entre las más importantes encontramos la “Declaración de Helsinki”, que contiene una serie de recomendaciones a los profesionales de la Salud dedicados a la investigación biomédica, para seguir algunas normas que, a manera de guía deben observarse cuando se trate de hacer estudios en humanos.

El papel del Estado se ha transformado notablemente, inicialmente era paternalista, intervenía en la relación médico paciente, preservando la vida del individuo, pero dejando de lado su voluntad. Cambia el papel del Estado por un Estado menos paternalista, promoviendo entonces derechos como la autonomía privada, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la salud, derecho a la vida y respetando ante todo la dignidad humana.

Desde este punto de vista, es de vital importancia analizar cual ha sido el desarrollo histórico de esta figura, los derechos involucrados y las vicisitudes que se presentan desde el punto de vista práctico.

Para lograr una presentación adecuada del tema, éste escrito se dividirá en varios segmentos, en donde inicialmente se presentará un acercamiento al tema, más adelante se darán varias definiciones requisitos y demás particularidades del Consentimiento Informado del Paciente sus connotaciones éticas y jurídicas, el rol

del médico en la relación médico paciente y la responsabilidad médica derivada del acto médico, el marco legal de la relación médico paciente.

Finalmente, se presentará el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente al tema.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE Y SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA ENTRE 1992 Y 2002

1. Acercamiento al tema

La primera aproximación al concepto de Consentimiento Informado del Paciente, fue en la Grecia Clásica, en donde primaba el concepto paternalista de la relación médico-paciente. La función principal del médico era curar, restaurar las costumbres del paciente y moralizarlo enseñándole en que consiste su bien, natural y moral.

Esta actitud ha persistido prácticamente hasta el siglo XX, con escasos cambios, no obstante, haber comenzado en la edad Moderna, el concepto de autonomía.

En la edad Media, el hombre se motiva para descubrir realidades diferentes, investiga, cuestiona y entra en escena la noción de dignidad. El hombre es capaz de discernir racionalmente por sí mismo, estableciendo qué acciones son buenas y correctas, a esto se le da el nombre de *autonomía moral*, concepto que no interfiere directamente en la relación médico-paciente, porque esta relación pertenecía a la esfera privada.

La doctrina del Consentimiento Informado del Paciente en medicina entrará en el siglo XX, más exactamente en los años 60 y 70, en donde el concepto de autonomía

se infiltra en las relaciones privadas. Inicialmente fue en Estados Unidos, en donde, el desarrollo jurisprudencial de la autonomía señaló tres etapas: la primera de ellas consiste en la figura de negligencia profesional o impericia que se atribuye a un mal practicante; otra dominada por la idea de agresión o “battery”, tal sería el caso de una intervención realizada en el cuerpo de una persona sin su consentimiento; la tercera se aproximaría a la definición de la figura y el concepto del consentimiento informado “informer consent”.

A pesar de ser un tema de gran importancia, con implicaciones no sólo jurídicas sino éticas, no se encuentra un desarrollo jurisprudencial suficiente para determinar claramente los límites y alcances de este principio. Jurisprudencialmente en Colombia, el principio del Consentimiento Informado del Paciente se ha relacionado con el artículo 16 de la Constitución Política de Colombia que consagra el derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, así “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.¹

Surge la pregunta ¿Por qué puede decirse que el derecho del paciente a ser informado previamente sobre un procedimiento médico - quirúrgico encaja en un

¹ Constitución Política de Colombia, artículo 16

derecho fundamental? De acuerdo con la doctrina existen ciertos criterios determinar los derechos fundamentales²:

1. El Reconocimiento Expreso: Son aquellos derechos que la Constitución señala como tales, encontrándose estos, en el Capítulo I del Título II, artículos 11 a 41. Teniendo especial desarrollo los derechos de los niños, en el artículo 44.
2. La Persona Humana: La Constitución Política se fundamenta en la persona humana y es el eje central del ordenamiento jurídico considerado en su dimensión social, sus principios y valores de dignidad y libre desarrollo de personalidad, acompañado de los criterios de esencialidad, inalienabilidad e inherencia de los derechos del individuo. Serán fundamentales no sólo los derechos consagrados en la Constitución, sino aquellos que no estándolo pertenecen a la persona por el sólo hecho de serlo y que han sido reconocidos por el Estado por medios diferentes (tratados internacionales)
3. Criterios auxiliares: Estos sirven de apoyo a la función interpretativa aunque por sí solos no sean suficientes. Dentro de estos encontramos
 - 3.1 Los Derechos de Aplicación Inmediata: Estos derechos están consagrados en el artículo 85 de la Constitución, son exigibles de manera inmediata por medio de la acción de tutela
 - 3.2 Los Superderechos: La Constitución establece que hay unos derechos que tienen más fuerza que otros, tienen un *plus*.

² OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, Constitución Política de Colombia e Historia Constitucional. Quinta edición. Santa fe de Bogotá: ediciones Doctrina y Ley. 2002. Pág. 124

3.3 Por su ubicación y denominación. El constitucionalista José Albendea Pabón (q.e.p.d), ha organizado los derechos objeto de acción de tutela reconocidos por la Carta junto con otros muchos que han sido abstraídos por vía jurisprudencial, en círculos concéntricos, teniendo en cuenta para tal efecto tanto la autonomía de su validez como su ubicación en el marco situacional del orden jurídico. Estos círculos son:

- *Primer Círculo:* Esta constituido por aquellos derechos que tiene conexidad con los del núcleo original.
- *Segundo Círculo:* Está compuesto por todos los derechos consagrados en la Constitución Política, incluidos los colectivos y del ambiente
- *Tercer Círculo:* También serán tutelables los derechos de rango legal con conexión directa y eficiente con un derecho constitucional fundamental.
- *Cuarto Círculo:* Lo constituyen aquellas disposiciones amplificadoras hechas a la luz del texto de tratados internacionales, de la Carta en materia de derechos humanos
- *Quinto Círculo:* Con este círculo, la esfera original adquiere unas proporciones inmensas porque se predica la titularidad no sólo de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los Convenios Internacionales vigentes, sino de todos aquellos que son inherentes a la persona.

- *Sexto Círculo*: Se encuentran constituido por las garantías ciudadanas de cuanto estatuye la Constitución nacional³.

De acuerdo con lo anterior, los derechos que involucra el principio de Consentimiento Informado del Paciente no solamente pueden limitarse al libre desarrollo de la personalidad, libertad de identidad sexual, autonomía y libertad religiosa, sino que se involucra el derecho a la vida y a la salud; lo que por conexidad le da el carácter de derecho fundamental.

1.1. Consentimiento Informado del Paciente

El Consentimiento Informado del Paciente se entiende como “(...) la autorización que da el enfermo al galeno para que efectúe el acto médico, ya sea un tratamiento o una intervención quirúrgica.

Esta manifestación de la voluntad puede ser emitida directamente por el paciente y ante su imposibilidad física o mental puede ser realizada por sus familiares o representantes legales, e incluso en casos de emergencia el médico puede intervenir unilateralmente”.⁴

³ ALBENDEA PABÓN, José. La Acción de Tutela. Santafé de Bogotá ediciones Universidad de la Sabana 1994.

⁴ YEPES RESTREPO, Sergio, “La responsabilidad civil médica”. Cuarta edición. Medellín Colombia. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 1996.

2. Presupuestos o requisitos que debe reunir la voluntad del paciente o de sus representantes para ser idónea

El consentimiento informado debe reunir tres requisitos:

- Información adecuada: Aquí el médico deberá hacer una descripción de la intervención y de los objetivos que se persiguen con esta, de las molestias y riesgos más importantes, de los beneficios probables, alternativas factibles, curso espontáneo del padecimiento y sus consecuencias y finalmente las opiniones y recomendaciones del médico
- No utilizar coacción: Esto significa que el médico no podrá desfigurar u ocultar información. Sin embargo puede persuadir al paciente para que acepte un determinado procedimiento.
- Competencia del paciente para consentir o rechazar: El paciente debe comprender la información, encontrarse libre para decidir y ser competente para tomar la decisión.

1.2. Presupuestos o requisitos que debe reunir el Consentimiento

La doctrina ha establecido diferentes requisitos que debe reunir la voluntad del paciente⁵, para que sea idónea, sin embargo, para darle aplicación estos requisitos, deberá observarse el caso en concreto.

⁵ CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica”. Editorial Temis Santa Fe de Bogotá, D.C., 1997, p. 246 - 264

- a. La voluntad debe provenir del paciente o de quien se encuentre facultado para exteriorizarla: sólo el paciente es titular del derecho a decidir, y es el quien tiene que emitir su consentimiento. Pero, existen situaciones en donde el paciente no puede decidir por si mismo; en este evento siempre se debe seleccionar cuidadosamente la persona que decida y finalmente se debe proteger los intereses del paciente.
- b. La voluntad debe ser emitida por una persona autónoma: El paciente deberá tener unas facultades mínimas para predicar su autonomía. Debe dársele el espacio suficiente para que pueda ejercer su autonomía
- c. No puede ser otorgada por una persona incapaz: Se relaciona directamente con el tema de capacidad de ejercicio en el negocio jurídico, en este aspecto la voluntad deberá relacionarse con la autonomía del paciente.
- d. Debe ser una voluntad ilustrada previamente: El paciente debe haber sido Informado previamente de los elementos necesarios para decidir.
- e. Debe exteriorizarse en forma oportuna: Como regla general, el consentimiento debe manifestarse antes de la realización del procedimiento o tratamiento para que el paciente pueda manifestar su voluntad.
- f. La voluntad debe estar exenta de vicios: Es decir, sin que intervenga error, fuerza o dolo
- g. En principio la voluntad que se manifieste no requiere formalidades: No puede decirse que para todos los casos se necesita la exteriorización escrita del consentimiento. Lo importante es la manifestación de este por cualquier medio

inequívoco, que permita entender la voluntad del paciente. En este caso el documento podrá tener fines probatorios.

- h. La voluntad debe referirse a bienes jurídicos disponibles: La discusión en este punto radica en la disposición de derechos que pueden afectar la vida y la integridad personal.
- i. la voluntad jurídica debe tener objeto y causa lícitos
- j. La voluntad debe ser seria y exteriorizarse: La seriedad –según Castañeda– hace referencia al propósito o vocación que asiste a la persona de crear un vínculo jurídico. Se refiere a la certeza o convencimiento sobre qué es lo que se quiere. La exteriorización se refiere a la posibilidad de que el contenido de la voluntad sea conocido por otras personas.

2. Límites al Consentimiento del Paciente

Retomando el principio del consentimiento del paciente, es pertinente decir que este no puede tomarse como absoluto, porque si bien, el consentimiento idóneo es aquel que se da cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica una vez ha entendido la información suministrada, conocido las más importantes alternativas y poseído la capacidad de comunicar sin ningún vicio su decisión, pueden presentarse casos, no siendo los más frecuentes, en donde no logra obtenerse o cumplirse, o bien la previa información, o bien, la manifestación del consentimiento.

Estas situaciones llegarán a ocurrir muy posiblemente con personas que no pueden expresar su consentimiento, bien sea por motivos circunstanciales, como pérdida de la conciencia por un accidente, o por motivos de no hallarse en plenas facultades mentales ó, en otros casos, por razones religiosas.

Volviendo al ejemplo de la persona inconsciente, que requiere una intervención quirúrgica urgente, el consentimiento puede ser expresado por sus familiares e incluso, buscando defender la vida, el médico puede actuar unilateralmente.

El consentimiento de los enfermos mentales se halla limitado por ellos mismos, al no poseer capacidad suficiente de discernimiento para asumir él mismo la toma de la decisión sobre su salud, lo cual impone la necesidad de ser tomada por sus allegados.

Atendiendo al último motivo, es un problema para el médico la negativa de algunas personas a someterse a la atención de quien los está tratando, por profesar ciertas creencias religiosas. El caso más concreto es el de los testigos de Jehová, negándose estos a recibir transfusiones de sangre porque según su religión, les conlleva daños personales y vitales. La Corte Constitucional ha manifestado que “En el Estado Social de Derecho, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su "razón" la única que puede válidamente determinar, previa información

sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional *siempre que provenga de un individuo plenamente capaz y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad*". (cursiva fuera del texto). Más adelante afirma que "En las relaciones que surgen entre un individuo que goza de suficiente capacidad, esto es de suficiente juicio y discernimiento para autodeterminarse en asuntos que comprometen su fuero interno, los cuales conduce según los principios y dogmas que eligió para guiar sus relaciones trascendentales, y los jerarcas o guías espirituales de una determinada iglesia, el primero no se encuentra, necesariamente, en situación de subordinación, pues no está supeditado, so pena de sanción impuesta por el Estado, a cumplir un determinado ordenamiento jurídico o social; acogerse a un determinado ordenamiento moral es decisión que emana de su más íntima convicción, que lo obliga en la medida que establece compromisos consigo mismo, cuyo incumplimiento le producirá aflicción, además de reprobación y repudio que en muchos casos se traducirán en sanciones que le impondrán, no el Estado, sino él mismo y la congregación a la que pertenece"⁶

En este caso la Corte plantea varios aspectos importantes, como la libertad de cultos, el problema del consentimiento y la capacidad. No es simplemente un

⁶ Colombia. Corte Constitucional Sentencia T- 474 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz del 25 de septiembre de 1996

problema de ejercicio de la patria potestad, sino que se trata de un conflicto de derechos que ponen de manifiesto que no existe una posición clara con respecto al ejercicio del consentimiento en el caso de los tratamientos médicos.

El derecho a la vida, es la razón de ser de los demás derechos, de este parten los demás derechos que el individuo pueda ejercer, de este derecho se desprende la libertad de cultos, el libre desarrollo de la personalidad, etc. La Corte Constitucional, en este aspecto, desarrolla la teoría según la cual se le imponen ciertos límites a la persona para que pueda ejercer sus derechos libremente.

El análisis de este caso en particular reviste gran importancia, por cuanto se trata del Consentimiento Informado en menores de edad que tienen ya cierto grado de discernimiento y que por las leyes no son mayores aún. El problema sigue siendo latente aunque la Corte plantea una solución que se adecua a los principios de nuestro Estado Social de Derecho, dándole primacía a los derechos de primer orden, sin embargo el caso planteado trata un punto muy específico como lo es el choque entre el derecho a la vida y la libertad de cultos.

En cuanto a la transfusión de sangre, el Decreto 1571 de 1993⁷, que reglamenta los bancos de sangre, en el artículo 50 indica que *“cuando un receptor en uso*

⁷ DIARIO OFICIAL AÑO CXXIX. N.40.989. 12 de agosto de 1993 pag. 8 “Por el cual se reglamenta parcialmente el título IX de la ley 09 de 1979, en cuanto a funcionamiento de establecimientos dedicados a la extracción, procesamiento, conservación y transporte de sangre total o de sus

normal de sus facultades mentales y en forma libre y consciente, decide no aceptar la transfusión de sangre o de sus hemoderivados, deberá respetar su decisión, siempre y cuando ésta obre expresamente por escrito, después que el médico tratante le haya advertido sobre los riesgos existentes”⁸ y agrega que “ cuando la decisión del paciente a este respecto haya sido tomada con anticipación y para que tenga efectos en la eventualidad en que se requiera la transfusión, el médico deberá respetarla si consta en documento escrito autenticado notarialmente o suscrito ante dos testigos. En todo caso los riesgos existentes deberán ser advertidos”.

A pesar de la existencia de esta disposición, no deja de suscitarse un aspecto que no puede ser resuelto allí únicamente en razón del conflicto de derechos e intereses, conflicto que por un lado surge del derecho a la autonomía del paciente y la libertad religiosa, y por el otro, del principio de beneficencia, el valor de la vida y la función del profesional médico por su respeto.

Al respecto, la tendencia jurisprudencial y doctrinaria señala que antes que nada debe respetarse la voluntad del individuo con plena capacidad para decidir, pero cuando la oposición afecta a menores de edad, la transfusión puede ser realizada.

hemoderivados, se crean la red Nacional de Bancos de Sangre y el Consejo Nacional de Bancos de Sangre y se dictan otras disposiciones sobre la materia”

⁸ www.invima.gov.co

De acuerdo con la sentencia T-401 de 1994⁹, el juez Constitucional determina cuales son las eventualidades que pueden afectar la relación médico-paciente y como esta situación puede deteriorar la salud del paciente. Si bien es cierto que en dicha debe existir confianza, no puede dejarse de lado que en ciertas ocasiones el paciente desconoce que tratamiento puede generarle un beneficio a su salud de una manera más pronta. De acuerdo con el planteamiento de la Corte se asiste la razón al accionante en el caso de no estar de acuerdo con el procedimiento que se le debe practicar, sin embargo, no siempre el paciente, es el sujeto idóneo para emitir esta clase de juicios. La idea no es reconstruir el concepto paternalista que se manejaba en la relación médico paciente, máxime cuando se ha desarrollado claramente la teoría del consentimiento Informado del paciente. La Corte tutela el derecho del accionante y adicionalmente reconoce la autonomía que tiene el médico en el ejercicio de su profesión. Establece ciertos criterios que deben enmarcar el procedimiento y los criterios mediante los cuales debe actuar el médico sin desconocer derechos como la dignidad humana, la autonomía, y la libertad. En este sentido, el médico está en la obligación de suministrarle al paciente la información mas adecuada acerca del procedimiento que se le va a realizar sin afectar contundentemente el proceso volitivo del paciente en donde este tomará una decisión final.

⁹ Op Cit

Por esto muy acertadamente la Corte establece que cuando el paciente no quiere ser sometido a un procedimiento médico determinado por cualquier razón, el médico no podrá obligar a su paciente a seguir cierto tratamiento.

Sin embargo, es necesario que la Corte realice un examen más profundo en lo relativo a la voluntad como elemento del acto jurídico, en este caso y si el paciente no tiene la capacidad para manifestar su consentimiento porque psicológicamente no es un sujeto capaz, se deberá determinar como puede ser suplida y por quien.

Desde el punto de vista ético, civil y penal, el valor de la vida que está siendo defendido por el profesional de la salud cuando decide realizar la transfusión, prima sobre el derecho de libertad religiosa, al pesar en la balanza de valores, equidad y justicia que deben orientar todas las decisiones judiciales.

3. Rol del Médico

3.1. La advertencia de los riesgos

Como ya hemos dicho, el paciente antes de emitir su consentimiento debe ser informado por el médico de las posibles consecuencias, riesgos y efectos adversos que podrían tener ocurrencia durante o posteriormente a haber sido sometido al tratamiento o a una intervención quirúrgica. En Colombia, según la ley 23 de 1981 por medio de la cual se dictan normas en materia de ética médica, el médico debe

advertir sobre el riesgo previsto a su paciente, familiares o allegados¹⁰. Cabe entonces definir el concepto de riesgo previsto, como aquellos efectos desfavorables que en la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del procedimiento.

El riesgo previsto por su parte puede clasificarse en dos tipos de riesgos, cuales son, típicos y atípicos, donde aquellos son los que suelen suceder con alguna frecuencia en cierto tipo de operaciones. Los segundos, son los totalmente imprevisibles y por lo tanto, ubicables dentro del caso fortuito.

Como es apenas evidente, una persona que está por someterse a un tratamiento o a una intervención quirúrgica, no se encuentra en el mejor estado físico y anímico;

¹⁰ www.scare.org Ley 23 de 1981 ARTICULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados. El Decreto Reglamentario 3381 de 1981 por medio de la cual se reglamento la Ley 23 de 1981 desarrollo este artículo así:

Art. 10. El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.

Art. 11. El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos:

a) Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados se lo impidan.

b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico.

Art. 12. El médico dejará constancia en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla.

Art. 13. Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico.

inmerso entonces en una cierta fragilidad que le puede infundir mayor temor ante la información que está recibiendo de su médico, llegando incluso a abstenerse de aceptar lo que es más conveniente para su salud. Razón por la cual, es el riesgo previsto y no el imprevisto el que debe ser advertido, por no ser necesario, y muy por el contrario, contraproducente. Eventualmente el médico debe informar los riesgos de escasa ocurrencia porque se encuentra frente a un paciente en particular, que reúne esas condiciones específicas que tornan previsible lo que para otros sería de remoto acaecimiento.

Puede entonces afirmarse, y atendiendo a la prudencia e incluso a la bondad, que las advertencias hechas al paciente no pueden ser una lista detallada y exagerada de todos los riesgos posibles, buscando sobre todo evitar una carga psicológica contraproducente.

En cuanto a los riesgos atípicos, por ser imprevisibles no generan responsabilidad del profesional de medicina por tener, como se había enunciado anteriormente, consideración de caso fortuito. Lo cual no quiere decir que siempre quede eximido, habiendo responsabilidad cuando el médico haya sido negligente o haya actuado culposamente.

3.2. Cláusulas exonerativas de responsabilidad

No son pocos los litigios que se han presentado en materia de responsabilidad médica¹¹, y así mismo, no ha dejado de surgir la pregunta de si es posible pactar en los contratos de servicios médicos cláusulas que exoneren al profesional cuando se ve envuelto en casos de daños a la salud de los pacientes.

V gr. La responsabilidad que surge para el médico en el caso en que preste su servicio de forma tardía y de lo cual se derive un daño en la salud o integridad del paciente cuando la tardanza le sea imputable.

Puede generar responsabilidad médica el hecho de que el médico suministre equivocadamente un medicamento, siempre que haya actuado de manera imprudente o negligente. Casos que resolverá el Tribunal de Ética Médica

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-308/97 Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA del veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

“Se trata de un hombre de 38 años, natural de Manizales, quien desde los 22 años de edad, hace 15 años aproximadamente sufre de diabetes Mellitus en tratamiento con insulina. Su enfermedad se diagnosticó luego de presentar un coma diabético. Sin controles oftalmológicos hasta 1995, cuando comenzó a presentar pérdida progresiva de la agudeza visual por el ojo derecho (...)

“Al (momento del) examen oftalmológico forense, se encontró (al señor Orozco Castaño) con pérdida de visión por ambos ojos, con desprendimiento de retina del ojo derecho, con retinopatía diabética proliferativa y en ojo izquierdo una catarata densa que impide visualizar el fondo del ojo.”

Por su parte el diagnóstico efectuado por la forense, en relación con la afección que sufre el actor, y que se denomina Retinopatía Diabética Proliferativa, para denotar sus características y evolución.

“ La Retinopatía Diabética Proliferativa tiene un alto porcentaje de mal pronóstico. Se sabe que en los próximos dos (2) años luego del diagnóstico, el 25% de los pacientes tendrán agudezas visuales menores de 0.05=legalmente ciegos.

“El tratamiento adecuado y a tiempo, evita pérdidas mayores de agudeza visual y la ceguera, pero cuando el tratamiento no se hace a tiempo, el pronóstico es reservado. Las técnicas empleadas, para tratar el edema macular son importantes, para evitar rápida progresión de la pérdida visual. Buscan estabilizar la agudeza visual, pero no pueden mejorarla. Esto impide la progresión a la ceguera.

“La eficacia en el tratamiento de la Retinopatía Diabética Proliferativa es limitada, porque un porcentaje mayor del 30% no mejora, sobre todo en casos avanzados.

“El deterioro de los ojos en el paciente con Retinopatía Diabética Proliferativa, es paralelo, se conoce que los daños son generalmente bilaterales. Si un ojo queda ciego por la progresión de la enfermedad, el otro tendrá el mismo resultado aproximadamente a los 80 días del primero.”

Estas cláusulas exonerativas que pueden traer algunos contratos de servicios médicos, tienen como fin impedir el que se pueda ejercer cualquier acción contra el médico por causa de su inadecuada o indebida práctica profesional.

El problema base de estas cláusulas, es que no están prohibidas expresamente en la legislación colombiana, lo que lleva a la necesidad de tener en cuenta su contenido y todas sus implicaciones para definir su validez, estableciendo de antemano un piso poco firme para determinar que tan admisibles o no pueden llegar a ser.

Como los contratos que podrían incluir estas cláusulas versarían sobre el derecho a la vida y a la integridad personal, tienen una especial consideración en el orden jurídico colombiano, afirmando los autores que el médico y el paciente no pueden entre sí celebrar el contrato pactando la exoneración de responsabilidad, puesto que tal acuerdo recaería sobre derechos irrenunciables. Afirma Romeo Casabona que: *“La responsabilidad civil se fundamenta en estos casos en el perjuicio producido en la salud y la integridad corporal del paciente y el derecho a la incolumidad de las mismas es irrenunciable incluso por el propio titular”*¹²

¹² ROMEO CASABONA, Carlos María. “El médico ante el derecho” “La responsabilidad penal y civil del médico”. Madrid, Pubs. Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985. p. 73. por: YEPES RESTREPO, Sergio, “La responsabilidad civil médica”. Cuarta edición. Medellín Colombia. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 1996. Pág 148.

Por lo tanto, dichas cláusulas son ineficaces, así como también lo son aquellas que estipulan las instituciones en los contratos que se celebran con los médicos, donde se dice que la responsabilidad es solo de estos, porque así como cada paciente es un caso particular, las circunstancias que rodeen su tratamiento también lo serán y por lo tanto, habrán de someterse a estudio posterior a su ocurrencia y no pensar en preestablecer lo sucedido.

Esta práctica se ha vuelto común en las instituciones, pero de ninguna manera ha dejado de ser indebida e ilegal, ya que las normas de responsabilidad y solidaridad civiles regulan la obligación de resarcir de ellas. Lo cual permite concluir que estos pactos no son posibles en el territorio colombiano, porque aunque no existan normas que indiquen expresamente su prohibición, implican una disposición de derechos irrenunciables como el derecho a la vida y a la integridad personal, contrariando además, las normas de responsabilidad.

4. Dificultades del Consentimiento Informado frente al Principio Paternalista

Como primera medida es conveniente hacer un planteamiento del problema, problema que tiene connotaciones médicas, como es de esperarse, pero también culturales y científicas porque la relación médico, paciente y progreso científico ha venido sufriendo algunos cambios, siempre para mejorar, pero ello no quiere decir que su introducción no haya sido forzada en algunos casos, controversial en el medio clínico y de poca aceptación mientras se lograba su acomodamiento.

Lo anteriormente dicho, encuentra su razón de ser porque la doctrina¹³ sobre el consentimiento informado se ha preocupado por incorporar al enfermo al proceso de toma de decisiones médicas, no dejándolo en un rol pasivo, sujeto a voluntades externas sobre él sin mayor injerencia de su parte sobre su cuerpo, sino que lo ha convertido en agente de promoción de su propia salud, abogando por la protección de su autonomía, y por la protección anticipada ante un posible daño.

Ahora bien, darle al paciente este nuevo rol conlleva una intromisión del sujeto enfermo o de sus representantes dentro del terreno del experto, lo que significa un cambio cultural en el ejercicio del saber y del poder médico. Esto implica dos cambios relevantes en el paradigma que continua vigente, de un lado en el terreno de la investigación científica con seres humanos y del otro lado, dentro del terreno de la práctica clínica.

Es así como, mientras el procedimiento que permite al paciente tomar decisiones consiguió aceptación prácticamente universal en el campo investigativo, por ejemplo buscando evitar que se siguieran realizando experimentos en seres humanos, vistos cruelmente como prácticas de guerra, aparecieron distintas objeciones en relación con su acogimiento dentro del campo clínico, debido a que el nuevo procedimiento

¹³ CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica”. Editorial Temis Santa Fe de Bogotá, D.C., 1997, p. 246 – 264

ROMEO CASABONA, Carlos “Consentimiento Informado”. Plan de formación en responsabilidad Legal del profesional.

cuestiona abiertamente el principio paternal con que se practicaba la medicina occidental.¹⁴

En virtud del paternalismo, el paciente fue considerado durante muchos siglos como un incompetente mental y, por lo tanto, excluido de las determinaciones médicas a que hubiera lugar en el proceso terapéutico. Contra la voluntad del enfermo, se ejerció la medicina hasta cuando se estableció que la autodeterminación era un derecho moral que el médico debía respetar so pena de ser enjuiciado legalmente

El paternalismo se caracteriza por ser un tipo de interferencia en la autonomía, autodeterminación y libertad de acción de una persona con el propósito de beneficiarla. Se ha entendido como una limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra, pero por motivos de beneficencia hacia esa otra. Dicho en otras palabras, el paternalismo es la acción de una persona por el bien de otra, interviniendo en su esfera interna, y que no está justificada por el consentimiento del otro.

La conducta paternal se define en el campo de la ética médica en torno a la restricción de la libertad del enfermo y se justifica en razón del beneficio que dicha conducta puede acarrear en el futuro.

¹⁴ Colombia. Corte Constitucional. SU-337 de 1999 MP.: Alejandro Martínez Caballero
Colombia. Corte Constitucional T-401 de 1994 MP.: Eduardo Cifuentes Muñoz

El respeto por la autonomía de un enfermo, encuentra un límite en su aspiración beneficiista-paternalista ante las acciones que ofrecen la posibilidad de ser caracterizadas como autónomas por cumplir con una serie de requisitos, tales como: intencionalidad, acciones efectuadas con comprensión, con racionalidad, y sin existir coacción externa. En la cotidianidad de la práctica médica se lleva a cabo el cumplimiento de estándares sustantivos, acogiendo una interpretación formal de autonomía en la cual se equipara la acción autónoma con la acción libre y racional, es decir, la acción que no sufre interferencia ni restricciones por parte de terceros. El objetivo principal del consentimiento informado, es proteger la autonomía del paciente.

La beneficencia, entonces supone la obligación de balancear el daño que se va a infligir y los beneficios que se van a recibir. Es cumplir con el principio de beneficencia a través del principio del doble efecto.

El Principio del doble efecto, consiste en hacer moral una acción que aparentemente no lo es, por cuanto el efecto dañino es considerado como un efecto indirecto, sin intención. Un ejemplo típico es la extirpación o la irradiación del útero grávido afectado de cáncer. El daño al nasciturus es indirecto, pues la primera intención es suprimir el cáncer en procura de salvar la vida de la madre.

De todas maneras, es un principio muy discutido. Para que tenga validez moral se requiere cuatro condiciones:

1. La acción en sí misma debe ser buena, o por lo menos moralmente indiferente.
2. La agente debe mirar sólo el efecto bueno y no el malo.
3. El efecto malo no puede ser el medio para alcanzar el efecto bueno. Esto no puede ser el medio para alcanzar el efecto inmediato de la misma acción.
4. Debe haber proporcionalidad o balance favorable entre los efectos bueno y malo de la acción.

El principio que requerimos invocar para que el balance entre daño y beneficio se incline a favor de este último, tiene que ver con el de utilidad, si se entiende la búsqueda del beneficio como un acto utilitarista. Si los riesgos del procedimiento son razonables respecto a los beneficios esperados, la acción es moralmente permitida. Para evitar la no maleficencia se requiere que el médico esté atento y actúe cuidadosamente.

Por lo tanto, puede decirse que la aceptación de tal autonomía implica la abstención médica, la obligación de este de no mentir y no manipular ni ocultar la información. Lo cual pone al paciente en una relación “opuesta” con el médico, no ya bajo este, sino frente a éste, sin desconocer que no están en igualdad de condiciones.

En la sentencia T-477 de 1995¹⁵ se distinguen dos tendencias que se han desarrollado hasta llegar a lo que hoy conocemos como el Consentimiento Informado del Paciente. Estas corrientes han sido tomadas en cuenta por la Corte por cuanto son de gran importancia a nivel ético y jurídico, el tema propuesto en esta sentencia. Las corrientes que influyen son en primer término el Paternalismo Médico, prevalente hasta hace poco tiempo, por el cual se considera que el médico debe aplicar el tratamiento más adecuado de acuerdo con su conocimiento científico y guiado por los principios de la ética médica, sin consultar la voluntad del paciente, considerándolo incapaz de decidir lo más conveniente por efecto de su "ignorancia" en la ciencia médica. Claramente la Corte analiza y desvirtúa los presupuestos de la anterior teoría para abrirle paso a una nueva que se adecue a los principios establecidos en la Carta Política de 1991, y es por esto que se busca adecuar la relación médico paciente, en el marco de un contrato de prestación de servicios en el que confluyen dos voluntades, sobre la base de la mutua confianza y regido por los principios de la ética médica y de la legalidad jurídica. De esta manera, se adaptan y renuevan los conceptos referentes al Consentimiento Informado, a las necesidades del Estado Social de Derecho.

¹⁵ Colombia. Corte Constitucional sentencia T-477 de 1995 MP.: Alejandro Martínez Caballero

5. *¿Cómo opera el Consentimiento Informado?*

Aunque en muchos aspectos el mundo está globalizado, en el campo de la medicina el concepto no es tan absoluto. Esto porque el área geográfica y cultural marca la tendencia para adoptar comportamientos.

En primer lugar, el cuerpo profesional encuentra dificultad para aceptar la autonomía de los enfermos, en tanto ello implica una redefinición social de los roles y un cambio cultural significativo, aconteciendo particularmente en Latinoamérica, donde el paternalismo continua siendo muy practicado.

En segundo término, el grado de penetración alcanzado por la medicina en cada región geográfica-cultural puede indicar de qué manera las decisiones pretendidamente autónomas de los pacientes para aceptar o rechazar un procedimiento, realmente están previamente condicionadas por factores externos, como creencia o carencia de los más elementales conocimientos.

En tercer lugar, todo consentimiento o rechazo por parte de un paciente ha de entenderse siempre como consentimiento o rechazo de una acción bajo cierta descripción; ya que un mismo procedimiento puede ser descrito de diversas maneras, y aún así, no dejarían de ser todas ellas verdaderas. De tal forma, la pretendida libre decisión de un paciente se ve fácilmente frustrada, por cuanto esta estaría guiada tan sólo por los aspectos descritos en una sola propuesta.

En un cuarto lugar, la capacidad y competencia de quienes deben manifestar su consentimiento muestra en la práctica gran variabilidad. En principio, se ha visto que se suelen exigir más requisitos a aquellos que rechazan las propuestas, lo cual indica que muy posiblemente son más competentes que aquellos que aceptan sin reparos. Afirmación que cabe hacer si se tiene en cuenta que el estado de salud del enfermo se puede resumir de manera muy simple y entendible fácilmente, o de manera compleja, prestándose la información de diversas maneras: 1) una sola opción indicada con claridad; 2) varias opciones razonables; 3) un conjunto de alternativas sometidas a controversia médica y 4) opciones que dependen de decisiones personales y con carácter íntimo. Dicha variabilidad termina por imposibilitar la adopción de un criterio uniforme para lograr la correcta obtención del consentimiento informado.

Quinto, al encontrarse dos extremos en la relación médico-paciente, acordar cuál es el fin que se persigue al establecer un modelo de consentimiento informado causa también controversia, controversia surgida entre los estudiosos del tema pero que abogan por una parte o por la otra. De un lado es entendido como un mecanismo que busca proteger y promover la autodeterminación de los enfermos, haciendo alusión al modelo autonomista de atención a la salud.

Otros, atendiendo al extremo contrario de la relación, señalan como objetivo la necesidad de evitar un daño que la maquinaria médica pudiera infringir en la persona

que está siendo atendida, haciendo alusión de esta parte al modelo beneficentista de atención en salud. Como conclusión para este quinto punto, se configura una solución que no es otra que la de reconocer que para uniformar la aplicación del consentimiento informado y definir un modelo de responsabilidad médica en un contexto donde quepa la pluralidad, deberán ser contempladas ambas orientaciones.

Lo que se ha convenido en llamar consentimiento informado, es una forma de denominar una nueva relación clínica en la que se exige un mayor respeto por las personas del que se tenía hasta ahora. Ya no es una relación en la que se trata de imponer el bien del enfermo al mismo enfermo sino de reconocer sus expectativas y sus preferencias y la consiguiente adaptación a ellas por parte del médico, poniendo a disposición sus conocimientos y posibilidades. Puede decirse que el consentimiento informado es una nueva cultura y un paso fundamental en el desarrollo de la relación clínica.

Para efecto de la toma de decisiones, no todos los pacientes hacen uso de su derecho de autonomía: unos por incapacidad absoluta (neonatos, ancianos incompetentes mentalmente, pacientes en estado comatoso), otros por incapacidad relativa (pacientes confianza de su propia determinación, pese a la información suministrada por su médico). Tanto en una como en otra circunstancia la autonomía puede ser delegada en el médico

6. Consideraciones Legales y éticas

Propio es en la Ley estar basada en mínimos generales, por lo cual no pretende asegurar que la relación clínica sea satisfactoria en todos los casos, ni puede tampoco garantizar que la información haya sido correctamente dada y correctamente recibida; parámetros estos que forman parte de la compleja relación clínica, por demás inevitable en cuanto a las necesidades cambiantes de cada enfermo y la sensibilidad y competencia diferente de cada profesional.

El profesional de la medicina debe aceptar que una de las competencias que se le pide y que entra a hacer parte de los objetivos de su quehacer, es, además de los conocimientos y habilidades que le son propios, la de ayudar a los enfermos a incorporar y manejar, a su manera, la situación en la que se encuentran y las decisiones con las que debe enfrentarse.

Así, un paciente querrá saber muchos detalles de lo que le sucede, incluyendo alternativas no habituales; otros buscarán más cautela y tiempo para asimilar las cosas y otros pueden preferir no conocer demasiado y delegar en parte las decisiones que han de tomar. Todas como formas autónomas de vivir su enfermedad; pero para asegurar que tengan realmente esta calidad, debe existir la oportunidad de actuación franca del enfermo, oportunidad que los profesionales deben conceder ante la costumbre que se les impone de detectar las necesidades del que está bajo examen y aumentar su sensibilidad.

“El Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa, firmado en Oviedo España, precisa que la información que debe recibir el paciente previamente en cualquier intervención en el ámbito de la sanidad es la “adecuada”; concepto importante porque indica el esfuerzo y la obligación de actualizar la información, particularizarla, calibrar la situación objetiva y valorar la subjetiva en el momento de la información. No pueden permitirse reducciones abusivas en la relación, como limitarse a la entrega de un documento y su firma, pues dichos actos la legitiman pero la deshumanizan si no se trasciende de ellos.”¹⁶

En estricto sentido el consentimiento que por escrito otorga el paciente, refleja el conocimiento que tiene sobre determinado procedimiento quirúrgico al cual va a ser sometido y si decide o no aceptarlo, asumiendo tanto los riesgos como los beneficios.

No puede establecerse un modelo común aplicable en todos los casos, no podría llegarse a una conclusión general de la cual se deduzca fácilmente que el paciente va a consentir en el tratamiento que le sea practicado. Entonces, es necesario aceptar los factores que pueden influir en la toma de una decisión así el caso se presente en unas circunstancias con características comunes, máxime si lo que quiere protegerse

¹⁶ www.atheneum.dogma.es “¿Consentimiento Informado? El peligro de la medicina defensiva” M.A. Broggi Trias Med Clin (Barc) 1999; 112: 95-96

son valores como la vida y la dignidad humana. Esto implica que se debe atender a factores culturales y las circunstancias particulares del individuo.

Para que el juicio ético tenga validez debe ser coherente y razonado. Por su propia naturaleza, la ética es un saber ordenado a la actuación o más concretamente, un saber actuar, por lo tanto, no es lo mismo conocer la ética, saber en qué consiste, que actuar éticamente. En el ejercicio de la medicina se encuentran situaciones morales que no pueden ser atendidas solo a la luz de normas objetivas, sino que su respuesta verdadera o más acertada requiere ser guiada por la virtud y el carácter del médico, de su propia conciencia.

La ética médica no reside exclusivamente en la norma escrita, que por demás es rígida e inflexible, en el campo de la salud las decisiones están a menudo influenciadas por hechos prácticos, como recursos disponibles, necesidades circunstanciales o prioridades sanitarias; es aquí donde se pone a prueba el buen juicio del médico, puesto que en el ejercicio de la medicina están en juego cuestiones de tanta importancia como la vida, la salud y en últimas, la felicidad de los individuos que para poder actuar éticamente se hace necesario apelar siempre a la racionalidad, reflexionar y pensar con coherencia y en lo posible, con sabiduría. Coloquialmente, puede afirmarse que en la ética las buenas razones son de mucha importancia práctica.

Volviendo al principio de autonomía, este hace referencia al derecho moral que asiste al paciente para tomar sus propias determinaciones tratándose de su vida, su salud y su bienestar; todo médico debe conocer entonces lo que podría denominarse como “código moral” que ha sido tácitamente aceptada por la sociedad. No es en si un texto único, tiene más bien connotaciones consuetudinarias, conformado entre otros por la Constitución Política de 1991 particularmente por los artículos 15 y 18, que amparan la autonomía y la intimidad de la persona; así mismo, la Ley 23 de 1981, la Resolución 13437 de 1991 del Ministerio de Salud¹⁷ y la Ley 100 de 1993 dictan normas pertinentes.

En efecto, la Ley 23 de 1981 prescribe lo siguiente:

“Artículo 4°. La asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará en lo posible este derecho.

Artículo 8°. El médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios.

Artículo 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos

¹⁷ www.scare.org

que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

Artículo 20. El médico tratante garantizará al enfermo, o a sus allegados inmediatos responsables, el derecho de elegir al cirujano o especialista de su confianza”.¹⁸

Sin embargo, puede decirse que a los redactores de la mencionada Ley les faltó hacer énfasis en el principio de autonomía, ya que este es considerado como la piedra angular de la neoética médica. Por su parte, la Resolución 13437 de 1991, enmienda en parte ese vacío, al constituirse en la disposición que conforma los comités de Ética Hospitalaria y adopta además, el Decálogo de los Derechos del Paciente. En lo relativo a la autonomía prescribe los siguientes derechos¹⁹:

1. Su derecho a elegir libremente al médico y en general a los profesionales de la salud, como también a las instituciones de salud que le presten la atención requerida, dentro de los recursos disponibles del país.
2. Su derecho a disfrutar de una comunicación plena con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permita obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar ya I pronóstico y

¹⁸ VÉLEZ CORREA, Luis Alfonso “Ética Médica. Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte”. Fondo Editorial CIB. Medellín Colombia 2003 p. 268-296

¹⁹ www.scare.org

riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconsciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión.

3. Su derecho a recibir o rehusar apoyo espiritual o moral cualquiera que sea el culto religioso que profese.
4. Su derecho a que se le respete la voluntad de participar o no en investigaciones realizadas por personal científicamente calificado, siempre y cuando se haya enterado acerca de los objetivos, métodos, posibles beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que el proceso investigativo pueda implicar.
5. Su derecho a que se le respete la voluntad de aceptar o rehusar la donación de sus órganos para que éstos sean transplantados a otros enfermos.
6. Su derecho a morir con dignidad y a que se le respete su voluntad de permitir que el proceso de la muerte siga su curso natural en la fase terminal de su enfermedad.

Al igual que la Ley 23²⁰, la Resolución 13437²¹ otorga al paciente el derecho de autonomía para elegir el médico que deba tratarlo, condicionado a los recursos disponible

²⁰ Ibidem

²¹ Op cit

En la Ley 100 de 1993, o Ley de Seguridad Social, en su artículo 153 se les asegura libertad a los usuarios para escoger entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, “cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios”.²²

Esta es pues, la parte sustantiva de primera mano de “el código moral de la sociedad” en relación con el principio de autonomía. No es mayormente amplia si se tiene en cuenta el significado de este principio, por eso queda a juicio del médico interpretarlo y aplicarlo. No es tarea fácil hacerlo dado que la interpretación del principio de autonomía puede adoptar una tendencia hacia la inmoralidad o hacia la moral autoritaria, ambas tendencias claramente degeneradas.

Para la neoética médica, la información que se maneja entre el médico y el paciente se ha constituido en la mayor prueba de honestidad profesional.

Por último, no se puede dejar de lado el importante papel que juegan las distintas teorías éticas en la interpretación de los principios de autonomía, de beneficencia y de paternalismo, de capacidad-competencia y el conocimiento informado. El utilitarismo, en tanto ética consecuencial, reconoce que la puesta en práctica de la autonomía del paciente o de sus representantes maximiza el bienestar, utilidad o felicidad del enfermo. Por el contrario, si ambos bienes se obtienen por la elección racional del paciente, la conducta paternal esta justificada más allá de la existencia o

²² www.comunidad.derecho.org

no de un consentimiento informado previamente; lo cual quiere decir que en esta tendencia la autonomía del enfermo queda supeditada al principio de beneficencia.

7. MARCO LEGAL DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

Es importante, antes de señalar específicamente las normas relacionadas con el tema, resaltar la variedad de aspectos que se ven involucrados en la relación médico-paciente, desde el consentimiento, los vicios de la voluntad, todo el tema contractual que va implícito, la libre elección del médico, el secreto profesional, y la relación con terceros, para indicar algunos. Veamos pues, cual es el marco legal de esta relación.

La relación médico-paciente se encuentra regulada en la Constitución Política, en su artículo 16, que consagra en forma genérica el derecho al libre desarrollo de la personalidad: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".²³ Ahora bien, de qué manera toca más concretamente este artículo la relación en comento: la sentencia T-493 de 1993 de la Corte Constitucional²⁴, desarrolla este derecho bajo la consigna del principio constitucional de autonomía en el paciente así:

²³ Constitución Política de Colombia artículo 16

²⁴ Colombia. Corte Constitucional Sentencia T -493 de 1993 MP.: Antonio Barrera Carbonell del 28 de octubre de 1993

“El derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en la libertad general, que en aras de su plena realización humana, tiene toda persona para actuar o no actuar según su arbitrio, es decir, para adoptar la forma y desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones, sin más restricciones que las que imponen los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico. El derecho al libre desarrollo o desenvolvimiento de la personalidad, o de libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, ejercido dentro del marco del respeto de los derechos de los demás y el orden jurídico, es un derecho constitucional fundamental pues no sólo así se encuentra consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política, el cual hace parte del capítulo I, el Título II, denominado de los derechos fundamentales...

(...) En cuanto coartan a la libertad que posee X de decidir si se somete o no a un tratamiento médico y las modalidades del mismo, e interfieren indebidamente la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio dentro de los límites permitidos, en lo relativo a lo que a su juicio es más conveniente para preservar su salud y asegurar una especial calidad de vida”.

Además del artículo 16, el marco constitucional se complementa con el artículo 74, que al tenor de su inciso segundo dice:” El secreto profesional es inviolable”²⁵. Si bien sabemos que son varias las clases de profesionales sujetos a esto, estando en la obligación de guardar la información brindada por sus clientes o pacientes, respecto al ejercicio de la medicina, esta afirmación no requiere mayores explicaciones.

Los lineamientos generales que configuran el marco de la relación médico-paciente, también se encuentran en la Declaración Universal Sobre el Genoma y Derechos Humanos, que a la luz de los siguientes artículos apoyan el tema bajo examen: Artículo 2, sobre la dignidad humana ”a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas(...); artículo 5 “ numeral b) En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si esta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la Ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado” (...) Debido a que toda la declaración hace referencia a la protección de los derechos fundamentales, esta es la selección de artículos más puntual sobre el tema.

²⁵ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, Constitución Política de Colombia e Historia Constitucional. Quinta edición. Santa fe de Bogotá: ediciones Doctrina y Ley. 2002. Pág. 267

Así mismo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, se presenta como un claro complemento por manifestarse sobre la primacía del ser humano, sobre las obligaciones profesionales y normas de conducta, como principios rectores; con el título de consentimiento se desarrolla todo su capítulo segundo y con el de vida privada y derecho a la información, el capítulo tercero.

Es fundamental tener en cuenta que la relación entre el médico y su paciente es claramente contractual, que dicho enlace está amparado por un contrato, bien sea solemne, o simplemente consensual, encontrando su regulación en el Código Civil, que a grosso modo se extrae de los siguientes artículos:

Artículo 1495²⁶ “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”;

Por su parte, el artículo 1502²⁷ dispone: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. Que sea legalmente capaz. (...)”.

Los artículos 1508²⁸ y subsiguientes tratan los vicios del consentimiento: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.”. Así, se

²⁶ Código Civil Colombiano artículo 1.495

²⁷ Código Civil Colombiano artículo 1.502

establecen los elementos que permiten la configuración del acto médico como acto jurídico.

El artículo 1517²⁹ expone el objeto de la declaración de voluntad así: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer...”.

Para finalizar con el Código Civil, el artículo 1618³⁰ pone de manifiesto la prevalencia de la intención así: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”. Puede tomarse este último artículo como uno de los más importantes y relevantes en la relación médico-paciente por cuanto, como exponíamos en capítulos anteriores, hay una desigualdad de conocimientos y de estado psíquico y físico entre las partes, lo que lleva a que se torne la intención en un vínculo más estrecho que las palabras, explicaciones y especificaciones, claro está, sin restarle de ninguna manera la importancia que implican.

La Ley 14 de 1962³¹, en referencia al acto médico, en su artículo primero expresa que: “Para todos los efectos legales, se entiende por ejercicio de la medicina y cirugía, la aplicación de medios y conocimientos para examen, diagnóstico,

²⁸ Código Civil Colombiano artículo 1.508

²⁹ Código Civil Colombiano artículo 1.517

³⁰ Código Civil Colombiano artículo 1.618

³¹ www.scare.org

prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales, o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar.” Y aunque sus términos sean generales, en doctrina sobre el acto médico en la relación médico-paciente se puede encontrar lo siguiente: ” El acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, a través del contrato de prestación de servicios, es una forma especial de vinculación entre personas: por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivado por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo con su capacidad y al tipo de enfermedad que el primero presente(...) El acto médico, por su propia naturaleza, acarrea consecuencias legales dado que incide sobre el sujeto de derechos, afecta los de otra persona que voluntariamente se ha puesto en manos de un profesional de la medicina.”³²

La Ley 23 de 1981, de suma importancia para el tema, desarrolla los siguientes aspectos sobre la relación médico-paciente, desde su artículo primero que contiene una amplia declaración de principios, pasando por el secreto profesional, hasta llegar a la bioética, de tal manera que en resumen y por su carácter preciso extraemos los siguientes apartes:

³² GUZMÁN MORA, Fernando. “La práctica de la medicina y la Ley”. Edit. Biblioteca Jurídica DIKE, 1° Ed.,Pág.142

Artículo 1, numeral 4: "La relación médico- paciente es el elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico el cual impone la más estricta reserva profesional." En el artículo 5 encontramos los eventos de esta relación: "La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos: 1: Por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes. 2. Por acción unilateral del médico, en caso de emergencia. 3. Por solicitud de terceras personas y 4. Por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública"; sobre estos mismos eventos, el artículo 15 dice lo siguiente: "El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo físicamente o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente." El artículo 8 nos habla de la libertad para elegir médico: "El médico respetará la libertad del enfermo por prescindir de sus servicios."

En caso de discrepancias entre el médico y su paciente respecto a los honorarios, asunto claramente contractual, la misma Ley 23 de 1981, en su artículo 25 expone lo siguiente: " Cuando quiera que se presenten diferencias entre el médico y el paciente con respecto a los honorarios, tales diferencias podrán ser conocidas y resueltas por el colegio médico correspondiente."

Un tema fundamental, ya referenciado con anterioridad, es el secreto profesional, que se ve también amparado por la Ley 23 de 1981 en los artículos que a continuación se transcriben:

Artículo 37 “Entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales.”

Revelación del secreto médico en el artículo 38 “Teniendo en cuenta los consejos que dicta la prudencia, la revelación del secreto profesional se podrá hacer: a) Al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne y convenga; b) A los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento; c) A los responsables de los pacientes, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces; d) A las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley, y e) A los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infectocontagiosas o hereditarias, se ponga en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.” Y el artículo 39, que a su tenor dice: “El médico velará por que sus auxiliares guarden el secreto profesional.”

En este último se evidencia una ampliación en el ámbito de la relación, no quedando solamente entre el médico y su paciente, sino que entra ya a la esfera de los auxiliares que acompañan al tratante.³³

³³ Op. Cit pag. 37

El Decreto 3380 de 1981, en su artículo 2 hace referencia nuevamente a la libre elección del médico de la siguiente forma: " En el trabajo institucional el derecho de libre elección del médico por parte del paciente estará sujeto a las posibilidades ofrecidas por cada institución"; el artículo 10, sobre la advertencia del riesgo previsto, dice: " El médico cumple la advertencia del riesgo previsto a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico."

Con lo anterior se logra esbozar el marco legal más relevante del vínculo entre el profesional en medicina y quien está bajo su diagnóstico, llamando la atención especialmente sobre la Ley 23 de 1981 y el Decreto 3380 del mismo año que la reglamenta; a continuación, se relacionarán en orden cronológico otras Leyes, Decretos y resoluciones que tratan el tema y lo complementan.

La Ley 73 de 1988³⁴, sobre donación de órganos, en el artículo 5 contiene lo relacionado a la orden para expresar el consentimiento: "Cuando quiera que en desarrollo de la presente Ley deba expresarse el consentimiento, bien sea como deudo de una persona fallecida o en otra condición, se tendrá en cuenta el siguiente orden... 1. El cónyuge no divorciado o separado de cuerpos. 2. Los hijos

³⁴ www.encolombia.com

legítimos o naturales, mayores de edad. 3. Los padres legítimos o naturales. 4. Los hermanos legítimos o naturales, mayores de edad. 5. Los abuelos y nietos. 6. Los parientes consanguíneos en línea colateral hasta el tercer grado. 7. Los parientes afines hasta el segundo grado...” mostrando la posibilidad de que la relación no sea solo entre el médico y el enfermo, sino también entre él y los familiares de este. Esta Ley fue posteriormente regulada por el Decreto 1546 de 1998 (“Por el cual se reglamenta parcialmente las leyes 9 de 1979 y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para transplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares”)³⁵.

Por su parte, la Ley 35 de 1989³⁶, sobre el ejercicio de la odontología, en su artículo 2, habla de las relaciones del odontólogo con el paciente: “El odontólogo dispensará los beneficios de su profesión a las personas que los necesiten, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en esta Ley, y rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral y cuando existan condiciones que interfieran su libre y correcto ejercicio. El artículo 3 dice: ”Los servicios odontológicos se fundamentan en la libre elección del odontólogo por parte del paciente. En el trabajo institucional se respetará, en lo posible, este

³⁵ www.invima.gov.co

³⁶ www.dentalcolombia.com

derecho.” Artículo 4: “El odontólogo respetará la libertad del paciente para prescindir de sus servicios.” Artículo 5:” El odontólogo debe informar al paciente de los riesgos, incertidumbres y demás circunstancias que puedan comprometer el buen resultado del tratamiento.” Y artículos subsiguientes. Así mismo, el artículo 23 de la misma Ley hace referencia al secreto profesional:” El odontólogo está obligado a guardar el secreto profesional en todo lo que, por razón del ejercicio de su profesión haya visto, escuchado y comprendido salvo en los casos en que sea eximido de él por disposiciones legales. Así mismo, está obligado a instruir a su personal auxiliar sobre la guarda del secreto profesional.”

En el año de 1991, el Ministerio de Salud profirió la Resolución 13437, que lanza el principio de humanización en la atención del paciente, idea que abarca entre otros aspectos, la libertad para elegir al médico y el consentimiento informado, de tal forma que: “Artículo 1° Adoptar como postulados básicos para propender por la humanización en la atención a los pacientes y garantizar el mejoramiento de la calidad en la prestación del servicio público de salud en las instituciones hospitalarias públicas y privadas, los derechos de los pacientes que se establecen a continuación: Todo paciente debe ejercer sin restricciones por motivos de raza, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen social, posición económica o condición social: 1) Su derecho a elegir libremente al médico y en general a los profesionales de la salud, como también a instituciones de salud que le presten la atención requerida dentro de los recursos disponible del país. 2) Su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico,

apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve... 3) Su derecho a recibir un trato digno respetando sus creencias y costumbres, así como opiniones personales que tenga sobre la enfermedad que sufre. 4) Su derecho a que todos los informes de la historia clínica sean tratados de manera confidencial y secreta y que sólo con su autorización, puedan ser conocidos. 6) Su derecho a revisar y recibir explicaciones acerca de los costos por los servicios obtenidos, tanto por parte de los profesionales de la salud como por las instituciones sanitarias. Al igual que el derecho a que en casos de emergencia, los servicios que reciba no estén condicionados al pago anticipado de honorarios. 7) Su derecho a recibir o rehusar apoyo espiritual o moral cualquiera que sea el culto religioso que profese.

Para el año de 1993, entró a regir la famosa Ley 100, en cuyo artículo 153 numeral 4, sobre la libre escogencia como uno de los fundamentos del servicio público: “El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre entidades promotoras de salud y las instituciones

prestadoras de servicios. (...)”³⁷ Apoyando una vez más, pero desde el ámbito de los servicios públicos lo dicho sobre la libre escogencia del especialista.

Por último, la Resolución 2927 de 1998³⁸, también emanada del Ministerio de Salud, en el artículo 6 expone lo siguiente sobre el consentimiento informado: “Todo médico que aplique terapias alternativas, deberá antes de iniciar cualquier tratamiento explicar al usuario en términos claros y sencillos, el procedimiento, el tiempo aproximado de duración del mismo y la advertencia del riesgo previsto, solicitando su autorización o la de sus familiares o personas responsables, para tal efecto”.

En conclusión, el marco legal de la relación médico-paciente puede ser abordado desde diferentes aspectos, todos concatenados, y ciertamente complejos, haciendo aún más compleja la relación médico-paciente a la que pertenecen, por no ser esta una relación plana, sino por el contrario, llena de aristas y elementos sociales, psicológicos, físicos, trascendentales, etc. ; A continuación se definen algunos de los elementos de juicio que el profesional de medicina debe acoger como soporte para diagnósticos y tratamientos, que en últimas, son la expresión de la relación con su paciente.

³⁷ www.minsalud.gov.co

³⁸ www.funcop.org.co

Relación médico-paciente, el consentimiento y sus implicaciones para la responsabilidad civil.

Esta relación se hace importante en cuanto y en tanto de ella se deriva el consentimiento del paciente o su autorización, aspecto este de gran relevancia para el contrato de prestación de servicios médicos, ya que para que una persona se obligue válidamente a otra por un acto de declaración de voluntad además del resto de presupuestos legales³⁹, es necesario su aquiescencia.

De la relación médico-paciente es importante destacar que de la manifestación de voluntad se desprenden derechos y obligaciones para cada uno de dichos sujetos, sin la autorización del paciente libre y exenta de vicios, no se podrán perfeccionar las respectivas prestaciones y contraprestaciones devenidas del contrato. Esto con consecuencias graves dentro del campo civil y penal, generadoras de un daño el cual supone unos perjuicios, los que deben ser indemnizados en el campo civil o penados por el monopolio punitivo del Estado. Siguiendo el orden de ideas planteado podemos dar paso a una consideración, la cual, retomando lo planteado por Franco⁴⁰ podemos decir que, “... *la responsabilidad se define como la obligación de reparar y satisfacer. En este caso es la del médico al incumplir la prestación a la que se comprometió en el contrato – acto de voluntad bilateral – de*

³⁹ Artículo 1502 Código Civil Colombiano.

⁴⁰ Franco y otros, Op. Cfr. Pág 34.

prestación de servicios médicos.”En cuanto al consentimiento del médico no creemos que sea un punto esencial dentro del contrato de prestación de servicios dada la sublimidad que se le da a su obligación de atender a los pacientes en virtud de su juramento hipocrático, pero no se puede obviar el tema de la información que el médico debe presentar al paciente la cual será verdadera, clara, completa y discutida sin descuidar la precaución que debe tener con informaciones que pueden repercutir en el estado anímico del paciente debido a la gravedad o peligrosidad de los males que lo aquejen.

Pero al tratar el consentimiento del paciente no estamos queriendo decir que este sea una especie de exculpación a la responsabilidad del médico, y es aquí cuando se tiene que empezar a considerar el concepto del riesgo previsto, “*La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no ira mas allá del **riesgo previsto...***”⁴¹. Este principio dice con los resultados producto de la literatura médica y de la experiencia del médico que trata los cuales le brindan un cierto margen de falibilidad al tratamiento, así mismo este principio que sirve de amparo a los médicos no incluye la exención por negligencia, pero si los casos de lesión producida por caso fortuito. Además de esto el médico debe responder cuando le genera daño y por ende perjuicios al paciente, cuando lo somete a actos terapéuticos ajenos a las

⁴¹ Ley 23 de 1981, Art. 16

condiciones patológicas que presenta el paciente tal como lo contempla el artículo 15 de la ley 23 de 1981.

En su oficio el facultativo puede incurrir en situaciones de hecho que pueden conllevar cierta implicación de culpa, entendida esta en sus aspectos estructurales; negligencia, impericia o imprudencia, para mejor ilustración podemos citar los ejemplos dados por Franco en su obra,⁴² *“Ejemplos de negligencia: a un paciente se le colocó un yeso para una fractura de pierna. La pierna del enfermo se edematosa y progresivamente se ocasiona una isquemia a la extremidad, la cual se manifiesta por dolor intenso. El paciente acude a su médico y le informa de la situación. El médico no lo examina y lo manda a la casa sin sospechar la complicación, lo cual ocasiona la pérdida de la extremidad afectada.”. Ejemplo de impericia: un médico general no calificado para intervenir quirúrgicamente, trabajando en una ciudad donde existen cirujanos ampliamente capacitados, lleva a un paciente a cirugía y le practica resección de la vesícula biliar, ocasionando una lesión en el colédoco, que lleva progresivamente al deterioro y muerte del enfermo.”.*

Entonces, la existencia del consentimiento, aun plasmada en un documento no es sino solamente prueba del contrato de prestación de servicios médicos, que delimita el campo de actuación en la función del galeno y por ende es limitante del

⁴² Op Cfr. Pág 46

cumplimiento y del incumplimiento, prueba del acuerdo entre el paciente y el facultativo.

Este estudio de la relación galeno-paciente es necesario en el encauzamiento de este trabajo, debido a que de esta forma podemos determinar las partes que, en principio, pueden resultar inmiscuidas en litigios relativos a daños por parte de tratamientos terapéuticos inadecuados que dan al traste con indemnizaciones por perjuicios causados.

Responsabilidad civil del médico.

Llegado el avance de la ciencias la actualización de la jurisprudencia se hace inminente para evitar el deslindamiento de la realidad y aquélla, ya que los problemas clásicos del actuar médico han continuado, pero unidos a situaciones nacidas de nueva tecnología y nuevas concepciones de las diversas patologías que han originado problemas éticos, filosóficos, profesionales, políticos y sobre todo, con gran importancia para nuestro objeto de estudio, jurídico-legales.

Como asimilable a la terminología de la responsabilidad, se le puede endilgar a un precepto profesional, otro personal y otro legal-jurídico, este último como responder ante la sociedad en cabeza de sus jueces por una trasgresión a la ley, como ya

pudimos establecer esta puede ser civil o penal, la civil obliga a resarcir, reparar, aliviar el daño causado por la conducta. Por ende y como ya anotamos, el médico debe responder por sus actos que causen daño, a partir de estos presupuestos al médico le atañen obligaciones derivadas del mismo contrato de prestación de servicios médicos y así según la Doctrina jurídica se clasificaran dichas obligaciones en obligaciones de medio y obligaciones de resultado, éstas últimas de *Dar, Hacer o No hacer*.

- *Obligaciones de medio y resultado en medicina.*

Cuando el objeto del acto es aleatorio, su existencia no depende de la voluntad y acción directa de la parte cargada sino que está condicionada por el azar, esto ocurre cuando la persona acude al consultorio del facultativo esperando solución favorable a su cuadro patológico, en este caso el resultado no se puede garantizar pero el contrato es valido, si el resultado no se logra pero el médico (deudor del contrato) se ha esmerado en lograr el fin que espera el paciente, no puede darse responsabilidad de su parte, caso contrario a cuando esté mismo fin esperado no se logra por **culpa grave o dolo**, es aquí cuando se presenta de forma palmaria la obligación de responder.

De esta forma la *Corte Suprema de Justicia* en pronunciamiento de Marzo 5 de 1940, enuncia: “... *La obligación profesional del médico no es, por regla general de resultado sino de medio, o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste.*”.

En relación con esto Demogue distinguió obligaciones que persiguen no solo la conducta del deudor sino un resultado concreto, al respecto, el médico no promete la curación sino solamente sus cuidados, también Ospina Fernández⁴³ consideró el tema y se pronuncia: “ ... *las obligaciones son de medio cuando el resultado a que estas apuntan sobrepasa lo que el acreedor justamente puede exigir al deudor*”.

- *Consideraciones respecto al daño por las actuaciones del médico*

Con respecto a este punto podemos pronunciarnos en el sentido que ya esbozamos anteriormente al identificar el daño como elemento indispensable para que se presente la obligación de reparar el perjuicio ocasionado por la conducta, y como elementos integrantes de este, el daño emergente y el lucro

⁴³ OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo. “Régimen General de las Obligaciones”. Quinta edición. Santa fe de Bogotá 1994. página 24

cesante. El daño emergente lo podemos identificar como todas las erogaciones o gastos que tuvieron que ser sufragados a raíz del detrimento en la salud que sufre el paciente producto del procedimiento terapéutico realizado con negligencia o culpa, o violando los principios de **riesgo previsto y riesgo injustificado**, contemplados en la ley 23 de 1981, y al lucro cesante, como los rendimientos dejados de percibir por el paciente debido a la incapacidad generada por el procedimiento terapéutico indebido.

- *Consideraciones respecto de la culpa*

Aquí hay que incluir las nociones que nos aporta la *teoría general del derecho* cuando trata el tema de la culpa, a saber imprudencia, ignorancia, impericia. Al respecto nos allanamos a lo definido por Guzmán cuando en relación al tema dice, “...Hay impericia cuando falta la capacidad, habilidad, experiencia y conocimiento de quien emprende un tratamiento, particularmente cuando estas no han sido certificadas por alguna institución reconocida legalmente” .Con respecto a la imprudencia podemos decir, como ha dicho la *Corte Suprema De Justicia* en sentencia de Junio 2 de 1958, “ ...Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto...o cuando a pesar de haberlos previsto, confió plenamente en poderlos evitar.”.

El sustento de la culpa como elemento *sine qua non* (tratándose de responsabilidad subjetiva) para que se presente la indemnización de los perjuicios lo encontramos en la Legislación Civil Colombiana⁴⁴, cuando estipula que todo daño que pueda imputarse a malicia de una persona debe ser reparado por esta. Respecto de esto y teniendo en consideración el punto tocado en forma antecedente como lo fue el del consentimiento, si se trata de un daño causado sin que haya mediado contrato de prestación de servicios médico se dará una responsabilidad civil extracontractual por el hecho jurídico propio que lo provocó. En este caso es el paciente el que debe demostrar el comportamiento culposo del médico y el nexo causal, decimos que es necesario probar la culpa dado que en este caso la culpa no se presume como en las actividades peligrosas, según pronunciamiento del *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección III, Agosto 24 de 1992*⁴⁵, pero dicha prueba de culpabilidad ha sido trasladada al médico cuando se trata de un profesional adscrito a una entidad Estatal.

- Causales eximentes de Responsabilidad Médica

Al tratar el punto, nos referiremos a las más importantes situaciones, que ocurridas evitan que el profesional adscrito a una entidad estatal comprometa su responsabilidad.

⁴⁴ Código Civil Colombiano, Art. 2356

⁴⁵ www.ramajudicial.gov.co

Así entonces se puede dar la posibilidad de exoneración de responsabilidad a partir de la prueba de un error excusable, es decir, la existencia de una razón lógica y admisible para incurrir en el error o en el resultado no deseado. Nuestra legislación establece que el deudor no es responsable del caso fortuito a menos que se haya constituido en mora o que éste haya sobrevenido por su culpa. En cuanto a la prueba aduce la disposición que la que atañe a la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y la del caso fortuito al que lo alega.

En segundo término entramos a considerar el Caso Fortuito, está es una situación que no se puede preveer, o habiendo sido prevista se presenta de forma tal que sus resultados afecte y se presentan de forma tal que no se pueden evitar.

En tercer término la conducta del paciente que se aleja de los lineamientos del tratamiento terapéutico o combina conceptos y tratamientos de varios galenos, confiando en su criterio.

En cuarto lugar podemos hablar en un daño causado por razones físicas del paciente, que a pesar de todo el cuidado, experiencia, medida del galeno no brinda resultados y produce daño, solamente por causa de la contextura y disposiciones fisiológicas del paciente.

- *Consideraciones en General de la Responsabilidad Civil Médica.*

Al tratar de esta forma los diversos elementos intervinientes en la responsabilidad civil de los agentes médicos, podemos enunciar una serie de conclusiones, que a saber pueden ser:

- La responsabilidad civil médica se desprende bien puede ser, de un contrato de prestación de servicios médicos, el cual es consensual y cualquier documento escrito en este caso tiene una naturaleza *Ad probationem* y no es necesario para la existencia del contrato, pero también se puede presentar el caso de daños que no se derivan del contrato de prestación de servicios, por ejemplo cuando en curso de una intervención quirúrgica sufre daños un órgano que no debió ser tocado, caso en el cual se debe responder por dicho daño.
- La obligación del galeno es de medio, y no de resultado, dado lo debido por parte de este no es curar, sino hacer todo lo posible con toda la diligencia, el cuidado y poniendo en práctica su experiencia para el beneficio del acreedor-enfermo.

Con excepción en lo relativo a cirugías estéticas, en las cuales la obligación es de resultado y no de medio.

- La responsabilidad civil del médico debe, para que se le considere causante de un daño generador de perjuicios, reunir el total de los requisitos para el caso de la responsabilidad subjetiva, es decir además de la conducta, el daño, nexo causal es necesario probar la culpa, debido a que no es considerada como actividad peligrosa, según pronunciamiento jurisprudencial. Dicha carga probatoria se traslada en el caso de galenos adscritos en entidades estatales.
- La culpa, que genera la responsabilidad de los médicos, tiene la oportunidad de ser desvirtuadas por figuras como el error excusable, caso fortuito, desacato del paciente en las normas del procedimiento terapéutico o quirúrgico, e incompatibilidades anatómicas del paciente con el tratamiento que no pueden ser prevenidas por el galeno.
- En final consideración, como colofón, si en el ejercicio de la medicina se produce un daño, el cual es producto de una conducta **culposa o dolosa**, genera responsabilidad de reparar el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda acarrear y en algunos caso una responsabilidad administrativa.

Elementos de juicio en la actividad médica en la relación médico- paciente

I. EXAMEN MÉDICO

En su definición este examen se considera una parte del acto médico que tiene dos aspectos fundamentales, de una parte, el interrogatorio, que comprende la causa o

el motivo de la consulta, las circunstancias de esta, la averiguación de antecedentes, lo que clásicamente se llama revisión por sistemas y de otra parte, la revisión física de todos los sistemas del organismo del paciente.

II. CONSULTA MÉDICA

Dentro de esta se genera la relación médico-paciente y es la primera parte del acto médico que en múltiples ocasiones lo agota y en otras implica una ampliación hacia otros procedimientos, como diagnósticos quirúrgicos, buscando siempre la mejoría del paciente. Esta clase de acto médico se debe desarrollar dentro de un ámbito privado, buscando proteger el derecho del paciente a mantener en reserva sus problema de salud, evitando de paso que las medidas terapéuticas indicados por el médico sean utilizados en forma peligrosa, bien sea por otras persona o por automedicación.

III. DIAGNÓSTICO

El artículo 10 de la Ley 23 de 1981 expone lo siguiente: " El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapia correspondiente.

Puede decirse además, que el diagnóstico es el resultado del interrogatorio que el médico hace al paciente así como el examen médico; sin embargo, no se trata de

un resultado con precisión matemática, es una probabilidad que se deduce del análisis con la *lex artis*, o Ley del arte, del arte de la medicina en este caso, entendiéndola como el resultado del avance de la ciencia en el tiempo, teniendo en cuenta las circunstancias geográficas, psicológicas, sociales y climatológicas que rodean al paciente. Se convierte entonces en una probabilidad que solamente mediante ayudas médicas, quirúrgicas y tecnológicas puede dar un cierto grado de certeza, que no siempre es del 100%.

IV. PRESCRIPCIÓN MÉDICA

Es una transcripción de los medicamentos, la dosis y demás ordenes médicas para el manejo de las patologías que el médico ha encontrado en el paciente. A su vez, la Ley 23 de 1981, en el artículo 33 expresa: “ Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”.

VII. HISTORIA CLÍNICA

Por definición del artículo 34 de la Ley 23 de 1981 es.” La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente en los casos previstos por la Ley.

Para Vásquez Ferreyra, la historia clínica es la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio de la enfermedad actual.⁴⁶

El Decreto 3380 de 1981 en su artículo 23 dice: “el conocimiento que de la historia clínica tengan los auxiliares del médico o de la institución en la cual éste labore, no son violatorios del carácter privado y reservado de ésta.

Artículo 36 de la Ley 23 de 1981: ” En todos los casos la historia clínica deberá diligenciarse con claridad. Cuando quiera que haya un cambio de médico, el reemplazo está obligado a entregarla, conjuntamente con sus anexos, a su reemplazante.”

9. . Desarrollo Jurisprudencial

9.1 A nivel Internacional:

Culturas médicas de tradición tan marcadamente paternalista como la japonesa, van evolucionando, inexorablemente, hacia estos criterios de autonomía. “Así, la famosa sentencia de la Corte Suprema de Japón, de 19 de junio de 1981,

⁴⁶ VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina”. Edit. Biblioteca Jurídica DIKE. 1° Ed. Medellín, Colombia, Pág. 223 en Régimen Jurídico del Ejercicio médico. Edit. Legis. 1° Ed. 1998, Pág. 56

reconoció y elaboró, por primera vez, el deber de explicación que correspondía al médico en su relación con el paciente, como parte integrante de su cometido profesional. En todo caso, la comisión para el estudio del consentimiento informado de Japón, en su informe de 1995, abogó porque este principio del consentimiento informado se difunda a través de su cultura y no de sus tribunales y Leyes⁴⁷.

Del deber de información del médico se comenzó a hablar a finales del siglo XIX por parte de la doctrina alemana, alcanzando esta problemática un notorio desarrollo en la jurisprudencia de este país, así como en Francia y en los Estados Unidos de América.

La primera sentencia acerca del consentimiento informado tuvo lugar en las Islas Británicas en 1767, con ocasión del caso Slater versus Baker & Stapleton.

Uno de los primeros textos que imponía a los médicos la necesidad de obtener el consentimiento previo para los actos de experimentación científica, fue el promulgado en Alemania en 1931, bajo el título "Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica en el hombre", en cuyo artículo 12 se prohibía la experimentación en los casos en los que no se había obtenido el consentimiento; este mismo texto excluía de la experimentación a los menores de 18 años y a los moribundos⁴⁸

⁴⁷ www.bioeticaweb.com

⁴⁸ La responsabilidad médica y el consentimiento informado *Dr. Julio César Galán Cortés. REVISTA MÉDICA DEL Uruguay Vol.15 No. 1 abril de 1999 www.bioeticaweb.com/publicaciones*

9.2 En Colombia

Generalidades:

La Corte Constitucional en la sentencia T- 401 de 1994 establece “(...) En términos generales, toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (C.P. arts. 13, 16 y 28). Del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud.

En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha manifestado que con el derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad se garantiza en primera instancia la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. Respecto al Consentimiento Informado del Paciente, el Libre Desarrollo de la Personalidad opera de una manera diferente, se protegerá entonces el derecho del hombre a disponer sobre si mismo en cuanto a su salud, o en determinados casos, sobre la salud de las personas que estén imposibilitadas para prestar su propio consentimiento en ciertas circunstancias.

Este derecho reviste gran importancia, ya que finalmente lo que esta en juego es el derecho a la salud y el derecho a la vida. Por esto, al someterse al paciente a un procedimiento médico quirúrgico, se hace indispensable que se impongan ciertos

límites necesarios para que se cumplan los fines esenciales del Estado y así garantizar la efectividad de los derechos y principios constitucionales.

Núcleo esencial del derecho

Determinar cuál es el núcleo esencial del consentimiento informado resulta complicado, máxime si se tiene en cuenta que el Consentimiento Informado del Paciente no es en si un derecho, sino un principio- tal y como lo manifiesta la Corte Constitucional en su sentencia 477 de 1995 “(...) el principio del Consentimiento Informado del Paciente tiene fundamento en el libre desarrollo de la personalidad y en la autonomía (CP arts. 1º y 16)”-, principio este que se encuentra amparado principalmente por aquel y que a su vez involucrará otros derechos. Partiendo de este punto la jurisprudencia ha desarrollado este principio, basándose en otros bienes jurídicos como la dignidad humana, la autonomía, la salud y la vida.

Noción de Consentimiento Informado del Paciente

Es necesario dentro de la relación médico paciente, que se explique con la mayor claridad posible los pros y contras de un procedimiento medico quirúrgico, para que el paciente pueda libremente escoger si es sometido o no a este procedimiento, asumiendo las consecuencias que éste pueda generar sobre su salud y finalmente sobre su vida. Sin embargo, surgen diferentes problemas en cuanto a la capacidad

del paciente para dar su consentimiento. De esta manera la Corte ha establecido los límites al consentimiento cuando este no puede obtenerse o cumplirse.

En el caso del consentimiento del menor la Corte ha dicho “(...) El principio general es que el médico, en un Estado social de derecho, debe contar con el consentimiento informado de su paciente para adelantar tratamientos terapéuticos, ya que éstos pueden afectar la dignidad humana de éste último. Esto significa que *la labor médica no puede orientarse únicamente por la búsqueda de resultados que la ciencia médica considere óptimos, sino que debe respetar la dignidad y la autonomía de los pacientes, tal y como esta Corte ya lo ha reconocido en diversos fallos*. Sin embargo, este principio -que tiene fundamento en la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (CP arts. 1º y 16)- puede entrar en colisión con otros principios constitucionales igualmente importantes, que son relevantes en el caso *sub iudice*, como es la protección que la familia, la sociedad y el Estado deben brindar al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (CP Art. 44). En efecto, ¿qué sucede cuando la persona no está en capacidad de manifestar su consentimiento informado por tratarse de un menor de edad? ¿Pueden en tales eventos decidir los padres por sus hijos, en función de los intereses de estos últimos?

Esta situación muestra que si bien la Constitución opta en principio por un tipo de Estado que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individual, ello no significa que estén totalmente proscritas de nuestro ordenamiento jurídico las

llamadas medidas paternalistas, entendiendo "paternalismo" en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, como "la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada"⁴⁹.

En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional".

⁴⁹Gerard Dworkin. "El paternalismo"

En sentido vulgar se entiende por *consentimiento*, la tolerancia o condescendencia que se hace a una cosa. Mientras que en Derecho, el consentimiento es requisito esencial del acto jurídico, sin el cual éste es nulo, y al que se oponen la incapacidad, la violencia, el error y el dolo.

La Corte Constitucional ha desarrollado el tema del Consentimiento Informado del Paciente relacionándolo con diferentes derechos, además establece ciertos criterios para resolver los conflictos que puedan presentarse entre derechos.

La discusión constitucional no se centra en lo que se ha denominado como paternalismo médico y vitalismo, según el cual la vida humana debe mantenerse a cualquier costo; actualmente se tiene muy en cuenta que para el cuidado de la salud debe existir una relación armónica entre paciente y médico. Se le debe dar una información adecuada al paciente sobre las secuelas que ofrezca una intervención médica para que este de su consentimiento, a menos que exista una urgencia y este de por medio un bien jurídico superior como la vida.

Según la sentencia T-401 de 1994, la medicina tradicional que partía de la base de afirmar que el paciente no podía tener el saber necesario para curar su enfermedad por esto sus opiniones eran totalmente irrelevantes y se basaba únicamente en el bienestar físico del paciente, ha evolucionado paulatinamente, como consecuencia de la trascendencia de los valores de la autonomía, la autodeterminación y la dignidad. En este aspecto se plantea la posibilidad de

modificar la tradicional relación clínica, así el médico condiciona la asistencia que le preste a determinado paciente a su consentimiento.

A partir de estos cambios axiológicos se ha planteado la posibilidad de modificar los términos tradicionales de la relación clínica, de tal manera que el médico condicione su asistencia al consentimiento del paciente. De acuerdo con estos nuevos supuestos, nada impide que el enfermo tome decisiones que no conduzcan a su bienestar físico. De acuerdo con la Corte toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta de derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (C.P. arts. 13, 16 y 28). Del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud.

Esta afirmación no sería aplicable a casos concretos, en donde surgen varios interrogantes ¿cuándo se pierde este derecho?; ¿hasta qué punto las personas incapacitadas mentalmente tienen la facultad de tomar decisiones sobre su vida?; ¿qué sucede en aquellos casos en los cuales las personas adoptan alternativas que objetivamente perjudican su salud o integridad física?

La posición autonomista aboga por el respeto de las decisiones personales incluso cuando se toman de manera imprudente o en perjuicio de la salud. El principio de

autonomía permanece incólume aún cuando la persona elige de manera consciente un camino que no conduce al beneficio de su mejor interés. Esto es lo que en filosofía se conoce como "voluntad débil".

Según la tesis autonomista prima la decisión que toma el paciente sobre la conciencia exacta que pueda tener sobre los riesgos de determinado procedimiento.

El reconocimiento de la autonomía según Dworkin permite que las personas sean responsables de formar sus propias vidas de acuerdo con un criterio de identidad determinados y de esa manera tomará las decisiones pertinentes en cuanto a su vida y salud. La autonomía se independiza de las consecuencias que pueda causar su ejercicio ante situaciones determinadas.

Sin embargo limitar esta posición es necesario ya que el paciente puede engegucerse por sus creencias, ideologías etc. aunque de esa manera se adopte una posición paternalista y con el fin de proteger la integridad del enfermo

Mas adelante en la misma sentencia la Corte analiza la relación que existe entre la autonomía y el consentimiento y plantea unos puntos esenciales en cuanto al tratamiento y ejercicio médico "(...). La bioética constata un acuerdo sobre algunos puntos esenciales relativos al tratamiento y al ejercicio médico. En cuanto a lo primero, se considera que todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse

con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.

En relación con el ejercicio médico, se considera que éste se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación. (...)"

Autonomía y consentimiento están claramente unidos, es necesario que exista un consentimiento previo a un tratamiento que pueda afectar gravemente la salud. Para que el paciente de su consentimiento válidamente, el médico debe informar claramente al paciente sobre los riesgos y beneficios del procedimiento.

En cuanto al consentimiento del paciente, la Corte explica su alcance y contenido en la Sentencia No. T-477/95 en donde tutela el derecho a la identidad sexual de un menor, la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad. Define el consentimiento como el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico, esta definición la enmarca en la relación médico paciente y establece que la

obligación contractual o extracontractual del médico respecto del paciente genera obligaciones de medio y no de resultado.

De acuerdo con la Corte el problema del consentimiento no ofrece ningún problema cuando se trata de los procedimientos médicos comunes, sino que adquiere relevancia en casos específicos (en este caso la readecuación del sexo) en donde el consentimiento deberá provenir directamente del paciente, siempre que el paciente reúna las mínimas condiciones para que dicho consentimiento.

Reitera la Corte la conveniencia de informar previamente al paciente sobre los riesgos que corre el paciente ante determinado procedimiento y cuales serían las posibles secuelas de tal manera que el paciente ejerza plenamente sus derechos con el fin de proteger su autonomía y mejorando su salud.

De acuerdo con la Ley 23 de 1981, el médico tiene la responsabilidad de proteger la vida e integridad de la persona en casos de urgencia; en este evento el consentimiento del paciente podría suplirse

Según la sentencia T- 559 de 1995 en caso de urgencia, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente, por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida. Es preciso que el médico valore

todas las condiciones necesarias para que pueda existir un acto de consentimiento informado válido y éticamente correcto.⁵⁰

Un límite diferente lo constituye el consentimiento del menor, que no tiene la capacidad para dar su consentimiento. La Corte considera que “(...) En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.

⁵⁰ Colombia. Corte Constitucional T-559 de 1995. MP.: Alejandro Martínez Caballero

Con todo, la Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son:

- de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.

- De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es "notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal", de suerte que se afecta "de manera sustancial el principio de autodeterminación personal"⁵¹. Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

- Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.

⁵¹Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3 M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos. Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, y de evidentes beneficios médicos para el mismo. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. Se respeta entonces la autonomía con base "en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito)"⁵².

En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por mera razones estéticas. En efecto, en este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no

⁵²Gerard Dworkin. Op-cit, p 156.

comparte. En este caso, la medida deja de ser "paternalista" para convertirse en lo que la filosofía ética denomina "perfeccionismo", esto es, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (CP arts 1º, 5 y 16). (...)"

Es importante señalar como se le ha dado importancia al consentimiento del menor adulto. En efecto, el menor adulto es considerado como un incapaz relativo, se le da la posibilidad de decidir y en el caso que nos ocupa tiene capacidad de manifestar su consentimiento libremente excepto cuando manifiestamente es contrario a valores jurídicos superiores como la vida o la salud. En este sentido, puede el padre imponer su voluntad, desestimando el consentimiento que pueda dar el menor adulto. La Corte estableció que "Si bien el menor adulto goza de una capacidad relativa, ésta no es suficiente para optar por una alternativa que pone en serio peligro su vida, pues aún no puede presumirse que ella sea el producto de su propia y autónoma reflexión, guiada únicamente por su razón y entendimiento, motivo por el cual las decisiones que tengan que ver con su salud, que comprometan su vida, deben ser compartidas con sus padres o representantes quienes tienen el derecho y el deber de participar en ellas."⁵³

⁵³ Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-474/96 MP.: Fabio Morón Díaz

Afirma la Corte que en el caso del menor adulto existe una “*capacidad compartida*” en donde a capacidad relativa que se le reconoce al menor adulto debe ser complementada y perfeccionada, hasta hacerse plena, con el ejercicio por parte de los padres o representantes del derecho-deber que a ellos se les reconoce, de guiar y orientar a sus hijos o representados en el ejercicio de sus derechos, “de modo conforme a la evolución de sus facultades”. Se trata de lo que podría denominarse una capacidad compartida, pues no se puede simplemente desconocer de plano las opiniones del menor adulto, adoptando decisiones que tendrían que imponerse por la fuerza, a lo mejor transgrediendo otros derechos del mismo; si se presenta contradicción entre las decisiones que tome el menor, que pongan en peligro su derecho fundamental a la vida, y las decisiones de sus padres para preservarla, le corresponde al Estado, garantizar la primacía del derecho fundamental a la vida del menor. Cuando se trata de intervenciones o tratamientos urgentes y necesarios dirigidos a preservar la vida del menor próximo a cumplir la mayoría de edad, ante la gravedad “extrema” de su estado de salud, imponer la decisión del padre, aún en contra de la voluntad del hijo menor, en el sentido de autorizar que la ciencia recurra y aplique los procedimientos que estén a su alcance para salvarle la vida, no implica usurpar o interferir su autonomía, sino viabilizar una posibilidad de carácter científico que contribuya a preservar su vida, deber y derecho del padre y obligación del Estado.”

La Corte Constitucional ha establecido que a pesar de la prevalencia del principio de autonomía, y el deber médico de obtener un consentimiento informado, no

constituyen, una regla de aplicación mecánica y absoluta en todos los casos, por cuanto, como se dijo anteriormente puede generarse un choque con otros valores constitucionales. y que pueden adquirir en la situación concreta un mayor peso normativo, de acuerdo con el principio de interpretación de la concordancia práctica. En este evento, cuando el interprete sopesa los bienes e intereses jurídicos, determinará cual bien o interés tiene mayor entidad y le dará aplicación a estos, como sucede en el caso en que el médico obra aplicando el principio de beneficencia (que se dará en casos de emergencia o cuando el paciente se encuentra en incapacidad de dar su consentimiento). La Corte concluye que “(...) el principio de autonomía tiene entonces una prevalencia *prima facie*, pero no absoluta, sobre los valores concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia”⁵⁴

De acuerdo con la labor interpretativa del juez de tutela se han señalado las características que debe reunir el consentimiento del paciente. Se plantea en primer lugar la necesidad de que la persona tome su determinación sin coacciones ni engaños.

En segundo término, la decisión debe ser informada, es decir, “(...) debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento.

⁵⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU- 337 de 1999 MP.: Alejandro Martínez Caballero

Por último el paciente debe tomar la decisión autónomamente y en este sentido debe ser capaz, es decir debe reunir unas calidades mentales y emocionales que determinen verdaderamente su consentimiento.

De acuerdo con la doctrina constitucional existen diferentes tipos de tratamientos en donde el consentimiento deberá ser cualificado. Por esto deberá distinguirse entre las terapias ordinarias y las intervenciones extraordinarias. Resulta lógico que la información que se suministra en estos casos es diferente, siendo más exigente la información que debe suministrarse en un procedimiento médico extraordinario y el consentimiento cualificado. Si se exige un consentimiento cualificado entonces la capacidad del paciente será más exigente. Para que el paciente ejerza su autonomía deberá conocer profundamente los riesgos o beneficios que resulten de un procedimiento medico.

No se puede comparar la capacidad legal con la autonomía para optar por un determinado procedimiento médico. Una persona puede no ser capaz jurídicamente pero puede ser autónoma para tomar una decisión con respecto a salud, igualmente puede presentarse una situación contraria, una persona jurídicamente capaz, pero que pueda estar afectada mentalmente de una manera transitoria y esto le impide tomar la decisión correcta.

La Corte ha establecido una clara línea jurisprudencial sobre el consentimiento informado. Se basa en la importancia de la autonomía del paciente, quien será el encargado de decidir en última instancia sobre su salud y su vida. Sin embargo, deben prevalecer los intereses superiores; situación en la cual el ejercicio de la autonomía será un poco restringido al conocimiento y capacidad del paciente. No se puede desconocer que la Corte Constitucional ha sentado ciertas bases de interpretación pero deja de lado una serie de consideraciones que permitirían llegar a un verdadero Estado de Social de Derecho.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

ALBENDEA PABÓN, José. “La Acción de Tutela”. Santafe de Bogotá ediciones Universidad de la Sabana 1994.

CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica”. Editorial Temis Santafe de Bogotá 1997, p. 246 - 264

DUEÑAS RUIZ, Oscar José “Acción y Procedimiento en la Tutela”. Cuarta edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 2001

FRANCO, Eduardo; y otros; *De la responsabilidad civil médica*. 1ª ed; Ediciones Rosaristas – Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín 1995.

FUNDACIÓN DE CIENCIAS DE LA SALUD; *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*. 1ª ed; Editorial DOCE CALLES, S.L., Madrid, 1993.

GUZMÁN MORA, Fernando. “La práctica de la medicina y la Ley”. Edit. Biblioteca Jurídica DIKE, 1º Ed.,Pág.142

GHERSI, Carlos A; *Relación médico paciente en la responsabilidad civil*. 1ª ed; Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., Medellín , 1998.

MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto; TAMAYO JARAMILLO, Javier; y otros; *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. 1ª ed; Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1993.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, Constitución Política de Colombia e Historia Constitucional. Quinta edición. Santa fe de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2002. Pág. 124

ROMEO CASABONA, Carlos María. “El médico ante el derecho” “La responsabilidad penal y civil del médico”. Madrid, Pubs. Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985. p. 73. por: YEPES RESTREPO, Sergio, “La responsabilidad civil médica”. Cuarta edición. Medellín Colombia. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 1996. Pág. 148

TAMAYO JARAMILLO, Javier “Sobre la prueba de la Culpa Médica” Cuarta edición. Medellín Colombia. Editorial Biblioteca Jurídica Dike. 1998.

YEPES RESTREPO, Sergio,; *La responsabilidad civil médica*. 2ª ed. Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1993.

VÉLEZ CORREA, Luis Alfonso “Ética Médica. Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte”. Fondo Editorial CIB. Medellín Colombia 2003 p. 268-296

JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Constitucional Sentencia T -493 de 1993 MP.: Antonio Barrera Carbonell del 28 de octubre de 1993

Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-401 de 1994 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz del 23 de octubre de 1993

Colombia. Corte Constitucional Sentencia T- 477 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

Colombia. Corte Constitucional Sentencia T- 559 de 1995 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero del 29 de septiembre de 1995

Colombia. Corte Constitucional Sentencia T- 474 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz del 25 de setiembre de 1996

Colombia. Corte Constitucional Sentencia C - 239 de 1997 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz del 16 de septiembre de 1999

Colombia. Corte Constitucional Sentencia SU – 337 de 1999 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero del 12 de mayo de 1999

Colombia. Corte Constitucional Sentencia T- 692 de 1999 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

Colombia. Corte Constitucional Sentencia T – 1657 de 2000 Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra del 30 de noviembre de 2000

Colombia. Corte Constitucional Sentencia T- 1390 de 2000 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero del 12 octubre del 2000

Colombia. Corte Constitucional Sentencia T- 597 de 2001 Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero del 7 de junio del 2001

LEGISLACIÓN

Constitución Política de Colombia

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, Constitución Política de Colombia e Historia Constitucional. Quinta edición. Santa fe de Bogotá: ediciones Doctrina y Ley. 2002.

Código Civil Colombiano

Legis Editores S.A. 2002

Ley 14 de 1962 “Regula la profesión médica”

www.scare.org

Ley 23 de 1981 "Por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica"

VÉLEZ CORREA, Luis Alfonso “Ética Médica. Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte”. Fondo Editorial CIB. Medellín Colombia 2003

Decreto Reglamentario 3381 de 1981 por medio de la cual se reglamento la Ley 23 de 1981

www.scare.org

Ley 73 de 1988

www.encolombia.com

Ley 35 de 1989

www.dentalcolombia.com

Resolución 13437 de 1991 del Ministerio de Salud “Por la cual se constituyen los comités de Ética Hospitalaria y se adoptan el Decálogo de los Derechos de los Pacientes.

www.scare.org

Resolución 2927 de 1998 del Ministerio de Salud

www.invima.gov.co

INTERNET

www.bioeticaweb.com/publicaciones

www.comunidad.derecho.org

www.dentalcolombia.com

www.encolombia.com

www.funcop.org.co

www.invima.gov.co

www.google.com

www.minjusticia.gov.co

www.minsalud.gov.co

www.ramajudicial.gov.co

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

1.- TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

AL () E () LAT () LE () OP () RE () SU () T (x)

2.- NÚMERO DE SENTENCIA: C () SU () T (x) 401

3.- FECHA DE LA SENTENCIA: 12-09-94

4.- MAGISTRADO PONENTE: Eduardo Cifuentes Muñoz

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARÓN LA SALA: Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARÓN EL VOTO: José Gregorio Hernández Galindo

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARÓN EL VOTO: No hubo aclaración

8.- VOTACIÓN: 2-1

9.- ACTOR O ACCIONANTE: Leovani Amador Burgos.

10.- CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x) PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí () No (x)

12.- INTERVINIENTES: No hubo

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: Sí (x) No ()

Cuáles: La sala de Revisión decretó la práctica de una nueva prueba siquiátrica. Allí se concluyó que el examinado no presentaba signos de enfermedad protuberante que hubiesen alterado sus facultades mentales o su capacidad de comprensión.

14.- AUDIENCIA PÚBLICA: Sí () No (x)

15.- OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: Ninguna

16.- TEMAS: Consentimiento Informado del Paciente, Derecho a la salud, tratamiento médico, Relación médico paciente, Derechos del paciente.

17.- NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Ninguna

18.- DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: No hubo porque es Acción de tutela.

19.- HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

El señor Leovani Amador Burgos, estaba recibiendo un tratamiento médico desde el año de 1991 debido a que sufría de una deficiencia renal, para esto era necesario que le fuera realizado una diálisis peritoneal. Este procedimiento era realizado en el Instituto de Seguros Sociales bajo la supervisión del doctor Muñoz. Según el doctor Muñoz el paciente no estaba siguiendo el tratamiento, razón por la cual decide remitirlo a la Unidad de Salud Mental. Después del examen sociológico, se le dictaminó que el paciente sufría de un trastorno mental que incidía en su tratamiento. El médico decide que se someta a un procedimiento más complicado que según el paciente no era necesario, y que este procedimiento afectaría gravemente su salud y su calidad de vida. Al no estar de acuerdo con la clase de tratamiento al que lo somete el médico el señor Burgos, interpone acción de tutela con el fin de que su derecho a la salud y la vida sean protegidos.

20.- DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA: C (x) NC () CP () TC ()

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA:

En consecuencia, el peticionario tendrá derecho a elegir el tratamiento que más se ajuste a sus condiciones y, de otra parte, el médico podrá retirarse de la relación instaurada con su paciente en el evento de tener objeciones de fondo respecto de la decisión tomada por este último, en cuyo caso el Instituto de los Seguros Sociales designará otro médico para la atención del paciente.

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.- DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

¿En caso de disputa entre el médico y su paciente, debida al tipo de tratamiento que debe ser llevado a cabo, puede aquél decidir y prescribir el sistema que considere más adecuado, aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada?.

El análisis del problema jurídico planteado será dividido en cuatro partes. En la primera de ellas se tratará el supuesto fáctico del estado psíquico del peticionario. Posteriormente se analizará el tema de la autonomía en la relación médica, como el asunto esencial llamado a resolver. Un tercer punto tratará los antecedentes jurisprudenciales relativos a la relación médico paciente y, finalmente, en un último apartado se analizará el caso concreto a la luz de los postulados obtenidos en el desarrollo previo.

B.- DOCTRINA GENERAL:

En relación con el consentimiento que deben dar los familiares respecto del tratamiento del paciente incompetente para manifestar su voluntad, debe acudirse a la normatividad sobre consentimiento en materia de trasplantes y disposición de órganos (ley 73 de 1988). El artículo 5 de dicha ley establece un orden de prioridades encabezado por el cónyuge no divorciado o separado de cuerpos y seguido por los hijos legítimos o ilegítimos mayores de edad, los padres legítimos o naturales, los hermanos legítimos o naturales mayores de edad, etc.

La ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica) tiene en cuenta el valor de la autonomía en su artículo 1-1, cuando establece que:

"La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes"

De manera más específica el artículo 15 de la misma ley, hace alusión al consentimiento del paciente en los siguientes términos:

"El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física y síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente".

Una dificultad adicional se presentaría en aquellas situaciones en las cuales, por razones económicas, geográficas o simplemente institucionales, el paciente no tiene la posibilidad de escoger médico diferente, luego de un altercado que ha minado su relación bilateral con el galeno. En tales circunstancias parece razonable poner en conocimiento de lo sucedido a otros colegas o comunicarlo a la Junta Médica tal como está previsto en el artículo 19 de la ley 23 de 1981.

La actitud paternalista del galeno conduce a un sometimiento del paciente que justifica la procedencia de la tutela contra particulares, más aún cuando se trata de la protección del derecho a la autonomía en la prestación de un servicio público de salud, tal como lo establece el numeral 2 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

C.- DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La relación médico-paciente se encuentra estructurada a partir de dos principios fundamentales: primero, la capacidad técnica del médico y, segundo, el consentimiento idóneo del paciente.

Se considera que todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.

En relación con el ejercicio médico, se considera que éste se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.

D.-PRINCIPALES REGLA DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O "SUBREGLAS":

Aún suponiendo la existencia de una patología mental del enfermo, relacionada especialmente con problemas de comportamiento, de allí no se deduce la imposibilidad de manifestar su voluntad de manera coherente y precisa. Dicho en otros términos, una cosa es que el trastorno mental efectivamente constituya una contraindicación para el tratamiento y otra bien diferente es que dicho trastorno conduzca a una obnubilación mental de tal envergadura que la persona no pueda expresar su consentimiento. La existencia fáctica de la contraindicación - sobre la cual existen serias reservas debido a la contradicción de los conceptos psiquiátricos presentados -, no demuestra la pérdida de la autonomía del peticionario.

La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento

Dos problemas jurídicos fueron resueltos durante las consideraciones del presente fallo. El primero se refería a la capacidad del peticionario para manifestar su voluntad y participar en la relación médica como persona dotada de plena

autonomía. Respecto de este punto se anotó lo siguiente: a) El informe final del Instituto de Medicina Legal permite establecer la capacidad mental del peticionario para manifestar su voluntad y para asumir el tratamiento de Diálisis peritoneal; b) En aquellos casos en los cuales existe una contraindicación médica que simplemente afecta el resultado de un tratamiento, sin que lo anule o lo haga contraproducente, y que de otra parte, beneficia otros intereses del paciente no ponderables en términos de salud física, el consentimiento del paciente respecto de la posibilidad de seguir o no con el mencionado tratamiento adquiere total relevancia.

El segundo problema jurídico consistió en determinar el curso que debe seguir una relación médico-paciente deteriorada por desavenencias temperamentales de una o de ambas partes. Al respecto se dijo lo siguiente: a) Se trata de una relación de confianza - no de autoridad - regida por los principios de la competencia científica del médico y de consentimiento del paciente. En caso de deterioro de la relación de confianza, ambas partes tienen derecho a deshacer el vínculo; b) en situación de intervención médica extraordinaria - como es el caso del peticionario - la autonomía del paciente adquiere una relevancia especial; cuando se presenta desacuerdo en dicho tipo de relación, el médico debe tener un especial cuidado en no desconocer el principio de autonomía; c) el médico - guiado por una visión exclusivamente asistencialista - adoptó actitudes autoritarias que vulneraron la autonomía y la dignidad del peticionario; no obstante, esta actitud proviene de una tradición médica demasiado orientada hacia el paternalismo y no de una intención malsana del médico y mucho menos de su incompetencia científica d) con dicha actitud, sin embargo, el médico violó el derecho a la autonomía y a la libertad, consagrados en la Carta de derechos (arts. 16 y 28).

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Todo paciente tiene derecho a rehusar la aplicación de un determinado tratamiento sobre su cuerpo. Sin embargo, el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento. La voluntad del paciente de preferir una cosa sobre otra es una razón que el médico debe tener en cuenta. La contraindicación, en muchos casos, hace parte de los criterios de sopesación que el enfermo tiene en cuenta para determinar su estado de salud. Es posible establecer una diferenciación entre la situación mental del paciente - patológica o no - y su autonomía o capacidad para consentir.

Los voceros de la orientación paternalista argumentan que, en ocasiones, cuando el paciente es incapaz de apreciar cuál es la mejor alternativa que se ofrece para la protección de su salud, el tratamiento se justifica no obstante la reticencia del enfermo. La decisión del médico de imponer el tratamiento se considera, en este

caso, una decisión en beneficio del mejor interés del paciente, no obstante sus objeciones. Sin embargo, aún la visión asistencialista más radical reconoce el principio según el cual toda persona es depositaria del derecho a que se le proteja su autonomía. Según este punto de vista, sólo en ciertas circunstancias extremas puede comprometerse la integridad del enfermo pasando por alto su propio consentimiento.

La bioética constata un acuerdo sobre algunos puntos esenciales relativos al tratamiento y al ejercicio médico. En cuanto a lo primero, se considera que todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.

No obstante la violación del derecho fundamental a la libertad del peticionario ocasionada por el médico, esta Corte es consciente de que dicha violación tiene origen en una práctica inveterada de la medicina, demasiado centrada en propósitos asistencialistas que resultan incompatibles con los nuevos principios constitucionales definidos por la Constitución Política de 1991. En consecuencia, la decisión que se tomará respecto del médico, condenará su comportamiento, sin deducir de ello una responsabilidad individual, sino un reproche genérico a una cierta actitud que está llamada a transformarse y adecuarse a una nueva escala de valores.

En síntesis, la obligación de informar al paciente, considerada como principio adscrito constitucionalmente al principio de la protección de la autonomía (C.P. arts. 16 y 28) no debe ser apreciada con independencia de otros valores que participan en la relación médica, tales como la finalidad curativa de la medicina (Ley 23 de 1991 Art. 1), la dignidad y autonomía de la profesión médica (C.P. arts. 16, 25 y 26). Así, valga la ilustración, de manera similar a cómo la mentira piadosa puede ser una excepción a la regla que prohíbe mentir, la retención de información por motivos de dignidad humana puede estar justificada en ciertos casos.

24.- DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM):

El segundo problema jurídico consistió en determinar el curso que debe seguir una relación médico-paciente deteriorada por desavenencias temperamentales de una o de ambas partes. Al respecto se dijo lo siguiente: a) Se trata de una relación de confianza - no de autoridad - regida por los principios de la competencia científica del médico y de consentimiento del paciente. En caso de deterioro de la relación de confianza, ambas partes tienen derecho a deshacer el vínculo; b) en situación de intervención médica extraordinaria - como es el caso del peticionario - la autonomía del paciente adquiere una relevancia especial; cuando se presenta desacuerdo en

dicho tipo de relación, el médico debe tener un especial cuidado en no desconocer el principio de autonomía; c) el médico - guiado por una visión exclusivamente asistencialista - adoptó actitudes autoritarias que vulneraron la autonomía y la dignidad del petionario; no obstante, esta actitud proviene de una tradición médica demasiado orientada hacia el paternalismo y no de una intención malsana del médico y mucho menos de su incompetencia científica d) con dicha actitud, sin embargo, el médico violó el derecho a la autonomía y a la libertad, consagrados en la Carta de derechos (arts. 16 y 28).

La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento.

La información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio. No se trata de una norma que sólo puede ser cumplida o no, sino más bien de un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. La fuerza normativa de este principio se logra por intermedio de la ponderación y adecuación con otros principios y reglas que entran en pugna al momento de resolver el caso concreto. El elemento fáctico es fundamental para determinar el alcance de la norma depositaria del principio.

En este punto los principios se diferencian de las reglas que se aplican o no a una realidad específica, en una especie de juego en el que se obtiene todo o nada. La solución de los conflictos entre reglas, a diferencia de lo que sucede con los principios, se resuelve, entonces, mediante el concepto de validez o mediante la introducción de excepciones.

De acuerdo con lo expuesto, los principios no contienen mandatos definitivos, sino sólo provisionales. Su aplicación no es directa e inmediata sino indirecta y ponderada. Cuando un principio opuesto posee un peso mayor a la luz de un caso específico el principio inicial debe ceder el paso.

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO:

A. TEMAS

Tratamiento Médico/Médico. Desconocimiento de su autonomía/Libre desarrollo de la Personalidad/Derechos del Paciente/Responsabilidad Médica/Acción de Tutela.

B. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI)

El magistrado afirma, en su salvamento de voto que: “es errónea la idea de que el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la autonomía del individuo conduzcan forzosamente a satisfacer los caprichos de los pacientes, imponiendo sus criterios por encima de los conocimientos especializados y sacrificando el núcleo esencial de discrecionalidad que, en el campo respectivo, supone, al menos en principio, el ejercicio de toda profesión.

Si bien la persona tiene derecho a buscar, dentro de un contexto de libertad, la culminación de sus aspiraciones -en el caso de autos, la curación por una vía distinta a la indicada por el médico, para lo cual el peticionario siempre ha gozado de la oportunidad de no aplicarse el tratamiento indicado, optando por acudir a otro profesional-, no puede desconocerse que, fuera de los límites constitucionalmente establecidos -los derechos de los demás y el orden jurídico-, en muchas circunstancias y coyunturas de la vida humana, no por imposición de nadie sino por la naturaleza de las cosas y por la tozuda presencia de los hechos, la persona se ve precisada a hacer lo que no le gusta o a privarse de aquello que desea.

El paciente, al entablar la relación profesional con su médico, contrae compromisos y cargas de los que no se puede deshacer invocando un derecho absoluto a su libre determinación.

La relación que se establece entre el médico y el paciente es de confianza. Es ésta precisamente la que el fallo dice reivindicar a cambio de lo que denomina "actitud autoritaria" del tratante. Pero, por paradoja, la Sala ha estructurado su decisión en la existencia de la "visión exclusivamente asistencialista" adoptada por el facultativo y de "una tradición médica demasiado orientada hacia el paternalismo", conceptos éstos que -pese a la advertencia hecha en el fallo- descalifican el carácter objetivamente científico de la opción acogida por el tratante y, en consecuencia, destruyen la confianza en su dictamen.

Claro está que las mayores y más delicadas responsabilidades las asume el facultativo y ellas le son exigibles legalmente, pero, precisamente por eso, ha de reconocérsele un ámbito mínimo de libertad en la prescripción de los medicamentos y tratamientos que juzgue adecuados para alcanzar su cometido científico.

La autonomía del paciente en cuanto alude al consentimiento para que se le administre cierto tratamiento radica en aceptarlo o rechazarlo, optando en éste último caso por acudir a un profesional diferente, pero no puede consistir en hacer que obligatoriamente prevalezca la alternativa escogida por el enfermo, sobre la conciencia del médico, supeditando la actividad de éste a la elección de aquél.

C. DOCTRINA GENERAL

El artículo 16 de la Constitución, que, en mi concepto, no tiene los alcances a él atribuidos por la Corte en la Sentencia sobre despenalización del consumo mínimo de estupefacientes, se está convirtiendo en vía fácil para eludir toda clase de deberes y para esquivar las más elementales cargas, inherentes al ejercicio de todo derecho. Su genuina interpretación lleva a considerar que, si bien la persona tiene derecho a buscar, dentro de un contexto de libertad, la culminación de sus aspiraciones -en el caso de autos, la curación por una vía distinta a la indicada por el médico, para lo cual el peticionario siempre ha gozado de la oportunidad de no aplicarse el tratamiento indicado, optando por acudir a otro profesional-, no puede desconocerse que, fuera de los límites constitucionalmente establecidos -los derechos de los demás y el orden jurídico-, en muchas circunstancias y coyunturas de la vida humana, no por imposición de nadie sino por la naturaleza de las cosas y por la tozuda presencia de los hechos, la persona se ve precisada a hacer lo que no le gusta o a privarse de aquello que desea.

El artículo 83 de la Constitución Política hace prevalecer el principio de la buena fe, que ha de presumirse.

D. DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR EL MAGISTRADO

Es errónea la idea de que el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la autonomía del individuo conduzcan forzosamente a satisfacer los caprichos de los pacientes, imponiendo sus criterios por encima de los conocimientos especializados y sacrificando el núcleo esencial de discrecionalidad que, en el campo respectivo, supone, al menos en principio, el ejercicio de toda profesión.

E. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCION DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUBREGLAS”

Salvo casos excepcionales, en los cuales pudiera probarse de manera incontrastable que mediante determinado tratamiento practicado a un paciente se lesiona o se pone en grave peligro su salud, su integridad personal o su vida, debe afirmarse que, no siendo el juez el sujeto profesionalmente indicado para descalificar las prescripciones médicas, mal puede ser admitida la tutela como procedimiento al cual se acoja un paciente para evadir el tratamiento que se le ha ordenado. Entre otras razones ello es así porque, sin necesidad de acudir al juez, si el enfermo no quiere tratarse, nadie puede obligarlo a ello, a menos que esté de por medio el interés general (Cfr. Salvamento de Voto a la Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994).

Desde luego, casi todo procedimiento clínico produce incomodidades y con frecuencia su aplicación continúa trastorna la vida cotidiana del paciente y la de su familia. Estas son consecuencias normales y diríase que necesarias de la voluntaria sujeción a las prescripciones y orientaciones del médico.

Los argumentos expuestos no están enderezados a favorecer la impunidad del médico en aquellas conductas que impliquen faltas a la ética o atentado al ordenamiento jurídico. En cuanto a lo primero, existen tribunales especializados ante los cuales puede acudir en demanda de control sobre los profesionales. Por cuanto hace a lo segundo, la jurisdicción penal ordinaria habrá de ocuparse en la sanción de los hechos punibles en que incurra un médico en el ejercicio de su actividad y, por otra parte, si ésta causa perjuicios al paciente, el sistema jurídico tiene previstas las vías indicadas para que el afectado exija el resarcimiento de aquéllos, previa determinación de la responsabilidad civil.

26.- TESIS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO: Ninguna

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

De acuerdo con esta Jurisprudencia, el juez Constitucional determina cuales son las eventualidades que pueden afectar la relación médico-paciente y como esta situación puede deteriorar la salud del paciente. Si bien es cierto que en dicha debe existir confianza, no puede dejarse de lado que en ciertas ocasiones el paciente desconoce que tratamiento puede generarle un beneficio a su salud de una manera más pronta. De acuerdo con el planteamiento de la Corte se asiste la razón al accionante en el caso de no estar de acuerdo con el procedimiento que se le debe practicar, sin embargo, no siempre el paciente, es el sujeto idóneo para emitir esta clase de juicios. La idea no es reconstruir el concepto paternalista que se manejaba en la relación médico paciente, máxime cuando se ha desarrollado claramente la teoría del consentimiento Informado del paciente. La Corte tutela el derecho del accionante y adicionalmente reconoce la autonomía que tiene el médico en el ejercicio de su profesión. Establece ciertos criterios que deben enmarcar el procedimiento y los criterios mediante los cuales debe actuar el médico sin desconocer derechos como la dignidad humana, la autonomía, y la libertad. En este sentido, el médico está en la obligación de suministrarle al paciente la información mas adecuada acerca del procedimiento que se le va a realizar sin afectar contundentemente el proceso volitivo del paciente en donde este tomará una decisión final.

Por esto muy acertadamente la Corte establece que cuando el paciente no quiere ser sometido a un procedimiento médico determinado por cualquier razón, el médico no podrá obligar a su paciente a seguir cierto tratamiento.

Sin embargo, es necesario que la Corte realice un examen más profundo en lo relativo a la voluntad como elemento del acto jurídico, en este caso y si el paciente no tiene la capacidad para manifestar su consentimiento porque psicológicamente no es un sujeto capaz, se deberá determinar como puede ser suplida y por quien.

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1.- TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

AL () E () LAT () LE () OP () RE () SU () T (x)

2.- NÚMERO DE SENTENCIA: C () SU () T (x) 477

3.- FECHA DE LA SENTENCIA: 23-10-95

4.- MAGISTRADO PONENTE: Alejandro Martínez Caballero

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA: Alejandro Martínez Caballero,
Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración

8.- VOTACIÓN: 3-0

9.- ACTOR O ACCIONANTE: Menor N.N.

10.- CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x) PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí () No (x)

12.- INTERVINIENTES: Ninguno.

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: Sí (x) No ()

Cuáles: Los Magistrados integrantes de la Sala de Revisión y el magistrado Auxiliar, se trasladaron al Municipio donde habita el menor para apreciar el contorno social y escuchar al niño y a las personas más cercanas a él. También se creyó necesario contar con opiniones de médicos, sexólogos y de la sicóloga.

14.- AUDIENCIA PÚBLICA: Sí () No (x)

15.- OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: No

16.- TEMAS: Consentimiento Informado Del Paciente, Menor De Edad, Libre Desarrollo De La Personalidad, Derecho A La Identidad, Derechos Del Niño.

17.- NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Ninguna

18.- DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: Ninguna

19.- HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

El menor N.N., a los seis meses de edad, sufrió una "emasculación con cercenación de sus genitales externos (castración)", como consecuencia de un "accidente" casero. Fue trasladado del hospital del municipio, al Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, institución donde se le practicó una operación de "meatotomía". Los padres, dibujan su firma en un escrito que autoriza "cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo". Se le someten a diversos tratamientos no solo quirúrgicos sino psicológicos para que la readecuación sexual fuera total. El menor acude al Personero Municipal, para que le sean tutelados sus derechos y de esta manera se le realice el procedimiento médico quirúrgico adecuado que corresponda a su naturaleza masculina.

20.- DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA: C (x) NC () CP () TC ()

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA:

La Corte Constitucional ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar , representado por su Director, que le preste al menor N.N. accionante, la protección adecuada consistente en el tratamiento integral físico y psicológico requerido para la readecuación del menor, previo consentimiento informado, y en relación con la mutilación sufrida. Este tratamiento integral podrá tener continuidad más allá de los 18 años siempre y cuando un grupo científico interinstitucional lo considere conveniente. El mismo grupo interinstitucional, junto con el correspondiente Defensor de Menores, hará el seguimiento al tratamiento. No se establece plazo alguno para el cumplimiento de esta orden.

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.-DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe provenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aún con el lleno de algún formalismo como sería el consentimiento por escrito.

No pueden los médicos practicar la readecuación del sexo de un menor, justificando su actuación con la autorización de los padres del infante.

B.- DOCTRINA GENERAL:

La Corte Constitucional sobre los temas planteados ha establecido la siguiente doctrina.

Consentimiento Informado del Paciente:

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACION es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el CONSENTIMIENTO, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe provenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aún con el lleno de algún formalismo como sería el consentimiento por escrito.

Menor de Edad:

Dice el Código Civil. Artículo 34.- "Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber..."

El artículo 3º del Código del Menor (decreto 2737/89) dice que:"Cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asumirá el Estado con criterio de subsidiaridad" (se refiere a los derechos para un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social).

El artículo 23 del Código del Menor (decreto 2737/89) define al Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado uno de cuyos objetivos es tutelar los derechos de quienes integran la familia.

El artículo 30 del Código del Menor (decreto 2737/89) contempla los casos en los cuales un menor se halla en "situación irregular" dentro de ellos está el peligro físico o moral y la falta de atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. En el caso de esta acción de tutela el menor está discapacitado, no ha podido avanzar en sus estudios, está disminuida su capacitación ante la vida y requiere de urgente ayuda por parte del Estado.

Libre Desarrollo de la Personalidad:

El artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al consagrar en su numeral 1 “Toda persona tiene deberes respecto de la Comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”, así como lo preceptuado en el artículo 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, quedan expresamente garantizados por el literal c) del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29 reza: “Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”

Derecho a la Identidad:

El derecho a la identidad en la Constitución de 1886, debe ser mirado a la luz de los bienes “justicia, libertad y paz” ampliamente protegidos por el preámbulo, principios fundantes que coinciden con los valores y principios de los tratados internacionales sobre derechos humanos. El preámbulo se constituye entonces en un sistema de carácter normativo, con fuerza vinculante.

Derechos del Niño:

La Convención de los Derechos del Niño, que atendió los criterios recogidos por la Declaración de los Derechos Humanos, y la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció: Principio 6: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece: Artículo 8: 1. Los Estado Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin ejercidas ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Al menor se le debe prestar solidaridad, esto se infiere del inciso 2º del artículo 44 de la Constitución actual que dice: ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella,

el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

C.- DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Derecho a la identidad

La significación del derecho a la identidad, contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. De otra parte se establece que: “La condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivientes”. Tal significado, comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la dignidad de la persona humana. Son todos estos derechos asignados a la persona humana, algo propio en razón de su naturaleza .

El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad. La persona humana es dueña de si misma y de su entorno.

El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

Consentimiento Informado del Paciente

CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE MENOR DE EDAD-Elementos: La Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son: a) de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor; b) De otro lado, la intensidad del impacto

del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es "notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal", de suerte que se afecta "de manera sustancial el principio de autodeterminación personal". Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor; c) Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad. En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos.

D.- PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB-REGLAS”:

El expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo. Como esto no ocurrió y la tutela se instauró para proteger el derecho a la identidad según se explicó anteriormente, prosperará no solo por tal violación sino por afectar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

La investigación sobre la conducta profesional de los médicos que propiciaron e hicieron el tratamiento de readecuación de sexo o transformación de órganos sexuales corresponde adelantarla al Tribunal de Ética Médica.

La presunta responsabilidad civil que implicaría una indemnización de perjuicios se tramita mediante proceso ordinario, luego no se condenará en perjuicios en esta tutela, ya que le queda al joven una vía para acudir a la jurisdicción ordinaria; como se trata de un menor desprotegido para adelantar esa posible acción reparatoria, se le solicitará al Defensor del Pueblo la asistencia jurídica para que, si el menor lo acepta, se inicie y adelante el correspondiente juicio de responsabilidad civil.

Y, en cuanto lo principal: la orden para hacer real la solidaridad que merece el menor por la vulneración de sus derechos fundamentales, ésta se dará al **I.C.B.F.** según ya se ha explicado.

Por último, se ratificará la orden dada al Notario de mantener en el Registro Civil el nombre de varón que identificó inicialmente a quien instauró la tutela.

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La Corte Constitucional, ha entendido por CURACION no solo la derrota de la enfermedad, sino el alivio de la misma.

24.- DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM):

TEORIA DE LA INFORMACION: Al recibir la oferta el paciente, principia a formarse la concurrencia de voluntades, y, dada la gravedad del asunto a tratar, sólo cuando el policitante recibe la aceptación del policitado puede decirse que se ha consumado el proceso volitivo.

TRATADO DE DERECHOS HUMANOS-Fuerza vinculante: La fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos, está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sea por iniciativa de cualquier Estado, o a solicitud de la Comisión Interamericana de derechos Humanos, previa evaluación de las denuncias de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización.

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO: Ninguno

26.- TESIS DE LA ACLARACION DE VOTO: Ninguno

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

Según el análisis jurisprudencial se distinguen dos tendencias que se han desarrollado hasta llegar a lo que hoy conocemos como el Consentimiento Informado del Paciente. Estas corrientes han sido tomadas en cuenta por la Corte por cuanto es de gran importancia a nivel ético y jurídico, el tema propuesto en esta sentencia. Las corrientes que influyen son en primer término el Paternalismo Médico, prevalente hasta hace poco tiempo, por el cual se considera que el médico debe aplicar el tratamiento más adecuado de acuerdo con su conocimiento científico y guiado por los principios de la ética médica, sin consultar la voluntad del paciente, considerándolo incapaz de decidir lo más conveniente por efecto de su "ignorancia" en la ciencia médica. Claramente la Corte analiza y desvirtúa los presupuestos de la anterior teoría para abrirle paso a una nueva que se adecue a los principios establecidos en la Carta Política de 1991, y es por esto que se busca adecuar la relación médico paciente, en el marco de un contrato de prestación de servicios en el que confluyen dos voluntades, sobre la base de la mutua confianza y regido por los principios de la ética médica y de la legalidad jurídica. De esta

manera, se adaptan y renuevan los conceptos referentes al Consentimiento Informado, a las necesidades del Estado Social de Derecho.

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1.- TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

AL () E () LAT () LE () OP () RE () SU () T (x)

2.- NÚMERO DE SENTENCIA: C () SU () T (x) 559

3. - FECHA DE LA SENTENCIA: 29-11-95

4.- MAGISTRADO PONENTE: Alejandro Martínez Caballero.

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA: Alejandro Martínez Caballero,
Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración

8.- VOTACIÓN: 3-0

9.- ACTOR O ACCIONANTE: Jairo Vega Vega.

10.- CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x)PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí () No (x)

12.- INTERVINIENTES: Ninguno.

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: Sí () No (x)

14.- AUDIENCIA PÚBLICA: Sí () No (x).

15.- OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: Ninguna

16.- TEMAS: Consentimiento Informado Del Paciente.

17.- NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Ninguna

18.- DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E () IE () EC () IP ().

19.- HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

El cabo primero Jairo Vega Vega, recibió un tiro en una rodilla a consecuencia del servicio que prestaba, al acudir al Hospital Militar Central, el medico de turno le informa que tiene dos opciones: Amputarse la pierna de la rodilla hacia abajo o dejarse la pierna recta sin ningún movimiento, sino únicamente la cadera. Para tomar una decisión le dio un plazo de dos meses. Manifiesta que no esta de acuerdo con ninguna de las opciones. El señor desea que le realicen la operación y le dejen su pierna funcionando, sin embargo el accionante argumenta que "yo como he tenido citas cada mes y en cada cita que me dan me miran la pierna sin darme ninguna solución, me mandan a tomar radiografías y me dicen que regrese el mes siguiente, luego regreso al siguiente a la próxima cita y me dicen lo mismo que lo anterior; debido a la negligencia del Hospital Militar, la pierna se me está secando por no hacerme la operación a su debido tiempo."

El accionante no precisa que instaura tutela, no reseña violación a derechos fundamentales, pero insiste en "que me ayude a solucionar mi problema ante el Estado". El accionante aclara que instaura acción de Tutela y solicita un segundo dictamen médico, que se liquide el valor de la incapacidad y de los viáticos.

20.- DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA: C ()NC (x)CP ()TC ().

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Ninguna

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.-DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

La Corte Manifiesta que: "Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios.

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACION es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el CONSENTIMIENTO, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

Está demostrado que el hospital militar central sí ha atendido a Vega, luego no hay violación de derecho fundamental alguno. Si el paciente no está conforme con un diagnóstico no se puede, ni tiene sentido, que por sentencia de tutela se ordene que otros médicos den informe diferente.

B.-DOCTRINA GENERAL:

En cuanto al Consentimiento Informado, se ha afirmado que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional "paternalista" del médico, mientras que la doctrina anglo-norteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la aceptación del usuario, criterio que tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad, señalando como cualidades primarias las inseparables del cuerpo (entre ellos la "figura") diciendo que en las alteraciones que el cuerpo sufre, esas cualidades se mantienen como son. Este fundamento propio del empirismo-materialista ha ganado terreno en el tema que nos ocupa: el consentimiento del paciente; y este criterio también fue absorbido por el materialismo francés, de ahí que el "consentiment éclairé" o consentimiento aclarado brota del manantial teórico del SANO SENTIDO COMUN (bon sens) propio de Locke.

En la teoría de la información, vista desde el lado del enfermo, como policitado, la respuesta que el médico debe recibir a su ofrecimiento particularmente importante (caso de la readecuación de sexo) debe ser no solo expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido. Por supuesto que se parte de la base de que es plenamente capaz el paciente y que su consentimiento no está viciado. Jean Penneau dice que solo el consentimiento del enfermo permite la actuación del médico.

"Antonio V, Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de 'informed consent' en U.S.A. y de 'consentement éclairé' en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares. Aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito.

Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial".

En cuanto a la urgencia en el tratamiento la Corte manifestó: "En muchas ocasiones el médico se encuentra ante hechos de especial gravedad que convierten en urgente un tratamiento.

En nuestra normatividad, el artículo 3 del Decreto 3380 de 1981 (reglamentario de la Ley 23 del mismo año) establece: "Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico".

C.- DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL: Ninguna

D.- PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O "SUB-REGLAS":

La Corte Constitucional modifica el fallo de segunda instancia en cuanto al concepto paternalista que esta revaluado y mediante el sistema la sub regla de reiteración jurisprudencial, acoge los conceptos del Consentimiento Informado en otras jurisprudencias.

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: Ninguna

24.- DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM):

"El consentimiento informado

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor".

"La urgencia del tratamiento

Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda. La discusión puede surgir en la explicación que se le de al calificativo "integridad de la persona", esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento

de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean.

En el presente asunto la cita jurisprudencia viene al caso, o sea, debe haber consentimiento informado del paciente. El Juez de tutela no puede suplir ese consentimiento, ni tomar partido a favor o en contra de una tesis médica, es el propio galeno quien, conjuntamente con el paciente, determinarán el camino a tomar”.

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO: Ninguna

26.- TESIS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO: Ninguna

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

Con respecto a la sentencia estudiada, podemos decir que en caso de urgencia, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente, por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida. Es preciso que el médico valore todas las condiciones necesarias para que pueda existir un acto de consentimiento informado válido y éticamente correcto.

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1.- TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

AL () E () LAT () LE () OP () RE () SU () T (x)

2.- NÚMERO DE SENTENCIA: C () SU () T (x) 474

3.- FECHA DE LA SENTENCIA: 25-09-96

4.- MAGISTRADO PONENTE: Fabio Morón Díaz

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARÓN LA SALA: Fabio Morón Díaz,
Vladimiro Naranjo Mesa, Jorge Arango Mejía

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARÓN EL VOTO: No hubo salvamento

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARÓN EL VOTO: No hubo aclaración

8.- VOTACIÓN: 3-0

9.- ACTOR O ACCIONANTE: Acción de tutela presentado por Humberto Cáceres Villamizar, a nombre de su menor hijo Alfonso Cáceres Rojas.

10.- CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x) PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí () No (x)

12.- INTERVINIENTES: No hubo

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: Sí () No(x)

14.- AUDIENCIA PÚBLICA: Sí () No (x).

15.- OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: Ninguna

16.- TEMAS: Indefensión entre predicadores y fieles, Subordinación entre predicadores y fieles, Libertad de Cultos, Consentimiento del Paciente plenamente capaz, Consentimiento del Paciente Menor Adulto, Derecho a la Vida.

17.- NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Ninguna

18.- DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: No hubo porque es Acción de tutela.

19.- HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

El señor HUMBERTO CACERES VILLAMIZAR, en su calidad de padre y representante legal del menor ALFONSO CACERES ROJAS, interpuso acción de tutela contra LUIS CAMACHO Y OTRO, con el objeto de proteger los derechos fundamentales a la vida, honra, y salud de su menor hijo ALFONSO CACERES ROJAS, los cuales considera amenazados con la actuación de los demandados, por los siguientes motivos:

Manifiesta el accionante que a mediados de 1995 a su hijo ALFONSO CACERES ROJAS, de 16 años de edad, le diagnosticaron cáncer severo en una rodilla, lo que motivó a los médicos que lo trataban a realizar un tratamiento que incluyó quimioterapia, con el fin de erradicar la enfermedad. Dicho tratamiento se inició el 27 de julio de ese año.

El tratamiento que se le había practicado no arrojó resultados, y como la enfermedad continuaba extendiéndose, el equipo médico le manifestó al paciente que lo más conveniente era amputar su pierna derecha. El paciente y su representante legal otorgaron la autorización, para que les realizaran este procedimiento y luego proseguir con la quimioterapia. Adicionalmente se les explicó que era posible que la necesidad de efectuar transfusiones de sangre.

No obstante la mencionada autorización, el 27 de diciembre de 1995, fecha en la cual se realizó la cirugía, el menor manifestó a los médicos por escrito, que bajo ninguna circunstancia aceptaría recibir sangre vía endovenosa debido a que la religión que profesa, es Testigo de Jehová, le prohibía hacerlo, por considerar que dicha práctica constituye un pecado mortal; consignó su advertencia en escrito firmado por él y dos testigos.

En dicho escrito, denominado "Directriz de exoneración médica por anticipado", además de expresar que bajo ninguna circunstancia aceptaría recibir transfusiones de sangre, específica de manera detallada los tratamientos alternativos que como sustitutos estaría dispuesto a recibir; el documento como se dijo fue suscrito por el paciente y por los señores LUIS CAMACHO y otro cuyo nombre es ilegible, contra quienes el actor interpuso la acción de tutela.

Según el accionante fueron ellos, como jerarcas de la iglesia de los TESTIGOS DE JEHOVA, a la que pertenece su hijo, quienes escribieron el documento presionando a su menor hijo a firmarlo, poniendo en grave peligro su vida, sin asistirles ningún derecho para hacerlo, pues es él como titular de la patria potestad el único que puede decidir en un aspecto tan delicado.

Una vez se le amputó la pierna al menor, éste quedó bajo la responsabilidad del oncólogo de la Clínica de los Comuneros, doctor CARLOS AUGUSTO ROJAS, quien al encontrar el referido escrito en la historia clínica del menor, manifestó que su contenido se convertía en un obstáculo que le impedía proseguir con el tratamiento de quimioterapia, por lo que llamó al padre del paciente, actor de la tutela, para informarle que si bien sabía que el escrito de su hijo carecía de validez por ser él menor de edad, lo daría de alta dada su negativa a recibir transfusiones de sangre, la cual, le advirtió, podría conducirlo a la muerte por una baja drástica de glóbulos rojos o por anemia aguda.

El actor, padre del menor enfermo, procedió entonces a presentar un escrito en el cual autoriza a la clínica los comuneros y específicamente al oncólogo a cargo para que "...efectúe el tratamiento de quimioterapia o el que a bien tenga para salvar la vida de mi hijo, incluyendo las transfusiones de sangre que se requieran..."; no obstante, el gerente de la clínica, al parecer por sugerencia del ISS, antes de proseguir con el tratamiento médico solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su concepto y orientación sobre lo que se debía hacer, dada la contradicción que se presentaba entre la decisión del menor enfermo de no aceptar transfusiones de sangre y la de su padre de autorizarlas, a lo que la Coordinadora del Centro de Protección de dicha entidad le respondió, a través oficio de 8 de mayo de 1996, que "...si el menor se encuentra aún bajo la potestad parental, es decir, no emancipado, corresponde a sus progenitores, o a falta de uno el otro, ejercer esa potestad, la cual implica el poder de representar a sus hijos menores en todos los actos jurídicos y cotidianos que a ellos convengan."

La autorización la presentó el padre del menor, actor de la tutela, manifestando que no obstante que se había separado de su esposa en 1985, la patria potestad sobre el menor la tenía él, y que así había quedado consignado en el acta de conciliación firmada en abril de ese mismo año, en el Juzgado Segundo de Familia de la ciudad de Bucaramanga. Con base en esa información, y según se dice en el escrito presentado por el ISS para responder la acción de tutela, se le pidió entonces al demandante "...adjuntar la decisión judicial donde aparezca consignada esa situación", para lo cual procedió el actor a remitir, con carácter urgente al mencionado Despacho, la respectiva solicitud el 26 de abril de 1996, sin que hasta la fecha se haya vuelto a presentar ni él ni el paciente.

En opinión del actor, la inasistencia médica a que está sometido su hijo, la cual puede causarle la muerte, se origina en un "lavado de cerebro" que le hicieron al menor las personas contra las que interpuso la acción de tutela, pertenecientes a los testigos de Jehová, religión que ni él ni su esposa profesan. Dichas personas, señala, a pesar de haber manifestado que cuentan con médicos y medios para brindarle atención a su hijo, hasta la fecha no lo han hecho, por lo que teme que su hijo muera, como le ocurrió a su padre y abuelo del menor, quien también profesaba esa fe religiosa, por lo que se negó a recibir tratamiento para un tumor en la espalda falleciendo al poco tiempo.

20.- DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA: C (x) NC () CP () TC ()

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Ninguna

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.-DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

Si un menor adulto, que profesa la religión de los Testigos de Jehová, se niega a recibir transfusiones de sangre, en virtud de sus creencias, sus padres pueden obligarlo a recibir el tratamiento si su vida corre peligro, en virtud de sus poderes de dirección y educación respecto de los hijos.

B.- DOCTRINA GENERAL:

Esa incapacidad relativa se predica de los menores en mayor o menor grado, según ellos se encuentren en una u otra de las categorías que consagra la legislación vigente:

- a. **Infantes o niños:** aquellos que no han cumplido los siete años de edad.
- b. **Impúberes:** varones entre los 7 y los 14 años y mujeres entre los 7 y los 12 años (salvo para efectos penales casos en los cuales se extiende hasta los 14 años)
- c. **Menores adultos:** varones mayores de 14 años y mujeres mayores de 12 años, siempre que sean menores de 18 años.

Desde luego, las edades que se establecen como límite en cada una de esas categorías las define el legislador de manera discrecional y hasta cierto punto arbitraria, teniendo en cuenta variables de tipo sociológico, político, cultural y educativo, entre otras; tanto es así que a medida que los diferentes países avanzan en sus procesos de desarrollo y modernización y en la consolidación de sistemas democráticos, la "mayoría de edad" se alcanza cada vez más temprano, ello por cuanto el concepto mismo trasciende su aspecto meramente cronológico pues sería ingenuo pensar que a ella se accede automáticamente.

Es claro entonces como ya se había dicho, que para los menores la incapacidad es la regla general, pues en principio ellos se proclaman incapaces de pleno derecho; sin embargo, tal condición sólo se atribuye sin excepción a los infantes, niños menores de 7 años, de quienes se presume la total ausencia de "juicio y discernimiento"; a medida que tales características se afianzan en el individuo, no obstante éste se mantenga en el intervalo de edad en que se es

menor de edad, la ley le reconoce un mayor grado de capacidad para realizar y ejercer actos jurídicos que lo comprometan.

Artículo 288 del Código Civil establece lo siguiente: "Corresponde a los padres, **conjuntamente**, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres la ejercerá el otro."

C.- DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Los **menores adultos** gozan de capacidad relativa, esto es que pueden en forma libre y autónoma realizar actos tales como testar, reconocer hijos extra-matrimoniales, conceder y reclamar para ellos alimentos, otorgar consentimiento para dar en adopción sus propios hijos y celebrar ciertos contratos financieros; para otros actos, si bien se les reconoce capacidad, su realización está sujeta a la autorización de sus representantes, entre ellos, celebrar matrimonio, pactar capitulaciones, ser adoptado, celebrar contrato de trabajo. Para la realización de otros actos jurídicos, en cambio, son considerados incapaces absolutos, entre ellos ser tutores, curadores, albaceas o peritos.

Ahora bien, ese reconocimiento de la capacidad de autodeterminación de los individuos, que como se ha dicho es gradual, en el Estado Social de Derecho está relacionado de manera estrecha con el concepto de libertad que subyace en dicho tipo de organización política, la cual se traduce en actuar dentro de "**la esfera de lo permitido**", que es, en definitiva, "...aquella en la que cada cual actúa sin constricción exterior, lo que es tanto como decir que actuar en esta esfera es actuar sin estar determinado más que por uno mismo." ⁵⁵

La primera pregunta qué surge entonces, es si el **menor adulto** goza de suficiente capacidad, juicio y discernimiento, para autónomamente optar y practicar una determinada religión.

La capacidad del menor se reconoce en menor o mayor grado según se encuentre en una u otra etapa de la vida, más o menos cerca del límite establecido por la ley a partir del cual ella se presume, y se relaciona con la complejidad de los asuntos para los cuales se requiere y con el grado de evolución del sujeto individualmente considerado; por ello, a medida que avanza el tiempo, se amplía el espectro de asuntos en los cuales puede y debe decidir por sí mismo para orientar, sin la conducción u orientación de otro su propio destino

⁵⁵ Bobbio, Norberto. Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci, Madrid, 1991.

D.- PRINCIPALES REGLA DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUBREGLAS”:

La Sala procederá entonces a determinar si efectivamente, en el caso propuesto, se configura una relación de subordinación o indefensión entre el menor para quien su padre solicita el amparo y los particulares contra los que éste interpuso la acción, con el objeto de establecer si se cumple o no el presupuesto invocado para que procediera la acción de tutela.

Por ello, la regla general aplicable por parte del Estado, mientras el individuo es menor de edad (entre 0 y 18 años), es la presunción de su incapacidad, **salvo las excepciones establecidas expresamente en la ley**, determinadas precisamente en razón de la edad. Sin embargo, a partir del momento en que el menor accede a la mayoría de edad esa regla se "invierte" y la presunción aplicable es la contraria: su plena capacidad salvo prueba que la desvirtúe.

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Habrà de entenderse vàlido el reconocimiento que el legislador le hizo al menor adulto para determinar las directrices de orden moral que guiarán su propio destino, permitiéndole expresar sus creencias religiosas y someterse voluntariamente a la práctica de sus preceptos, actuando y absteniéndose de hacerlo según se lo señalen sus dogmas y principios, siempre que ello no implique atentar contra su integridad, contra la de terceros o contra la de la comunidad en general.

24.- DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM):

La acción de tutela es una institución jurídica que consagró la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas, de vulneraciones o amenazas que emanen de autoridades públicas o, bajo ciertos y expuestos presupuestos, de particulares. Se trata de un procedimiento judicial autónomo, directo y sumario que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que para los diferentes casos establece la ley; en este sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa o supletiva.

Es así como la procedencia de la acción de tutela contra particulares está supeditada, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política, a la existencia de uno de los siguientes presupuestos:

- a. Que el particular esté encargado de un servicio público;
- b. Que el particular afecte gravemente el interés colectivo;

c. Que el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

En esos tres eventos, tal como lo precisó esta Corporación, se puede presentar la vulneración o amenaza de cualquier derecho fundamental de una persona por parte de un particular. Dijo la Corte:

"La institución de la acción de tutela, tal como quedó plasmada en nuestro ordenamiento constitucional, implica un notable avance en relación con similares instituciones en otros ordenamientos. En efecto, el constituyente de 1991 contempló la posibilidad de que la tutela procediera también contra particulares, lo cual no está previsto en otras legislaciones. Posiblemente se debe ello a que, en principio, se ha considerado, erróneamente, que es el Estado, a través de las autoridades públicas, quien viola por acción u omisión, los derechos fundamentales de las personas, cuando la realidad demuestra que éstos también son vulnerados, en forma quizás más reiterativa y a menudo más grave, por los mismos particulares." (Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

La situación de indefensión o subordinación en el caso de los menores de edad se presume (Corte Constitucional, Sentencia T-573 de 1992), lo que significa que el actor no tiene obligación de probarla al interponer la acción; le corresponderá luego al Juez, durante el proceso, establecer si efectivamente tal situación se configura y decidir sobre la procedencia o improcedencia de la acción.

En el Estado Social de Derecho, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su "razón" la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad.

En las relaciones que surgen entre un individuo que goza de suficiente capacidad, esto es de suficiente juicio y discernimiento para autodeterminarse en asuntos que comprometen su fuero interno, los cuales conduce según los principios y dogmas que eligió para guiar sus relaciones trascendentales, y los jerarcas o guías espirituales de una determinada iglesia, el primero no se encuentra, necesariamente, en situación de subordinación, pues no está supeditado, so pena de sanción impuesta por el Estado, a cumplir un determinado ordenamiento jurídico o social; acogerse a un determinado ordenamiento moral es decisión que emana de su más íntima convicción, que lo obliga en la medida que establece

compromisos consigo mismo, cuyo incumplimiento le producirá aflicción, además de reprobación y repudio que en muchos casos se traducirán en sanciones que le impondrán, no el Estado, sino él mismo y la congregación a la que pertenece.

Es así como la patria potestad no puede traducirse en decisiones que violenten o transgredan los derechos fundamentales del menor, de hecho por ejemplo, en aras de educar y corregir al hijo el padre no puede maltratarlo y agredirlo sin atentar contra sus derechos fundamentales a la integridad personal y a la dignidad; tampoco puede el titular de la patria potestad tomar decisiones que afecten a sus hijos, contrarias o nugatorias de su condición de ser dotado de una relativa autonomía, salvo que con ellas el menor ponga en peligro su propia vida; sobre el particular ha dicho esta Corporación:

"...en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de éstos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

"Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. Como dice Carlos Nino, "la autonomía de los padres no es la de los hijos", por lo cual la patria potestad "debe estar dirigida a la formación en el grado máximo posible de la autonomía de los menores, pero no a que esa autonomía sea ejercida de una u otra manera". (Corte Constitucional, Sentencia, T-477 de 1995, M. P. Dr. Alejandro Martínez caballero)

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO: Ninguno

26.- TESIS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO: Ninguno

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

La Corte analiza el problema jurídico que suscita el Consentimiento Informado del paciente, cuando este proviene de un menor adulto y en general de los menores de edad. Es claro que es de gran preocupación para un Estado Social de Derecho el respeto a los Derechos Fundamentales, sin embargo, dentro de la potestad garantista del Estado en donde debe preservarse el orden jurídico, es necesario que se intervenga en ciertas libertades del individuo.

En este caso la Corte plantea varios aspectos importantes, como la libertad de cultos, el problema del consentimiento y la capacidad. No es simplemente un problema de ejercicio de la patria potestad, sino que se trata de un conflicto de derechos que ponen de manifiesto que no existe una posición clara con respecto al ejercicio del consentimiento en el caso de los tratamientos médicos.

El derecho a la vida, es la razón de ser de los demás derechos, de este parten los demás derechos que el individuo pueda ejercer, de este derecho se desprende la libertad de cultos, el libre desarrollo de la personalidad, etc. La Corte Constitucional, en este aspecto, desarrolla la teoría según la cual se le imponen ciertos límites a la persona para que pueda ejercer sus derechos libremente.

El análisis de este caso en particular reviste gran importancia, por cuanto se trata del Consentimiento Informado en menores de edad que tienen ya cierto grado de discernimiento y que por las leyes no son mayores aún. El problema sigue siendo latente aunque la Corte plantea una solución que se adecua a los principios de nuestro Estado Social de Derecho, dándole primacía a los derechos de primer orden, sin embargo el caso planteado trata un punto muy específico como lo es el choque entre el derecho a la vida y la libertad de cultos.

Pero queda abierta la hipótesis en la que el menor adulto consienta para que le sea practicada una cirugía estética o de cualquier otro tipo, de las que pueda verse vulnerados los derechos del menor.

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1.- TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

AL () E () LAT () LE () OP () RE () SU () T () D(x)

2. - NÚMERO DE SENTENCIA: C (x)239 SU () T ()

3. - FECHA DE LA SENTENCIA: 20-05-97

4.- MAGISTRADO PONENTE: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARÓN LA SALA:

Antonio Barrera Carbonell, Presidente, Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa.

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARÓN EL VOTO:

Dr. José Gregorio Hernández Galindo, Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Dr. Hernando Herrera Vergara.

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARÓN EL VOTO:

Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Dr. Jorge Arango Mejía, Dr. Carlos Gaviria Díaz.

8.- VOTACIÓN: 6-3

9.- ACTOR: José Eurípides Parra Parra.

10.- CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x) PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (x) No ()

12.- INTERVINIENTES:

José Fernando Castro Caycedo en calidad de Defensor del Pueblo, el Ministro de Justicia Y del Derecho y el Fiscal General de la Nación.

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: Sí()No(x)

14.- AUDIENCIA PÚBLICA: Sí () No (x).

15.- OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES:

1. Aclaración Especial de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, donde adicionalmente, solicita a la doctora Martha SÁCHICA, Secretaria General de la Corporación, que le expresara la verdad de lo acaecido en la Sala.
2. Auto 035/97NULIDAD DE PROCESOS CONSTITUCIONALES-Carácter excepcional.

16.- TEMAS:

HOMICIDIO POR PIEDAD-Elementos, HOMICIDIO PIETISTICO O EUTANASICO, HOMICIDIO EUGENESICO, DERECHO PENAL DEL ACTO-Alcance, PRINCIPIO DE CULPABILIDAD-Acto como hecho voluntario, PRINCIPIO DE NO ACCION SIN CULPA, DERECHO PENAL DEL ACTO-Criterios de imposición de la pena, DERECHO PENAL DEL ACTO-Grado de culpabilidad y componentes subjetivos adicionales, ACTO PUNIBLE-Móviles de la conducta, PIEDAD-Definición, HOMICIDIO POR PIEDAD-Consideración subjetiva del acto, HOMICIDIO POR PIEDAD-Conducta antijurídica y sanción menor, HOMICIDIO POR PIEDAD-Elementos objetivos, PENAS-Razonable proporcionalidad con grado de culpabilidad del acto, PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Respeto de autonomía e identidad, PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Deber de socorro por situación de necesidad, HOMICIDIO POR PIEDAD-Móvil altruista y solidario, PERSONA-Asunción responsable y autónoma de decisiones, SISTEMA PLURALISTA-Decisión de subsistencia por circunstancias extremas, DERECHO A LA VIDA-Implica vivir adecuadamente en condiciones de dignidad, VIDA-Valor constitucional, VIDA COMO VALOR-Límites a protección estatal, VIDA COMO VALOR-Respeto a la autonomía y dignidad de las personas, TERAPIA-Consentimiento informado del paciente, DERECHOS-Límites al deber de garantizarlos, PROTECCION VIDA DEL ENFERMO TERMINAL-Deber estatal cede o se debilita, ENFERMO TERMINAL-Consentimiento informado del paciente de morir dignamente, DERECHO A MORIR EN FORMA DIGNA, DERECHO A MORIR EN FORMA DIGNA-Estado no puede oponerse, DERECHO A MORIR EN FORMA DIGNA-Consentimiento del sujeto pasivo/ DERECHO A MORIR EN FORMA DIGNA-Sujeto activo debe ser un médico, MUERTE DIGNA-Regulaciones legales estrictas, MUERTE DIGNA-Medidas mientras se regula el tema por legislador

17.- NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal): **"Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años".** (subrayo la expresión acusada).

18.- DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (x) IE () EC() IP().

19.- HECHO OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Ninguno

20.- DECISION EN MATERIA DE ACCION DE TUTELA: C() NC() CP() TC()

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA:

"Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna"

"Como estas regulaciones sólo pueden ser establecidas por el legislador, la Corte considera que mientras se regula el tema, en principio, todo homicidio por piedad de enfermos terminales debe dar lugar a la correspondiente investigación penal, a fin de que en ella, los funcionarios judiciales, tomando en consideración todos los aspectos relevantes para la determinación de la autenticidad y fiabilidad del consentimiento, establezcan si la conducta del médico ha sido o no antijurídica, en los términos señalados en esta sentencia."

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.- DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

"El homicidio por piedad, según los elementos que el tipo describe, es la acción de quien obra por la motivación específica de poner fin a los intensos sufrimientos de otro. Doctrinariamente se le ha denominado homicidio pietístico o eutanásico. Por tanto, quien mata con un interés distinto, como el económico, no puede ser sancionado conforme a este tipo. Se confunde los conceptos de homicidio eutanásico y homicidio eugenésico; en el primero la motivación consiste en ayudar a otro a morir dignamente, en tanto que en el segundo se persigue como fin, con fundamento en hipótesis pseudocientíficas, la preservación y el mejoramiento de la raza o de la especie humana. Es además, el homicidio pietístico, un tipo que precisa de unas condiciones objetivas en el sujeto pasivo, consistentes en que se encuentre padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, es decir, no se trata de eliminar a los improductivos, sino de hacer que cese el dolor del que padece sin ninguna esperanza de que termine su sufrimiento. El comportamiento no es el mismo cuando el sujeto pasivo

no ha manifestado su voluntad, o se opone a la materialización del hecho porque, a pesar de las condiciones físicas en que se encuentra, desea seguir viviendo hasta el final; al de aquel que realiza la conducta cuando la persona consiente el hecho y solicita que le ayuden a morir.”

“Quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado. Tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida, pues la conducta, no obstante la motivación, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta; pero en consideración al aspecto subjetivo la sanción es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal del acto. La medida de esa pena que, se insiste, como tal, comporta reproche por la materialización de un comportamiento que desconoce el bien jurídico protegido de la vida, pero que, de otra parte, considera relevante la motivación del acto, sólo puede ser determinada en abstracto por el legislador, sin que le sea dable al juez constitucional desconocer los criterios de utilidad que lleva implícita esa elección.”

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Deber de socorro por situación de necesidad/
HOMICIDIO POR PIEDAD-Móvil altruista y solidario“*artículo 1 de la Constitución, en concordancia con el artículo 95, consagra la solidaridad como uno de los postulados básicos del Estado Colombiano, principio que envuelve el deber positivo de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, con medidas humanitarias. Y no es difícil descubrir el móvil altruista y solidario de quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno, venciendo, seguramente, su propia inhibición y repugnancia frente a un acto encaminado a aniquilar una existencia cuya protección es justificativa de todo el ordenamiento, cuando las circunstancias que la dignifican la constituyen en el valor fundante de todas las demás.”*

“El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues

condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.”

“la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obran.”

“El homicidio por piedad, según los elementos que el tipo describe, es la acción de quien obra por la motivación específica de poner fin a los intensos sufrimientos de otro. Doctrinariamente se le ha denominado homicidio pietístico o eutanásico. Por tanto, quien mata con un interés distinto, como el económico, no puede ser sancionado conforme a este tipo. El actor confunde los conceptos de homicidio eutanásico y homicidio eugenésico; en el primero la motivación consiste en ayudar a otro a morir dignamente, en tanto que en el segundo se persigue como fin, con fundamento en hipótesis seudo científicas, la preservación y el mejoramiento de la raza o de la especie humana. Es además, el homicidio pietístico, un tipo que precisa de unas condiciones objetivas en el sujeto pasivo, consistentes en que se encuentre padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de lesión corporal o de enfermedad grave o incurable, es decir, no se trata de eliminar a los improductivos, sino de hacer que cese el dolor del que padece sin ninguna esperanza de que termine su sufrimiento.”

“el Estado, por su compromiso con la vida, debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación, en particular, brindarles los tratamientos paliativos del dolor. En fin, puntos esenciales de esa regulación serán sin duda:

1. Verificación rigurosa, *por personas competentes*, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir.
2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso.
3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.

4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico.

5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.

B.- DOCTRINA GENERAL:

“El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las Leyes preexistentes al acto que se le imputa”. En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. El derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario.”

“La piedad es un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profundas, similar al estado de dolor que consagra el artículo 60 del Código Penal como causal genérica de atenuación punitiva; pero que, a diferencia de éste, mueve a obrar en favor de otro y no en consideración a sí mismo.”

(...) “ para que se configure esta forma de homicidio atenuado no basta el actuar conforme a un sentimiento de piedad, ya que es necesario que se presenten además los elementos objetivos exigidos por el tipo penal, a saber, que el sujeto pasivo tenga intensos sufrimientos derivados de lesión corporal o enfermedad grave o incurable. No existe homicidio piadoso cuando una persona mata a otro individuo que no padece esos sufrimientos, aún cuando invoque razones de piedad. En este caso, que constituye un homicidio simple, o incluso agravado, la muerte es el producto del sentimiento egoísta del victimario, que anula una existencia, por que a su juicio no tiene ningún valor. En esta conducta, la persona mata porque no reconoce dignidad alguna en su víctima, mientras que en el homicidio por piedad, tal como está descrito en el Código Penal, el sujeto activo no mata por desdén hacia el otro sino por sentimientos totalmente opuestos. El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia. En un Estado Social de Derecho las penas tienen que guardar una razonable proporcionalidad con el grado de

culpabilidad del acto, y no sólo con la gravedad material y objetiva de la lesión al bien jurídico.”

C.-DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

PRINCIPIO DE NO ACCION SIN CULPA: *“El principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto.”*

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA -Respeto de autonomía e identidad- *“La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad.”*

D.- PRINCIPALES REGLA DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUBREGLAS”:

1. ¿Desconoce o no la Carta, la sanción que contempla el artículo 326 del Código Penal para el tipo de homicidio piadoso?

La Constitución colombiana consagra un derecho penal del *acto*, que supone la adopción del principio de culpabilidad.

El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las Leyes preexistentes al **acto** que se le imputa". En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por **un derecho penal del acto**, en oposición a un **derecho penal del autor**.

Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado,

propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.

Pero, además, un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. En otros términos, el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual **sólo puede llamarse acto al hecho voluntario**.

La reprobación penal del hecho, entonces, debe estar referida no a su materialidad en sí misma, sino al sentido subjetivo que el autor confiere a su comportamiento social, en tanto que sujeto libre; y así, sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado, teniendo en cuenta su capacidad psicofísica para entender y querer el hecho, considerada en abstracto, y la intención, en concreto, de realizar el comportamiento que la norma penal describe.

En otros términos, el principio de que no hay *acción* sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como *acción* sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto.

(...) requiere, entonces, del conocimiento y de la voluntad de aquellos a quienes se dirige, con el propósito de orientarlos o condicionarlos. Lo contrario supondría una responsabilidad por el simple resultado, que es trasunto de un derecho fundado en la responsabilidad objetiva, pugnante con la dignidad de la persona humana.

Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

No obstante, es de considerar que el aspecto subjetivo de la prohibición no se agota, en todos los casos, en las formas de culpabilidad que enumera el Código Penal (dolo, culpa y preterintención). La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser

tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión.

(...) para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador.

2. “¿Cuál es la relevancia jurídica del consentimiento del sujeto pasivo del hecho?”

CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.

“El consentimiento es, en relación con algunos tipos penales, causal de atipicidad, como en el hurto, daño en bien ajeno, secuestro, extorsión; en otros, circunstancia de atenuación punitiva, v. gr., la sanción para quien realice el aborto, es menor cuando la mujer consiente en el hecho y, en otros hechos punibles, el consentimiento de la víctima es una condición necesaria para la configuración del tipo, como en el estupro. En relación con el homicidio por piedad, ninguna disposición penal hace alusión al consentimiento del sujeto pasivo del hecho. ¿Significa esta omisión que dicho consentimiento no es relevante?”

El Código Penal de 1936 contemplaba un tipo penal denominado *homicidio consentido* (Art. 368), al cual asignaba una pena de tres a diez años de presidio, lo que indicaba que aunque el legislador consideraba la vida como un bien jurídicamente protegible, a pesar de la decisión de su titular, y por ende calificaba como injusto el homicidio consentido, la voluntad del sujeto pasivo obraba como una causal de atenuación de la sanción. Conjuntamente con este tipo, se estableció el homicidio pietístico, caracterizado porque en él el autor obraba motivado por el deseo de acelerar una muerte inminente o poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales reputados incurables. Al autor de este hecho podía el juez atenuarle la pena prevista para el homicidio, cambiarle el presidio por prisión, y aún concederle el perdón judicial, lo que en la práctica ocurría cuando mediaban, además de la piedad, la voluntad del sujeto pasivo del hecho. Cabe anotar, además, que ni en ese estatuto ni en el Código Penal que hoy rige se consagró como delito la tentativa de suicidio, admitiéndose así, aún bajo el imperio de una Constitución notoriamente menos explícita que la vigente en el reconocimiento de la autonomía personal, que la decisión del individuo sobre el fin de su existencia no merecía el reproche penal.

La Constitución de 1991 introdujo significativas modificaciones en relación con los derechos fundamentales, que obligan a reinterpretar todas las disposiciones del Código Penal, bajo esa nueva luz; es por ello que la Corte entra a analizar si es legítimo que dentro de este orden constitucional se penalice a la persona que

ejecuta un homicidio por piedad, pero atendiendo a la voluntad del propio sujeto pasivo.”

La piedad como consideración subjetiva del acto.

¿La disminución punitiva que contempla la norma acusada, en relación con el tipo de homicidio simple o agravado, en consideración al aspecto subjetivo del acto, resulta proporcionada y razonable o, por el contrario, desconoce derechos y garantías fundamentales?

“La piedad es un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profundas, similar al estado de dolor que consagra el artículo 60 del Código Penal como causal genérica de atenuación punitiva; pero que, a diferencia de éste, mueve a obrar en favor de otro y no en consideración a sí mismo.

Quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado. Tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta, pues la conducta, no obstante la motivación, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta; pero en consideración al aspecto subjetivo la sanción es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal del acto, tal como lo consagró el constituyente en el artículo 29, según se expuso antes.

Ahora bien: la medida de esa pena que, se insiste, como tal, comporta reproche por la materialización de un comportamiento que desconoce el bien jurídico protegido de la vida, pero que, de otra parte, considera relevante la motivación del acto, sólo puede ser determinada en abstracto por el legislador, sin que le sea dable al juez constitucional desconocer los criterios de utilidad que lleva implícita esa elección.

No sobra recordar que la piedad ha sido considerada históricamente por el legislador como un motivo de atenuación de la sanción. Y así, en el artículo 364 del estatuto penal anterior (Ley 38 de 1936), se establecía que la sanción para el homicidio podía, excepcionalmente, atenuarse, cambiarse por prisión o arresto y aún "concederse el perdón judicial", cuando el hecho fuera realizado por piedad.

Es claro que para que se configure esta forma de homicidio atenuado no basta el actuar conforme a un sentimiento de piedad, ya que es necesario que se presenten además los elementos objetivos exigidos por el tipo penal, a saber, que el sujeto pasivo tenga intensos sufrimientos derivados de lesión corporal o

enfermedad grave o incurable. Por consiguiente, no existe homicidio piadoso cuando una persona mata a otro individuo que no padece esos sufrimientos, aún cuando invoque razones de piedad. En este caso, que constituye un homicidio simple, o incluso agravado, la muerte es el producto del sentimiento egoísta del victimario, que anula una existencia, porque a su juicio no tiene ningún valor. En esta conducta, la persona mata porque no reconoce dignidad alguna en su víctima, mientras que en el homicidio por piedad, tal como está descrito en el artículo 326 del Código Penal, el sujeto activo no mata por desdén hacia el otro sino por sentimientos totalmente opuestos. El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia.

Por lo tanto, desde esta perspectiva de análisis, la tacha de inconstitucionalidad que propone el actor, en el sentido de considerar que el artículo 326 del Código Penal desconoce el derecho a la vida de quien se encuentra en condiciones precarias de salud, porque la levedad de la sanción constituye una autorización para matar, comporta una actitud que reclama la aplicación de una pena en virtud de la sola materialidad del comportamiento, sin consideración a los aspectos subjetivos involucrados en el mismo, cuya relevancia guarda armonía con los mandatos constitucionales. El actor olvida que en un Estado Social de Derecho las penas tienen que guardar una razonable proporcionalidad con el grado de culpabilidad del acto, y no sólo con la gravedad material y objetiva de la lesión al bien jurídico.”

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

“Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. No obstante, es de considerar que el aspecto subjetivo de la prohibición no se agota, en todos los casos, en las formas de culpabilidad que enumera el Código Penal (dolo, culpa y preterintención). La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión(...)”

“(...)Para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos

fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador. Los móviles pueden hacer parte de la descripción del tipo penal, sin que por ello, en principio, se vulnere ninguna disposición constitucional.”

“La Constitución de 1991 introdujo significativas modificaciones en relación con los derechos fundamentales, que obligan a reinterpretar todas las disposiciones del Código Penal, bajo esa nueva luz; es por ello que la Corte entra a analizar si es legítimo que dentro de este orden constitucional se penalice a la persona que ejecuta un homicidio por piedad, pero atendiendo a la voluntad del propio sujeto pasivo.”

“Si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: 1) La que asume la vida como algo sagrado y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones.”

24.- DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM):

De la Sentencia T-401 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, se cita lo siguiente: “Como bien lo ha expresado esta Corporación, *“la dignidad humana... es en verdad principio fundante del Estado,... que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la constitución.”* Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad. En este sentido la Corte señaló:

“El principio de dignidad no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incansables de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa”. Éste segundo párrafo fue citado en la sentencia anteriormente señalada, extraído de la Sentencia T-090 de 1996, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

“la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo, tal y como la

Corte ya lo mostró en anteriores decisiones, el Estado no puede pretender cumplir esa obligación desconociendo la autonomía y la dignidad de las propias personas. Por ello ha sido doctrina constante de esta Corporación que toda terapia debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales.”

“La sentencia T-493 de 1993, de la cual fue ponente el Magistrado Antonio Barrera, constituye un hito ineludible en un asunto como el que ahora ocupa a la Corte. En ella se relacionan, con acierto, a la luz de la Constitución vigente, la autonomía de la persona (el libre desarrollo de su personalidad) y el derecho a elegir, en caso de grave enfermedad, si se enfrenta la muerte o se prolonga la existencia por medio de tratamiento médico. La tesis esencial es la misma: sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana:

"La decisión de María Libia Pérez Ángel (quien padecía de cáncer) de no acudir a los servicios médicos... no vulnera ni amenaza los derechos de los demás, ni el ordenamiento jurídico; por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de su personalidad".

"los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles". (comillas ya existentes). Citado por la sentencia sub exámine de la Sentencia 578 de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

A. TEMAS:

LEGISLADOR-Establecimiento forma atenuada de delitos, SENTENCIA CONDICIONADA O INTERPRETATIVA-Objeto, NORMA JURIDICA-Creación corresponde al legislador, HOMICIDIO POR PIEDAD-Incompetencia de la Corte para introducir causal de justificación, EUTANASIA-Variables acogidas no son únicas como causales de justificación, EUTANASIA-Discusión pública sobre despenalización, EUTANASIA-Modificación del Código Penal y reforma de la Constitución, EUTANASIA-Modificación de jurisprudencia/ DERECHO A LA VIDA-

Carácter de indisponible, HOMICIDIO POR PIEDAD-Alcance de libertad del consentimiento en sujeto pasivo, ENFERMEDAD TERMINAL SOBRE MENOR, DISTANASIA,

B. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

“No solamente se puede hablar de que la Corte modificó el Código Penal, sino que en realidad, se reformó la Constitución. Respecto al artículo 11 de la Carta Política, a cuyo tenor "el derecho a la vida es inviolable", se establece una excepción: la de un enfermo terminal y con su consentimiento, cuando, para evitar la prolongación de sus dolores, un médico decida causarle la muerte. Se relativizó el derecho fundamental por excelencia, que, como la misma Corte ha sostenido en varias providencias, es base y condición necesaria de todos los demás derechos. Y se modificó la Constitución sin que a la reforma hubiera precedido ninguno de los trámites previstos en su artículo 374. Más todavía, tratándose de un derecho fundamental, el más importante, no era suficiente siquiera el Acto Legislativo, pues era aplicable el artículo 377 de la Carta.”

“Un individuo afectado por horribles padecimientos en la hipótesis que presenta la norma no es en realidad dueño consciente de su voluntad. A las manifestaciones externas de ella, provocadas precisamente por su grave circunstancia, no puede dárseles, aunque su forma diga lo contrario, el alcance de un deseo o propósito libre y deliberado de perder la vida, o de autorizar que otro le cause la muerte. En realidad -pienso-, tratándose de un acto que compromete lo más íntimo de la conciencia del sujeto, a sus palabras, pronunciadas bajo la presión del dolor, no se les puede dar una credibilidad absoluta, descartando inclusive la opción más probable, consistente en que lo deseado por la persona no es la muerte misma sino el cese de su padecimiento corporal...”

C. DOCTRINA GENERAL:

No se encuentran referencias de doctrina general

D. SALVEDADES PROPIAS:

“La Corte Constitucional puede dictar sentencias condicionadas o interpretativas, con el objeto de evitar la forzosa inexecutable de una norma que admite varias interpretaciones, unas ajustadas a la Carta y otras contrarias a ella, para lo cual, como ha ocurrido varias veces, el correspondiente fallo identifica los sentidos del precepto que se avienen a los postulados y mandatos constitucionales, declarando su exequibilidad, a la vez que hace lo propio con el entendimiento contrario a la Constitución, declarando su inexecutable. De tal modo que, bajo tales supuestos excepcionales, la disposición objeto de examen es executable solamente si es entendida y aplicada en su comprensión constitucional, según el análisis de la Corte y de acuerdo con lo dispuesto por ella.”

“...Si algo es predicable del derecho a la vida, en contraste con los demás derechos, es su carácter de indisponible. A nadie es lícito, aun autorizado por el sujeto pasivo, ejecutar actos positivos encaminados conscientemente a suprimir la vida de un ser humano, lo que resulta bien distinto de abstenerse de llevar a cabo tratamientos o procedimientos médicos o quirúrgicos extraordinarios y heroicos, por cuya virtud se prolongue artificialmente la supervivencia de un enfermo desahuciado.”

“...a nadie es lícito, aun autorizado por el sujeto pasivo, ejecutar actos positivos encaminados conscientemente a suprimir la vida de un ser humano, lo que resulta bien distinto de abstenerse de llevar a cabo tratamientos o procedimientos médicos o quirúrgicos extraordinarios y heroicos, por cuya virtud se prolongue artificialmente la supervivencia de un enfermo desahuciado.”

E. DOCTRINA ADICIONAL:

El magistrado Hernández Galindo cita jurisprudencia sobre el derecho a la vida que ha proferido previamente esa corporación, plasmada en las sentencias C-133 del 17 de marzo de 1994 y C-013 del 23 de enero de 1997.

Del primero de esos fallos puede destacarse lo siguiente:

“El derecho fundamental a la vida, cuya existencia se limita a constatar la Carta Política, es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia de los restantes derechos.

El derecho a la vida en el ordenamiento jurídico constitucional, constituye indudablemente el reconocimiento y la efectividad de un valor esencial como es la vida humana (Preámbulo y artículos 2° y 11).

(...)

En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional.

El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte”.

(Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-133 del 17 de marzo de 1994. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).”

Del segundo fallo, se resaltan las siguientes expresiones, consideradas por el magistrado como totalmente opuestas a las que ahora ha acogido la Corte:

“El derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo.

Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros -la intangibilidad de la vida del **nasciturus**, por ejemplo- que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

(...)

"1) La Constitución protege el de la vida como valor y derecho primordial e insustituible, del cual es titular todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física.

2) La vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, goza de una jerarquía superior en cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se impone sobre ellos en situaciones de conflicto insalvable. En eso consiste la inviolabilidad que expresamente le reconoce el precepto constitucional.

Como la ha enseñado la jurisprudencia, se trata de un derecho del cual se es titular por el sólo hecho de existir, mientras que los demás requieren de la vida del sujeto para tener existencia y viabilidad".

(...)

3) Para la Corte, el derecho a la vida está tan íntimamente ligado al ser humano y se erige de tal forma, aun sobre la voluntad estatal, que no necesita estar garantizado expresamente en norma positiva para ser jurídicamente exigible. El sustento de su vigencia está en el Derecho, no en la Ley. Entonces, el hecho de estar positivamente librado a la decisión del legislador lo referente a la búsqueda de las más eficientes formas de su protección -como lo destaca esta sentencia- no significa la potestad legislativa para suprimirlo o ignorarlo, ni tampoco para despojarlo de amparo jurídico.

La consagración explícita del derecho a la vida por parte del Constituyente de 1991 y por los tratados y declaraciones internacionales sobre la materia no implica

que el valor y prevalencia de aquél estén fincados exclusivamente en la existencia de tales cláusulas, que, si desaparecieran, no lo derogarían.

4) En criterio de esta Corte, la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital".

Magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA

A. TEMAS:

HOMICIDIO POR PIEDAD-Establecimiento de excepciones corresponde al legislador, EUTANASIA U HOMICIDIO POR PIEDAD-Definición, DISTANASIA-Definición/ DISTANASIA-Necesidad de evitarlo como deber social, EUTANASIA Y DISTANASIA-Linderos, MEDICINA PALIATIVA Y EUTANASIA-Diferencias, DERECHO A LA VIDA-Primero de los derechos fundamentales/ CONDUCTA EUTANASICA-Illegitimidad jurídica, VIDA-Derecho irrenunciable, DERECHO A LA VIDA-Cambio de postura sobre la irrenunciabilidad, DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-No es absoluto, MORAL GENERAL O SOCIAL-Mínimo ético, HOMICIDIO POR PIEDAD-Alcances del tipo penal,

B. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

“El significado actual de la expresión "eutanasia", es justamente el que coincide con la descripción de la conducta a la que se refiere el artículo 326 del Código Penal. Es la actividad llevada a cabo para causar la muerte a un ser humano a fin de evitarle sufrimientos. Por los fines que persigue se le llama también homicidio piadoso u homicidio por piedad, ya que la muerte se busca como un medio para evitar a la persona dolores insoportables, deformaciones físicas, una ancianidad muy penosa, o en general cualquier condición personal que mueva a la compasión. La eutanasia es siempre un tipo de homicidio, toda vez que implica el que una persona le cause intencionalmente la muerte a otra, bien sea mediante un comportamiento activo o mediante la omisión de los cuidados y atenciones debidos”

“Según los medios que utilice el agente, la eutanasia puede ser “activa”, si despliega una actividad adecuada dirigida directamente a causar la muerte, o “pasiva”, negativa o por omisión, si la muerte se causa omitiendo el prestar a la persona los medios necesarios para mantener la vida. De esta manera, la eutanasia es siempre un tipo de homicidio, toda vez que implica el que una persona le cause intencionalmente la muerte a otra, bien sea mediante un comportamiento activo o mediante la omisión de los cuidados y atenciones

debidos. Por otra parte, la eutanasia puede ser consentida o no por quien la padece, caso el primero, que también es llamado por algunos “suicidio asistido”.

“La distanasia, entendida como el retrasar la muerte todo lo posible, utilizando para ello todos los medios ordinarios o extraordinarios al alcance, así sean estos proporcionados o no, y aunque esto signifique causar dolores y padecimientos a una persona cuya muerte de todas maneras es inminente. En otras palabras, la distanasia es la prolongación artificial de la agonía de un moribundo, entendiendo por agonía el proceso que conduce a la muerte a plazo corto, inminente e inevitable. Siendo la muerte un hecho natural con el cual culmina necesariamente toda vida humana, dilatarlo a toda costa y por cualquier medio, aún a costa del sufrimiento de quien va morir, ineludiblemente, constituye una acción reprochable, porque atenta contra la dignidad de aquel a quien se le practica, e incluso contra su integridad personal en ciertos casos. Por ello, evitar la distanasia es un deber social que debe ser cumplido en salvaguardia de los derechos fundamentales del moribundo.” “(...)La distanasia es también conocida bajo la denominación de “ensañamiento u obstinación terapéutica”.

“(...)La medicina paliativa constituye una actitud humanitaria que responde a la dignidad del enfermo, sin causarle mediante una acción directamente occisiva, la muerte. Se diferencia de la eutanasia en la ausencia de esta acción directa y en la intencionalidad de quien la aplica, que se reduce a tratar de aliviar el dolor, sin buscar para ello la muerte.(...)”

Respecto a l derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Magistrado Naranjo Mesa enfatiza que éste no debe tenerse por absoluto, agregando lo siguiente: *“se ha incurrido en el grave error de considerar ese derecho como un derecho absoluto, entrando, así en contradicción con lo sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que no hay ni puede haber derechos o libertades absolutos. El del libre desarrollo de la personalidad esta muy lejos de ser una excepción. No es posible invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad para disponer de la propia vida, y hacerlo significa ir en contra de la propia naturaleza humana.”*

C. DOCTRINA GENERAL:

Medicina Paliativa: “La medicina paliativa es una forma de atender a los enfermos desahuciados (...) reconoce que el enfermo es incurable y dedica toda su atención a aliviar sus padecimientos mediante el empleo de los recursos científicos y técnicos propios de la ciencia médica. Si bien en ocasiones el empleo de estos recursos conlleva, como efecto necesario no querido, el acortar la vida del paciente, quienes emplean este tipo de medicina no se proponen este efecto, sino tan sólo el alivio del enfermo.

D. SALVEDADES PROPIAS:

“La libertad comporta para el hombre la facultad de autodeterminarse conforme a sus fines naturales, mediante el uso de la razón y de la voluntad. Pero lo que determina el hombre es su propia conducta. La vida misma, en su concepción ontológica, esto es, en cuanto el mismo ser del viviente, no es dominada por el hombre. (...)el hombre no domina su propia vida ontológica. Es evidente entonces que el hombre no tiene el dominio absoluto de su vida, sino tan sólo lo que los clásicos llamaron el dominio útil de la misma. Por ello no es posible invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad para disponer de la propia vida, y hacerlo significa ir en contra de la propia naturaleza humana”.

E. DOCTRINA ADICIONAL:

El Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa citó las siguientes sentencias, a través de las cuales la Corte constitucional ha sentado su posición sobre los derechos fundamentales, desde sus comienzos y que, según él, dan pesos a su posición en el salvamento de voto:

“...Lo anterior significa que los derechos fundamentales, al ser inherentes a la persona, son necesarios y no contingentes, lo cual los hace irrenunciables. Por ello no sería coherente que un Estado que se funda en igualdad y en dignidad humanas permitiese que una persona se desligara de un bien que razonablemente es irrenunciable e imprescriptible. (...)

“La tradición de los derechos humanos, desde la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia en 1776 hasta hoy, es unánime en señalar como patrimonio objetivo de la humanidad la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos inherentes a la persona. Tan absurdo resulta imaginar que un hombre aceptara el ser reducido a la condición de esclavo, y que esta decisión suya fuera tolerada por el Estado. Como suponer que una persona puede aceptar un convenio contrario a su dignidad o a su derecho a la igualdad. (Sentencia T-256 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

“Todo derecho humano es un bien sobre cuyo dominio no puede caer ni la renuncia ni la transferencia”. (Sentencia T-374 de 1993, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

“- Proteger la salud del hombre es proteger su vida, que es derecho constitucional fundamental inalienable” (Subrayado fuera de texto) (T-613 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

“- Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los que posee desde le mismo momento de su existencia -aún de su

concepción - y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo ésta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable” (Subrayado fuera de texto). (Sentencia T-571 de 1992 M.P. Jaime Sanin Greiffeinstein).

“Cuando surge la pregunta de por qué son irrenunciables ciertos beneficios mínimos establecidos por las Leyes laborales, la respuesta debe apuntar a la conexidad del trabajo con la dignidad de la persona humana y con el libre desarrollo de la personalidad.” (Sent. C-023 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

... “Pues carece de licitud todo pacto contra la Ley, los contratantes no pueden comprometerse a la forzada renuncia del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.” (Sent. T-544 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

“La actora tenía derecho a ser afiliada forzosamente al régimen del seguro social y ese derecho es, constitucionalmente, irrenunciable, según los principios establecidos en el artículo 53 de la Carta (“...irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales...”), que refrenda el contenido del artículo 48 ibídem, en el que expresamente se garantiza “...a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (inciso segundo).” (Sent. T-341 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

“La normatividad constitucional garantiza pues el derecho irrenunciable a la seguridad social, la cual en lo referente a la pensión de invalidez, constituye un patrimonio inalienable del incapacitado.” (Sent. C-556 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

“(...) para Kant el derecho es independiente de la moral, pero no contrario a los postulados éticos. La Escuela francesa de la exégesis, niega la validez moral en el terreno jurídico. Savigny manifiesta que la fuente del derecho y de la moral es la convicción jurídica del pueblo, esto es, una intuición emocional de lo que debe ser la regulación de la convivencia humana. Kelsen, en su visión positivista, propone una teoría pura del derecho positivo alejada de todo valor moral. Hart, a su turno, sostiene que el derecho está fundado en una justificación moral.”

“(...)el derecho y la moral recaen sobre un mismo objeto. Al respecto ha dicho esta Corporación: “La moral y el derecho son sistemas de normas cuyo destino es la

regulación de la conducta del hombre. Aquí radica la similitud entre los dos”. (Sentencia C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía).

Del mismo fallo citado, se encuentran los siguientes apartes:

“Además la Constitución se refiere a la **moral social** en su artículo 34, y consagra la **moralidad** como uno de los principios fundamentales de la función administrativa, en el 2029. En síntesis: no es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que **las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico.**”

“Hay, pues, “una moral común, genérica, que incluye todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos”. Para cada pueblo en un momento histórico, determinado por las circunstancias sociales, económicas y culturales, tiene una **moral positiva**, es decir, **la manifestación de una moral universal e inmutable en su propia circunstancia.**”

“En resumen: **hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual; lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.**”

“En primer lugar, la expresión “**moral cristiana**” designa la **moral social**, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana.

“Se dijo que “**moral cristiana**” refiriéndose a la religión de la mayoría de la población como en Turquía debido decirse “**la moral islámica**”. **La Ley se limitó a reconocer un hecho social...**”

“...si dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad, la doctrina reconoce el “consentimiento del sujeto pasivo” como causal extrapenal de justificación, también es cierto que para que pueda aceptarse como tal es necesario que se cumplan ciertos requisitos, entre otros, **que se trate de un derecho susceptible de disposición** (Alfonso Reyes Echandía, *Derecho Penal General, Undécima Edición*),”

Magistrado HERNANDO HERRERA VERGARA

A. TEMAS:

LEGISLADOR-Creación causales de justificación de hecho punible, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Extralimitación, DERECHO A LA VIDA-Inviolabilidad, MEDICINA PALIATIVA/ EUTANASIA ACTIVA-Violación de preceptos

constitucionales, DISTANASIA-Renuncia a tratamientos por familiares/
EUTANASIA-Inconstitucionalidad

B. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

“En la medicina moderna han tenido auge primordial los cuidados paliativos encaminados a rescatar la vida antes que anticipar la muerte de los enfermos terminales y a buscar los métodos adecuados para hacer más soportable el sufrimiento en la culminación de la misma enfermedad, asegurando al paciente una compañía ajustada a los parámetros humanitarios. Por ello, una cosa es la utilización de diversos tipos de analgésicos y sedantes con la intención de aliviar el dolor del enfermo y mitigar hasta el máximo los sufrimientos que padece, y otra distinta es otorgar el derecho a matar para poner fin a la vida por piedad, procurando la muerte de modo anticipado, aún con el consentimiento del sujeto pasivo del acto, lo que es contrario al texto y espíritu de los preceptos constitucionales...”

“...La Eutanasia aplicada a un enfermo terminal con su frágil y débil consentimiento, es inconstitucional, afecta el derecho humanitario universal a la vida, constituye un crimen contrario a la dignidad de la persona humana y la prevalencia de una equivocada concepción del libre desarrollo de la personalidad que en la Carta fundamental nunca se consagró como un derecho absoluto, sino limitado por los derechos de los demás y el orden jurídico.”

C. DOCTRINA GENERAL:

“...el artículo 49 constitucional, al consagrar el derecho a la salud, estableció como una garantía de todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y “recuperación de la salud”.

D. SALVEDADES PROPIAS:

“En aquellos casos en que dentro de una enfermedad terminal, la vida ya es prácticamente artificial porque incluso la persona ha perdido los signos vitales, conocida como la distanacia, o sea cuando la muerte es inevitable y resulta inminente, es posible la renuncia por parte de los familiares de aquellos tratamientos que solamente conducirían a mantener una existencia penosa y precaria, lo que no equivale obviamente al reconocimiento de la Eutanasia...”

E. DOCTRINA ADICIONAL:

No se encuentran referencias de doctrina adicional.

26.- TESIS DE LA ACLARACIÓN ESPECIAL DE VOTO

Magistrado EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

A. TEMAS:

ACLARACION ESPECIAL DE VOTO-Fórmula sustitutiva aprobada no corresponde a sentencia, EUTANASIA-Regla inexistente, LEGISLADOR-Exculpación de la obligación de no matar por el médico, CONSTITUCION POLITICA -No es código universal que regula todas las materias, EUTANASIA-Conclusión inatinente, EUTANASIA ACTIVA DIRECTA-Problema de validez del consentimiento, EUTANASIA-Responsabilidad penal de terceras personas, ENFERMEDAD TERMINAL-Prohibición de no matar por el médico, CONSTITUCION POLITICA-No se deriva tesis que justifica acción homicida del médico, MEDICINA PALIATIVA-Necesaria y razonable prioridad, ACCION HUMANITARIA-Salvar la vida en peligro/ DEBERES DEL MEDICO, VIDA HUMANA-Valor constitucional, PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA-Carácter central, ENFERMEDAD TERMINAL-Dignidad, LEGISLADOR-Construcción reglas en materia penal, ENFERMEDAD TERMINAL-Terapias paliativas, EUTANASIA ACTIVA INDIRECTA/ EUTANASIA PASIVA LIBREMENTE ASUMIDA, ENFERMO TERMINAL-Pedido de extinción de la vida/ ENFERMO TERMINAL-Rehusó de tratamiento clínico y ayuda médica/ ENFERMO TERMINAL-Función de la medicina, ENFERMO TERMINAL-Suministro de medicamentos no asimilable a intención homicida, ENFERMO TERMINAL-Asistencia médica y psicológica por el Estado, ENFERMEDAD TERMINAL-Métodos letales y medicamentos paliativos, EUTANASIA ACTIVA INDIRECTA-Fundamento constitucional, PROCESO POLITICO-Responsabilidad del médico que da muerte al paciente terminal, EUTANASIA ACTIVA DIRECTA-Penalización benigna

B. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

“La acción humanitaria a que alude el artículo 95-2 de la Constitución Política, no puede interpretarse como licencia para matar al afligido, pues aquella se inscribe en el horizonte de “salvar la vida en peligro”. Las conductas posibles cobijadas por el precepto constitucional, en consecuencia, son las que resultan proporcionadas a la situación: si el problema de la dignidad está referido a los extremos padecimientos, ya que la enfermedad es incurable, a todas luces es incongruente imaginar que la Constitución en el citado artículo justifica la muerte del paciente ocasionada por el médico que ha dejado de agotar antes el instrumental de la medicina paliativa. Aunque no se discute que en principio todo tratamiento médico debe contar con el consentimiento informado del paciente, de la Constitución Política no se puede deducir un derecho del médico para matar al paciente terminal que solicita la ejecución de esta acción, el cual se exprese a través de una exoneración de su responsabilidad penal dispuesta desde la Carta...”

“...no es acertado suponer que el médico esté en la obligación o en la posición de tramitar neutralmente un pedido de muerte procedente de su adolorido paciente

terminal. Si como lo afirma la sentencia, la base constitucional que justifica la acción del médico, es el deber de “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (C.P. Art. 95-2), resulta insólito que la Constitución Política reserve como *dictum* que soluciona de fondo la controversia y la sustrae del ámbito de la democracia, la formula según la cual la acción misericordiosa que se realiza por conducto del médico debe ser no la de calmar el dolor - como lo sugiere su ética profesional - que es la causa o circunstancia que repudia a la dignidad subjetiva, sino directamente la de segar la vida del paciente. Tesis ésta todavía más inverosímil en un Estado social de derecho que no se construye con sujetos abstractos, sino con seres que se insertan en un contexto social no ajeno a la acción de protección estatal, como es el caso de los enfermos terminales.”

“... mi propuesta a la Sala Plena, descartaba de plano la eutanasia activa directa, y se circunscribía a salvar de la hipótesis del homicidio piadoso la conducta del médico comprometido en terapias paliativas solicitadas por el paciente terminal consciente de las consecuencias indirectas asociadas a éstas. Si como consecuencia de los medicamentos paliativos, perecía el paciente, creía importante indicar que este supuesto no podía ser objeto de sanción penal por no constituir homicidio....”

“La decisión del paciente de rehusar en todo o en parte las terapias y medicamentos que se le ofrezcan, siempre que sea capaz y consciente, tiene plena validez y se sustenta en su derecho al libre desarrollo de su personalidad. Este aserto se sostiene aún con más fuerza cuando el rechazo se expone en las condiciones del supuesto objeto de análisis. El enfermo terminal, víctima de extremos sufrimientos, que carece de toda perspectiva de curación, bien puede oponerse a la intervención médica y optar por abreviar su existencia.”

“Se torna necesario establecer cuál puede ser la pretensión válida que puede elevarse al médico y que éste podría en la actualidad lícitamente ejecutar. La petición del paciente terminal, enmarcada en una relación de servicios profesionales que tiene en el otro extremo al médico, necesariamente habrá de interpretarse confiriéndole al consentimiento expresado un sentido que sea útil y plausible. En estas condiciones, restarle toda significación a la voluntad del paciente equivaldría a desconocer su autonomía y, en particular, su derecho a expresar en el contexto de la relación médico-paciente su consentimiento informado.

El pedido del paciente terminal de que se produzca la extinción de su vida, coloca al médico en el deber de abstenerse de emprender o mantener todos aquellos procedimientos enderezados a prolongarla. El paciente, plenamente capaz y suficientemente informado, puede rehusar todo tratamiento clínico y ayuda médica encaminados a lograr su mantenimiento o extensión artificial. La abstención del médico, en este caso, no tiene ninguna connotación criminal, puesto que la muerte

se produce por causa de la enfermedad. El paciente, de otro lado, no incurre en suicidio. Su propósito último no es otro distinto del dejar de oponer resistencia a la muerte inminente.

La solicitud del paciente terminal, dirigida a que se abrevie su fin, se orienta a que se reduzca la carga de sufrimientos y padecimientos que resultan vanos en la medida en que los esfuerzos médicos objetivamente se revelen no idóneos para curar la enfermedad que lo aqueja y que tiene carácter irreversible. Si efectivamente la curación se encuentra descartada, la medicina tiene que asumir en este trance un signo diferente del que la caracteriza de ordinario. Su función, en efecto, no será la de restablecer la salud del enfermo, sino la de ayudarle a tener una muerte digna y a mitigarle, hasta donde sea posible, el dolor que se apodera de su cuerpo.”

“A pesar de que los analgésicos o drogas suministradas al paciente con el fin de aliviar sus dolores, contribuyan o constituyan la causa eficiente de su muerte, el propósito que anima la acción médica no resulta asimilable a la intención homicida o de apoyo al suicidio y, por lo tanto, no podrá ser objeto de reproche alguno. El consentimiento informado del paciente que conoce el efecto colateral o indirecto de la acción médica enderezada a paliar las sensaciones dolorosas que acompañan a un mal incurable, igualmente impide que pueda imputarse al médico la responsabilidad por el deceso que eventualmente pueda desencadenarse....”

C. DOCTRINA GENERAL:

No se encontró doctrina general

D. SALVEDADES PROPIAS:

“Aunque el Estado deba abstenerse de obstaculizar el deseo y la acción del suicida, no está obligado por ningún derecho fundamental de éste a secundar positivamente su objetivo. La crítica al paternalismo del Estado sólo puede limitarse a las acciones suyas encaminadas a evitar la muerte infligida por el propio sujeto. De ninguna manera, pesa la obligación sobre el Estado de ignorar la prohibición de no matar en el caso del médico que causa la muerte al paciente terminal que lo solicita, a fin de colaborar desde el punto de vista jurídico o material con el designio suicida del paciente terminal”

“El pedido del paciente terminal de que se produzca la extinción de su vida, coloca al médico en el deber de abstenerse de emprender o mantener todos aquellos procedimientos enderezados a prolongarla. El paciente, plenamente capaz y suficientemente informado, puede rehusar todo tratamiento clínico y ayuda médica encaminados a lograr su mantenimiento o extensión artificial. La abstención del médico, en este caso, no tiene ninguna connotación criminal, puesto que la muerte se produce por causa de la enfermedad. El paciente, de otro lado, no incurre en

suicidio. Su propósito último no es otro distinto del dejar de oponer resistencia a la muerte inminente. La solicitud del paciente terminal, dirigida a que se abrevie su fin, se orienta a que se reduzca la carga de sufrimientos y padecimientos que resultan vanos en la medida en que los esfuerzos médicos objetivamente se revelen no idóneos para curar la enfermedad que lo aqueja y que tiene carácter irreversible. Si efectivamente la curación se encuentra descartada, la medicina tiene que asumir en este trance un signo diferente del que la caracteriza de ordinario. Su función, en efecto, no será la de restablecer la salud del enfermo, sino la de ayudarlo a tener una muerte digna y a mitigarle, hasta donde sea posible, el dolor que se apodera de su cuerpo. Si la medicina no puede ya controlar la enfermedad del paciente terminal, no puede negarse a luchar contra las manifestaciones de dolor que cruelmente se apoderan de aquél en sus fases críticas, aún a riesgo de minar con los medicamentos suministrados su ya menguada salud y provocar de manera indirecta su deceso.”

“Una cosa es el acto intencionalmente dirigido a causar la muerte, como ocurre con la aplicación de una inyección letal, hasta antes de la sentencia de la Corte prohibida por la Ley penal. Otra muy diferente es aquella intervención que se orienta a paliar el dolor, pero que consecuentemente abrevia o incrementa los riesgos de muerte del paciente....”

“El carácter central de la dignidad humana, sin duda alguna apunta primariamente a garantizar la construcción y proyección del sujeto moral en pleno uso de sus facultades vitales y morales. Pero también, la dignidad humana es algo más que esto. No se agota en el sujeto autónomo, apela también a un concepto más amplio de humanidad que cubre su declinar hasta su último fin. La dignidad como valor objetivo acompaña a la persona, independientemente de sus vicisitudes.”

“...la parte resolutive que obtuvo seis votos a favor y tres en contra, no fue la que se contenía en la ponencia original. Por el contrario, ella fue la que yo presenté y sometí a consideración de la Sala, la cual se refería a los enfermos terminales, pero sin autorizar a los médicos para que en desarrollo de su profesión y con base en el consentimiento de estos últimos, pudieren quedar autorizados para causar su muerte.”

“... resulta plausible valorar las circunstancias en las que la vida aflora con mayor vitalidad, pero negar humanidad al retraimiento natural de la existencia, equivaldría a negar al ser humano como naturaleza. El carácter central de la dignidad humana, sin duda alguna apunta primariamente a garantizar la construcción y proyección del sujeto moral en pleno uso de sus facultades vitales y morales. Pero también, la dignidad humana es algo más que esto. No se agota en el sujeto autónomo, apela también a un concepto más amplio de humanidad que cubre su declinar hasta su último fin....”

“La doctrina constitucional de la Corte relativa al consentimiento informado del paciente, de otro lado, ofrecía a la Corte la oportunidad de precisar supuestos de eutanasia pasiva voluntaria, que adicionados con la medicina paliativa libremente solicitada por el paciente, conformaban un bloque de conductas médicas sobre las cuales resultaba necesario y conveniente que se hiciera claridad sobre su ausencia de reprochabilidad penal. Una interpretación sistemática e integradora de las normas del Código de Ética médica (Ley 23 de 1981), a la luz de la Constitución Política, permite afirmar que los supuestos mencionados tienen fundamento legal y que, por consiguiente, la Corte al aludir a ellos en modo alguno está dictando nuevas normas, sino delimitando la conducta que conforme a la Ley se encuentra sujeta a sanción penal.

No obstante, cuando la Corte en la parte resolutive se refiere a la eutanasia activa directa, claramente está adicionando el ordenamiento jurídico con un supuesto eutanásico que no existía antes, salvo bajo la forma de conducta prohibida por el mismo tipo penal del homicidio piadoso y el de la inducción o ayuda al suicidio...”

“...La atención de la salud como derecho prestacional no se limita a las tareas preventivas y curativas propiamente dichas. Incorpora también el cúmulo de acciones que alivian el dolor de los incurables...”

“Una cosa es el acto intencionalmente dirigido a causar la muerte, como ocurre con la aplicación de una inyección letal, hasta antes de la sentencia de la Corte prohibida por la Ley penal. Otra muy diferente es aquella intervención que se orienta a paliar el dolor, pero que consecuentemente abrevia o incrementa los riesgos de muerte del paciente. La irreversibilidad de la enfermedad terminal autoriza la disociación de las manifestaciones somáticas a fin de intentar controlar aquellas respecto de las cuales la ciencia mantiene su dominio, incluso a riesgo de precipitar el deceso del paciente....”

“La Constitución no decide el punto de la responsabilidad penal del médico que mata al paciente terminal agobiado por sus intensos padecimientos. Esta es una materia que debe definirse a través del proceso político y de sus cauces institucionales y respecto de la cual caben distintas políticas y alternativas normativas,(...)

(...)De la Constitución no puede deducirse la existencia de una orden o mandato dirigido al Congreso en el sentido de despenalizar en determinados casos el homicidio piadoso, lo que bien puede hacer la Ley cuando lo juzgue apropiado y en las condiciones que determine oportuno señalar, luego de lo cual, la Corte podrá pronunciarse sobre la constitucionalidad de la política adoptada. Lo que esta Corte no puede hacer es imponer una política de despenalización del homicidio piadoso que directamente no ordena la Constitución Política,...

E. DOCTRINA ADICIONAL:

“La sentencia que ha debido probar que en verdad de la Constitución puede obtenerse directamente la regla que gobierna el caso -siendo este el de la existencia o no de dispensa constitucional para el médico que accede al pedido del enfermo terminal y procede a matarlo-, está atravesada desde el principio hasta el fin por una falacia conocida en el lenguaje retórico con el nombre de "ignoratio elenchi": "La falacia de la ignoratio elenchi (conclusión inatinerente) se comete cuando un razonamiento que se supone dirigido a establecer una conclusión particular es usado para probar una conclusión diferente"(Irving M. Copi, "Introducción a la lógica").”

TESIS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO de los Magistrados JORGE ARANGO MEJIA CARLOS GAVIRIA DIAZ

A. TEMAS:

AYUDA AL SUICIDIO-Necesidad de extender interpretación permisiva, ENFERMO NO TERMINAL-Posibilidad de optar por una muerte digna,

B. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

“...ha debido extenderse la interpretación permisiva, a la "ayuda al suicidio" contemplada en el artículo 327 del Código Penal ... Además, que no ha debido restringirse la opción legítima por la muerte, al enfermo "terminal"... pues existen casos dramáticos de enfermos no "terminales", como los cuadrapléjicos, v.gr., a quienes debería comprender la posibilidad de optar por una muerte digna, si juzgan abrumador su padecimiento.”

C. DOCTRINA GENERAL:

Por su brevedad, ésta aclaración de voto no presenta doctrina general.

D. SALVEDADES PROPIAS:

“Tales discrepancias son significativas, pero resultan subalternas frente al acuerdo logrado en torno a la tesis central que informa la sentencia.”

Está haciendo referencia a las discrepancias de no haber incluido la “ayuda al suicidio” para los enfermos no “terminales”.

E. DOCTRINA ADICIONAL: Ninguna

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURIPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS

LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

Encuentro un pronunciamiento un tanto vago sobre el verdadero fondo que dio origen a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor José Eurípides Parra, en tanto que él, atendiendo al tenor del artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal) sobre el homicidio por piedad, ataca el carácter leve de la pena, porque quien realice la conducta descrita en el tipo penal: “... *incurrirá en prisión de seis meses a tres años*”. Argumentando el actor, que si el bien vulnerado es la vida, ha de tener similar tratamiento a aquel que incurre en homicidio.

En general, el sustento que recibió la sentencia en todos sus apartes, es decir, desde la ponencia hasta las aclaraciones y salvedades de voto, tendió más a pronunciarse extensamente sobre el concepto de eutanasia que sobre la justificación a la levedad de la pena. Y aunque es propio e incluso necesario, hacer referencia al tema general, a lo que abarca el homicidio por piedad, en esta sentencia se entro nuevamente, en forma reiterada en la ya por otras sentencias tratada discusión sobre la aceptación o no de la eutanasia en Colombia, discusión que ya ha tenido conclusiones y que para efectos de la presente demanda de inconstitucionalidad no era necesario entrar a discutir nuevamente, porque como dije anteriormente, con la sola recordación y aclaración de conceptos hubiera sido suficiente.

De otro lado, entrando ya en la materia que nos ocupa, es decir, sobre la pena que acompaña al tipo penal consagrado en el artículo 326 del en ese entonces Código Penal (Decreto 100 de 1980), estoy plenamente de acuerdo con la decisión tomada por la Corte, en la cual resuelve declarar exequible el artículo en comento por encontrar una clara diferenciación entre el homicidio por piedad y el homicidio común; aún, teniendo en cuenta que la legislación penal colombiana toma como base al acto y no al autor del hecho punible, tal y como lo expresa en un aparte de su ponencia el magistrado Carlos Gaviria Díaz: *“El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las Leyes preexistentes al **acto** que se le imputa”. En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por **un derecho penal del acto**, en oposición a un **derecho penal del autor**.”*

Así las cosas, queda claro y siempre lo ha sido, que no se está admitiendo abiertamente la eutanasia en Colombia tras el acápite de homicidio por piedad, lo que se está dejando en firme es la evidencia de que sus características la hacen diferente a cualquier otra evento homicida, por estar involucrada, aunque para algunos viciada, la voluntad del sujeto pasivo; discusión que tampoco cabe ampliar para efectos del caso que se está examinando, porque el vicio en la manifestación

de voluntad va implícito en el hecho de que se consagre el homicidio por piedad como una conducta punible, todo esto, independientemente de la pena que le corresponda.

Pero como el origen del pronunciamiento se encuentra en la pena que se ha de asignar y no en si el homicidio por piedad ha de constituirse como un tipo penal o no por las mismas características particulares de este, es decir, como su nombre lo indica, la piedad del sujeto activo, la voluntad del sujeto pasivo, las circunstancias de este, etc. Hacen justificable desde todo punto de vista la levedad de la pena.

**FICHA PARA EL ANALISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1.- TIPO DE SENTENCIA QUE GENERA LA SENTENCIA:

E () LE () SU (x)

2.- NÚMERO DE SENTENCIA: SU - 337/99

3.- FECHA DE LA SENTENCIA: 12-5-99.

4.- MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alejandro Martínez Caballero

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA: Eduardo Cifuentes Muñoz, Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Martha V. SÁCHICA De Moncaleano, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa.

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARON SU VOTO: No hubo aclaración

8.- VOTACION: 9-0

9.- ACTOR O ACCIONANTE: Para proteger el derecho a la intimidad no se dan los nombres

10.- CATEGORIA A LA QUE PERTENECE: PN (x) PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: No hubo

12.- INTERVINIENTES:

El doctor Gustavo Malo Rodríguez, en representación de la Sociedad Colombiana de Urología, la Academia Nacional de Medicina y a las facultades de medicina de las universidades Nacional, del Rosario y de la Javeriana.

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL Si (x) No ()

Cuáles:

Por medio de auto del 18 de septiembre de 1997 se formuló un cuestionario científico dirigido al médico tratante, a la Academia Nacional de Medicina y a las

facultades de medicina de las universidades Nacional, del Rosario y de la Javeriana.

14.- AUDIENCIA PÚBLICA: No hubo

15.- OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES:

Saneamiento de una nulidad: La Sala Séptima de Revisión, a quien correspondió el examen del presente expediente, constató que la solicitud se dirigió contra el ICBF y la Defensoría del Pueblo, sin que exista en el expediente el menor indicio de que tales instituciones hayan tenido que ver con la presunta violación a los derechos fundamentales de la menor. En efecto, de la relación de los hechos se colige fácilmente que la acción debería estar dirigida contra el I.S.S. y el médico tratante de la menor, puesto que, en caso de prosperar la tutela, la orden judicial debería dirigirse contra esas personas, como bien lo señala la aclaración de voto del fallo de instancia. La Corte concluyó entonces que se había incurrido en una nulidad, la cual es saneable, si los afectados se allanan y permiten la continuación del trámite, tal y como lo ha establecido esta Corporación, dando aplicación en este punto al artículo 144 del Código de Procedimiento Civil. Por tal razón, la Sala Séptima de Revisión, por medio de auto del 17 de Julio de 1997, ordenó que se informara al I.S.S. y al médico tratante de la existencia de la presente tutela, señalándoles que tenían un término de tres días para alegar la nulidad, pero que de no hacerlo, se entendería que ésta queda saneada. Luego de la correspondiente notificación, el médico tratante no alegó la nulidad y el Seguro Social, de manera expresa, solicitó la prosecución del trámite con el fin de que se pueda definir la procedencia jurídica o no de las intervenciones médicas solicitadas por la madre. La nulidad quedó entonces saneada, por lo cual la Corte continuó el procedimiento para resolver el fondo del asunto

16.- TEMAS: Fundamentos, significado y alcance del consentimiento informado en los tratamientos médicos, Intervenciones a menores y consentimiento informado: en qué casos no procede la autorización de padres y tutores, problemas jurídicos suscitados por los “hermafroditismos” o formas de “ambigüedad sexual”, derechos de los “hermafroditas” a la libre autodeterminación de su identidad sexual y alcance del consentimiento informado de los padres y tutores, los hermafroditas constituyen una minoría que goza de la especial protección del Estado, autonomía de las familias en materia médica y riesgos de discriminación social contra personas con ambigüedad genital: la necesidad de un consentimiento informado cualificado y persistente de los padres.

17.- NORMA OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO: Ninguna

18.- DECISION EN MATERIA DE ACCION DE CONSTITUCIONALIDAD:
Ninguna

19.- HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

La menor N.N. nació el 14 de octubre de 1990 se creía que era de sexo femenino. Sin embargo, cuando la menor tenía tres años, durante un examen pediátrico, se encontraron genitales ambiguos, con un falo de tres (3) centímetros (semejante a un pene), pliegue labios escrotales con arrugas y en su interior, gónadas simétricas de un centímetro de diámetro, en los dos lados, orificio único en el periné. A partir de lo anterior, se diagnosticó que la menor tenía "seudohermafroditismo masculino", debido a un problema de trastorno en la síntesis de la testosterona, por lo cual se recomendó un tratamiento quirúrgico, que consiste en la readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo (clitoroplastia), de los labios y de la vagina.

Según el médico tratante, que pertenece al ISS (Instituto de Seguros Sociales), esta intervención quirúrgica es prioritaria para la niña, pues si bien "el falo es grande", lo cierto es que "nunca va a ser igual a un pene ni tendrá posibilidades de funcionar como tal". Los médicos han manifestado además la necesidad de hacer la cirugía a la niña antes de que llegue a la pubertad.

A pesar de lo anterior, los médicos del ISS se niegan a practicar la intervención quirúrgica, pues consideran que, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la decisión debe ser tomada por la propia menor, y no por su madre. Según su criterio, "el procedimiento quirúrgico debe ser autorizado por la Corte Constitucional, quien pone en entredicho la Patria Potestad para estos casos porque habría que esperar a la pubertad para obtener la aprobación por parte del paciente". Por tal razón, la madre, quien ejerce la patria potestad sobre la menor pues el padre falleció, interpone la acción de tutela a fin de que se autorice la intervención quirúrgica. Según su criterio, su "hija es una menor y no puede tomar decisiones por ella misma y si esperamos a que ella tenga capacidad para decidir, ya será demasiado tarde y su desarrollo psicológico, fisiológico y social no será normal."

La madre considera entonces que a su hija le están siendo vulnerados sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección especial a la niñez, puesto que la infante tiene derecho "a que sea definida su sexualidad a tiempo para su normal desarrollo personal y social." Por ello solicita al juez de tutela que le permita que, en su condición de madre, y de titular de la patria potestad de la menor, pueda autorizar "las cirugías que mi hija necesita para la remodelación de sus genitales y el tratamiento médico que como consecuencia de esto requiriese". Igualmente, y en protección al derecho a la intimidad de la niña N.N., la madre solicita que el presente trámite judicial no sea publicado, de

conformidad con lo establecido por los artículos 25, 300 y 301 del Código del Menor.

La madre y la menor se encuentran afiliadas al ISS (Instituto de Seguros Sociales), razón por la cual los médicos que han venido atendiendo a la niña son de esa institución, tal y como consta en el expediente. Igualmente, son esos médicos los que, con fundamento en decisiones de esta Corte Constitucional, se niegan a realizar el tratamiento. Con todo, y a pesar de no ser usuaria del ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), la solicitante dirige la tutela contra el ICBF y la Defensoría del Pueblo, pues considera que el Estado, quien se niega a permitir la referida intervención quirúrgica, está representado por tales entidades. Así, al ser interrogada por el juez de tutela acerca de las razones por las cuales había dirigido la acción contra el Bienestar Familiar y el Defensor del Pueblo, la solicitante respondió que "los médicos, sin orden de ellos", no practican la cirugía que su hija requiere

20.- DECISION EN MATERIA DE ACCION DE TUTELA: C () NC (x) CP() TC ().

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA:

Proteger el derecho a la intimidad de la peticionaria N.N. y de su madre, por lo cual sus nombres no podrán ser divulgados y el presente expediente queda bajo estricta reserva, y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico No 2º de esta sentencia. El secretario general de la Corte Constitucional y el secretario del juzgado XX que decidió en primera instancia el presente caso, deberán garantizar esta estricta reserva.

Para salvaguardar la publicidad del proceso, la Secretaría de la Corte Constitucional, con la colaboración del despacho del magistrado ponente, procederá a copiar las pruebas científicas más relevantes del expediente, siempre y cuando éstas no permitan identificar a la peticionaria. Estos documentos serán reunidos en un archivo que podrá ser consultado en la sede de la Corte Constitucional por cualquier persona interesada en el tema.

Deberá constituirse un equipo interdisciplinario que atienda su caso y brinde el apoyo psicológico y social necesario a la menor y a la madre. Los servicios médicos específicos deberán ser brindados por el ISS y corresponde al ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) coordinar el equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un sicoterapeuta y un trabajador social, que deberá acompañar a la menor NN y a su madre en todo este proceso

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.- DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI)

Si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. En efecto, "la primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo". Por ello esta Corte ha señalado que del "principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud." Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso

La Carta está fundada en el respeto de la dignidad humana y la autonomía de la persona (CP Art. 1º), pero también en la protección de la vida y la salud, como valores del ordenamiento (CP arts 2 y 46), por lo cual esta Corte ha señalado que nuestro ordenamiento no es neutro frente a la vida y a la salud sino que claramente favorece la preservación de estos bienes, por lo cual el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas, con el fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí mismo. En tales condiciones, si un paciente toma una determinación médica que es favorable a su salud y a su vida, es natural que no se exija un consentimiento y autonomía cualificados, por cuanto no sólo no se afectan esos valores del ordenamiento -la vida y la salud- sino por cuanto se puede presumir que la decisión de la persona fue libre, ya que es razonable suponer que la mayoría de las personas aprecian esos bienes y quieren protegerlos. Por el contrario, si conforme a las reglas aceptadas de la experiencia médica, la decisión sanitaria del paciente es riesgosa para su salud y su vida, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor de la persona y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales casos, es válido que el equipo sanitario verifique con mayor rigor la libertad de la decisión del paciente, en el entendido de que, si la persona, de manera competente y autónoma, de todos modos asume los riesgos de aceptar o rechazar el tratamiento, esa opción debe ser respetada, incluso si tal determinación llega a poner en peligro su vida. La exigencia de este "consentimiento cualificado" en esos eventos opera entonces como una "medida de protección", cuya legitimidad esta Corporación había admitido en condiciones muy precisas, que se cumplen en estos casos, ya que simplemente se trata de poner "a prueba la autenticidad de la decisión de una persona de asumir un determinado riesgo", a fin de que sólo terminen enfrentando efectivamente los peligros las personas que verdaderamente querían hacerlo.

Conforme al anterior razonamiento, si son ciertos los supuestos del paradigma médico hoy dominante, entonces parece ajustarse a la Carta que los padres de un infante, con ambigüedad genetal y de muy corta edad, puedan, luego de que un equipo médico interdisciplinario haya asignado un determinado sexo al menor, autorizar las

intervenciones quirúrgicas y hormonales para adecuar la apariencia de sus genitales a ese género. Por ende, en el presente caso una conclusión parece imponerse: la Corte debería permitir que la madre, quien es la titular única de la patria potestad de la peticionaria, autorice que se adelanten las intervenciones hormonales y quirúrgicas para NN recomendadas por los médicos tratantes del ISS.

La anterior conclusión plantea empero dos objeciones, por lo cual no puede ser adoptada de manera simple: de un lado, en el presente caso, la menor tiene ya varios años de vida, lo cual modifica de manera importante el anterior análisis. En efecto, el presupuesto de la urgencia de las intervenciones quirúrgicas es que, según el enfoque dominante, basado en las tesis de Money, las cirugías deben realizarse antes de los dos años, que es el período crítico de la formación de la identidad de género de los niños. Y a esa escasa edad, la autodeterminación del menor es casi nula, lo cual aumenta la legitimidad de la autorización sustituta por los padres. Sin embargo, la niña NN tiene más de ocho años, por lo cual ha superado ampliamente el umbral del período crítico, lo cual reduce notablemente la urgencia de esas intervenciones médicas. Es más, incluso su situación parece cuestionar la necesidad de una operación inmediata pues, a pesar de la falta de intervención quirúrgica, la menor parece haber desarrollado una importante identificación de género y, según los datos de la historia clínica, no muestra ningún problema de adaptación psicológica o social. Finalmente, a esa edad la infante ya posee una mayor autonomía, que merece entonces una protección constitucional más rigurosa, puesto que, como ya se indicó en esta sentencia (Ver supra Fundamento No 26), esta Corte tiene bien establecido que entre más claras sean las facultades de autodeterminación del menor, mayor será la protección constitucional a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP Art. 16) y menores las posibilidades de interferencia ajena sobre sus decisiones que no afectan derechos de terceros. Por consiguiente, incluso si el actual paradigma médico fuera incontrovertible, estos tres aspectos deben ser tomados en cuenta para determinar si es o no constitucionalmente legítimo que la madre autorice, en nombre de su hija, estas intervenciones médicas, que como se ha dicho, son irreversibles e invasivas.

La calificación de estos tratamientos como procedimientos invasivos y riesgosos tiene consecuencias jurídicas trascendentales sobre la legitimidad del consentimiento sustituto de los padres de la menor. En efecto, como se vio en el fundamento jurídico No 12 de esta sentencia, la necesidad de consentimiento informado es todavía más importante en el caso de prácticas médicas invasivas y riesgosas, pues esa autorización es la única forma de proteger la dignidad de los pacientes. Esta exigencia especial resulta perfectamente acorde con la Constitución puesto que, como esta Corte lo ha señalado en numerosas oportunidades, los niños no son propiedad de sus padres sino que tienen una individualidad y dignidad propias, y constituyen una autonomía en desarrollo. Los derechos de los padres sobre sus hijos tienen entonces como único fundamento la protección de los intereses superiores del menor, a fin de que éste logre desarrollarse como persona autónoma. El artículo 18 de la Convención sobre los

derechos del niño, aprobada y ratificada por Colombia, establece que si bien incumbe “a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”, lo cierto es que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño.” Por ende, los padres no pueden someter a sus hijos a cirugías y tratamientos riesgosos, de los cuáles no se derive un beneficio directo para la salud del infante, por cuanto tal decisión afecta el interés superior del menor.

69- Una conclusión parece entonces desprenderse del examen precedente: la madre de la menor XX no puede autorizar que su hija sea sometida a operaciones o tratamientos hormonales destinados a remodelar la apariencia de sus genitales, por cuanto se trata de procedimientos que, para este caso, no es claro que sean urgentes, y por el contrario existen evidencias de que son riesgosos y muy invasivos. Esas terapias serían entonces, en este momento, contrarias tanto al principio de beneficencia como al de autonomía, por lo cual el consentimiento sustituto materno no parece constitucionalmente admisible.

B.- DOCTRINA GENERAL

En sociedades fundadas en la inviolabilidad, dignidad y autonomía de las personas (CP Art. 1 y 16), toda intervención en el cuerpo de un individuo debe en principio contar con la autorización del propio afectado (principio de autonomía).

La práctica médica se encuentra sometida a varios principios esenciales, que tienen no sólo una evidente base constitucional sino también un claro fundamento en las normas internacionales de derechos humanos: los principios de benevolencia y de no maleficencia, englobados en muchas ocasiones bajo la denominación genérica de principio de beneficencia, que encuentran sustento constitucional en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas (CP Art. 49), imperativo que adquiere especial trascendencia en el caso de los menores (CP Art. 44). De otro lado, el principio utilitario, que se enmarca en el deber del Estado de proteger el interés general, contribuir al bienestar de la población (CP arts 1º y 2º) y estimular el mejoramiento de la técnica y la libre investigación científica (CP arts 70 y 71). En tercer término, el principio de justicia, que es una expresión específica del derecho de igualdad en el campo de la salud (CP arts 13 y 49). Y, finalmente, el principio de permiso o de autonomía, que deriva del reconocimiento de la dignidad, la inviolabilidad y la libertad de todas las personas (CP arts 1º, 12 y 16).

La “información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio”, por lo cual es “un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes”. Por consiguiente, “la obligación de informar al paciente, considerada como principio adscrito constitucionalmente al principio de la

protección de la autonomía (C.P. arts. 16 y 28) no debe ser apreciada con independencia de otros valores que participan en la relación médica, tales como la finalidad curativa de la medicina (Ley 23 de 1991 Art. 1), la dignidad y autonomía de la profesión médica (C.P. arts. 16, 25 y 26)

C.- DEFINICIONES DOGMATICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Principio de autonomía

Toda intervención médica debe contar con el consentimiento informado del paciente, quien puede entonces rehusarse incluso a determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con su más importantes proyectos y convicciones personales

Así, si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. En efecto, "la primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo". Por ello esta Corte ha señalado que del "principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud. "

Las características del consentimiento informado. Como es obvio, no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. Esto significa, en primer término, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento.

Por ello, en segundo término, la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Esto implica, tal y como esta Corte ya lo había señalado en anteriores ocasiones que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin

de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica. Por ello esta Corporación ha señalado que el paciente tiene derecho a que de manera anticipada, el equipo médico le indique “los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

Finalmente, el paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad personal

Los riesgos y la necesidad misma de los tratamientos son también relevantes en el rigor del deber médico de obtener un consentimiento informado de parte del paciente. Así, si una intervención es poco riesgosa y altamente benéfica para la persona, en general los ordenamientos jurídicos, la literatura bioética y las asociaciones médicas coinciden en que las reglas para la autorización por parte del paciente son menos severas; por el contrario, si la intervención es riesgosa y sus posibilidades de provecho al paciente son bajas, es natural que se exija un consentimiento mucho más cualificado y cuidadoso de parte del paciente para autorizar la intervención médica, por lo cual, en tales eventos, el equipo sanitario debe ser mucho más escrupuloso en suministrar toda la información relevante y en evaluar la propia autonomía de la persona.

Consentimiento Informado en menores

En efecto, los niños en general no gozan de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado a muchos tratamientos médicos, pero son titulares del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, derechos que prevalecen sobre aquellos de los demás (CP Art. 44), por lo cual estas personas deben ser especialmente protegidas de las enfermedades y accidentes por su familia, por la sociedad y por el Estado. Al respecto, la Carta confiere carácter fundamental al derecho a la salud de los niños, tal y como esta Corte lo ha señalado anteriormente⁵⁶. Por consiguiente, en general es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que los niños aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen la capacidad jurídica ni la autonomía suficientes para consentir, otros deben y pueden

⁵⁶ Ver, por ejemplo, sentencia T-075 de 1996 y SU-642 de 1998.

hacerlo en su nombre (consentimiento sustituto), a fin de que sus intereses no queden a la deriva.

La Corte precisó que estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe directamente consentir el tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio de beneficencia, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos. Con todo, la Corte ha precisado que existen tres criterios centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente.

D.- PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB-REGLAS”:

Así, si bien existe una literatura médica importante y extensa sobre la ambigüedad sexual o genital, por el contrario la doctrina jurídica o la literatura bioética no han abordado sistemáticamente el asunto. Por ejemplo, hasta donde pudo estudiar esta Corporación, no existen precedentes jurisprudenciales en Colombia, ni en otros países, ni en instancias internacionales de derechos humanos, sobre los problemas jurídicos que plantea el tema del consentimiento en los casos de intersexualidad o hermafroditismo en menores, pues las decisiones judiciales que han desarrollado el derecho a la identidad sexual han estado vinculadas a otras situaciones diferentes, como las relativas al homosexualismo y al transexualismo.

En ese mismo orden de ideas, ni la doctrina jurídica, ni la bioética, han abordado el tema de manera sistemática, pues hasta hace muy poco tiempo, se consideraba que estas intervenciones médicas, si bien presentaban dificultades técnicas y científicas muy grandes, por el contrario no parecían suscitar ningún problema moral o constitucional. Algunos ejemplos ilustran lo anterior: en su conocido manual de bioética, Elio Sgreccia dedica un largo capítulo al examen de los aspectos éticos de la modificación del sexo, pero su análisis se contrae exclusivamente al fenómeno del transexualismo pues considera que "el problema es bastante simple cuando se trata de sujetos que revelan formas de anomalías y ambigüedades en el plano físico por la presencia simultánea de elementos anatómicos de ambos sexos (hermafroditismo y pseudohermafroditismo). **En este caso la intervención quirúrgica nunca ha planteado problemas serios.** (subrayas no originales) “La posición de numerosas asociaciones médicas es similar pues regulan de manera muy detallada los requisitos para que un transexual pueda obtener una intervención hormonal y quirúrgica para

cambiar de sexo, pero en general excluyen expresamente de esas normas la readecuación de los genitales de los niños hermafroditas, a las cuales consideran “prácticas médicas comunes”. Por ello, como bien lo señala Alice Dreger, experta en la historia de este tema, el tratamiento médico de las personas nacidas con estados intersexuales ha sido prácticamente ignorado por la discusión ética.

Este relativo consenso médico y bioético sólo parece haberse roto hace algunos pocos años, debido en gran medida a las protestas cada vez mayores de personas que fueron sometidas a esos tratamientos cuando eran menores, y que hoy consideran que fueron mutiladas sexualmente sin su consentimiento. Estas críticas encuentran sus voceros más activos en ISNA y en otras asociaciones nacionales e internacionales de personas intersexuales, pero no se limitan a este ámbito, pues han provocado una reciente pero creciente literatura académica en contra de los actuales tratamientos médicos a la intersexualidad. Así, como lo muestran las pruebas incorporadas al expediente, en los últimos meses han aparecido o se encuentran en prensa, trabajos de historiadores de la ciencia, de filósofos éticos, de psicólogos o de pediatras urólogos que cuestionan severamente la falta de consentimiento informado en los tratamientos quirúrgicos y hormonales a los infantes con ambigüedad sexual.

La Corte debe entonces tomar su decisión en un momento en el cual, si bien sigue existiendo un amplio consenso médico sobre la utilidad y urgencia de los actuales tratamientos, sin embargo también se presentan objeciones muy importantes y serias a ese paradigma. Además, estas críticas no pueden ser ignoradas en el presente debate constitucional, por cuanto no se refieren a la eventual superioridad de una técnica sobre otra para enfrentar un problema médico -debate científico que obviamente no le corresponde definir a los jueces- sino que precisamente se centran en el asunto jurídico esencial a ser resuelto: los alcances y los límites del consentimiento informado en relación con estos tratamientos.

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La prevalencia del principio de autonomía, y el consecuente deber médico de obtener un consentimiento informado, no constituyen, sin embargo, una regla de aplicación mecánica y absoluta en todos los casos, por cuanto este deber del equipo sanitario puede colisionar, en ciertos eventos, con otros valores que tienen también sustento constitucional y que pueden adquirir en la situación concreta un mayor peso normativo. Así, como es obvio, en una emergencia, y en especial **si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte, es natural que los médicos actúen en función exclusiva del principio de beneficencia** y adelanten los tratamientos necesarios para salvar la existencia o la integridad física del paciente, por cuanto es razonable presumir que la mayor parte de las personas desean salvaguardar su vida y salud, y la espera para la obtención de un consentimiento informado podría tener consecuencias catastróficas para el propio paciente

La Corte Constitucional, ni en general el derecho ni los jueces, deberían intervenir en las decisiones relativas al tratamiento de la ambigüedad sexual, cuya dinámica y evolución deberían ser dejadas exclusivamente a la autorregulación de la comunidad médica, por tratarse de problemas técnicos, que serán resueltos por los adelantos investigativos en este campo. La Corte no puede compartir esa argumentación. Así, es cierto que en principio deben evitarse al máximo las interferencias jurídicas y estatales en las discusiones científicas y en la evolución de la técnica, las cuales deben ser lo más libres posible, no sólo para amparar la libertad de pensamiento sino también para potenciar la propia eficacia de las investigaciones científicas y estimular así el progreso del conocimiento (CP arts 20, 70 y 71). Sin embargo, en la medida en que las investigaciones biológicas y las prácticas médicas recaen sobre seres vivos, y en especial sobre personas, es obvio que si bien pueden ser benéficas para el paciente, también pueden ser dañinas y deben por ende estar sometidas a controles para proteger la inviolabilidad y la dignidad de las personas. Además, después de la Segunda Guerra Mundial, y en especial de Auschwitz, la ciencia en general, y la ciencia médica en particular, no pueden ser consideradas impermeables a la ética ni al derecho, como lo muestra la propia expedición, por el Tribunal de Nuremberg, del llamado Código de Nuremberg, que establece una reglas mínimas aplicables en toda investigación sobre seres humanos.

Los padres y tutores pueden entonces tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional⁵⁷. El menor, ha dicho la Corte, “está bajo el **cuidado** de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos”.

24.- DOCTRINA ADICIONAL

Adicionalmente, la Corte reconoce que en el presente caso, la decisión e investigación tuvo que limitarse al caso concreto; sin embargo, la Corte reitera que la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas. Los estados intersexuales interpelan entonces nuestra capacidad de tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia. Las autoridades públicas, la comunidad médica y los ciudadanos en general tenemos pues el deber de abrir un espacio a estas personas, hasta ahora silenciadas.

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO Ninguno

⁵⁷ Ver sentencia T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero.

26.- TESIS DE LA ACLARACION DE VOTO: Ninguno

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA

La Corte Constitucional plantea en este caso ciertos parámetros para analizar el problema del Consentimiento Informado del Paciente en el caso de menores que deben ser sometidos a procedimientos que pueden tener un gran impacto psicológico en la vida del menor. El problema planteado es claro, el menor es titular de derechos como cualquier persona y estos derechos deben ser protegidos por la sociedad. Sin embargo, el tema es de gran importancia, por cuanto se “desconoce” la autonomía del menor por no ser capaz de dar su consentimiento. Ante esta situación los titulares de la patria potestad deciden por el menor y suplirán su consentimiento, hasta tanto sea capaz.

Establece la Corte con gran acierto una línea que determina que no son aplicables los principios de beneficencia superados y revaluados dándole paso a la autonomía del paciente en la decisión que tome para someterse a determinado procedimiento. Sin embargo en este caso en concreto, manifiesta que el menor no deberá ser operado por cuanto esto causaría un gran impacto psicológico que genere consecuencias negativas en el desarrollo del menor y que afecte su dignidad humana. Acoge así pues la teoría de causar el menor mal frente a dos males.

Si la vida del menor corre peligro, se aplica el concepto paternalista, mediante el cual el galeno debería realizar todos los procedimientos posibles para salvar la vida del menor, el consentimiento en este caso no es necesario y de todas maneras los padres tienen autonomía para decidir sobre la vida de su hijo.

No obstante, el gran avance de la Corte en estos casos, falta sentar una posición más general en cuanto al consentimiento informado del paciente. Se deja abierta la discusión ética-jurídica frente a otras clases de procedimientos, verbi gracia el consentimiento informado del paciente en investigación o experimentación.

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1.- TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

AL () E () LAT () LE () OP () RE () SU () T (x)

2.- NÚMERO DE SENTENCIA: C () SU () T (x) 692

3.- FECHA DE LA SENTENCIA: 16-09-99

4.- MAGISTRADO PONENTE: Carlos Gaviria Díaz

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA: Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Álvaro Tafur Galvis

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración

8.- VOTACIÓN: 3-0

9.- ACTOR O ACCIONANTE: La madre de la menor impúber N.N., quien actúa a nombre de su hija

10.- CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x) PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí () No (x)

12.- INTERVINIENTES: Ninguno

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: Sí () No (x)

14.- AUDIENCIA PÚBLICA: Sí () No (x).

15.- OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: Ninguna

16.- TEMAS: DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Supresión de identificación del menor y progenitor en asunto de sexualidad humana, EXPEDIENTE DE TUTELA-Reserva absoluta para el caso, PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO-Armonización con intimidad del menor y familia, SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Supresión identificación del menor y progenitor, HERMAFRODITISMO-Periodo de transición normativa y cultural, TRATAMIENTO MEDICO-Debe contar con permiso del paciente salvo casos de

urgencia o situaciones asimilables, CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE-Debe ser libre y la decisión informada, CONSENTIMIENTO CUALIFICADO DEL PACIENTE-Terapia muy invasiva o riesgosa para la salud y vida TRATAMIENTO MEDICO DEL NIÑO O INCAPAZ-Alcance de la validez del permiso parental, CONSENTIMIENTO SUSTITUTO EN TRATAMIENTO MEDICO DEL NIÑO O INCAPAZ-Factores a tener en cuenta para evaluación de validez, DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR-Regla de cierre en favor de privacidad de hogares ESTADOS INTERSEXUALES Y AMBIGÜEDAD GENITAL DE INFANTE-Alcance AMBIGÜEDAD GENITAL-Legitimidad del consentimiento de padres por amenazas graves a salud física o vida IDENTIDAD SEXUAL-Cirugías y suministro de hormonas para remodelar genitales son tratamientos invasivos CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO DEL PACIENTE-Intervenciones hormonales y quirúrgicas TRATAMIENTO MEDICO A NIÑO HERMAFRODITA-Tensión entre principios de beneficencia y autonomía ESTADOS INTERSEXUALES-Riesgos, CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO Y PERSISTENTE DE LOS PADRES-Requisito constitucional esencial para todo tratamiento médico, DERECHO A LA VIDA-Retraso en autorización de cirugías

17.- NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Ninguna

18.- DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONIDAD: No hubo porque es una acción de tutela.

19.- HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

La señora NN presenta acción de tutela en nombre de su hija de dos años de edad, por cuanto estima que la omisión del Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.) de practicar una cirugía a la menor, está afectando sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. La pequeña cuenta con dos años de edad y al nacer le diagnosticaron ambigüedad genital y le pronosticaron una operación de remodelación de sus genitales externos más una ureterocistoscopia. Sin embargo, al momento de presentar la demanda de tutela, el I.S.S. no había autorizado la cirugía, por falta de presupuesto. La madre solicita entonces que se tutelen los derechos fundamentales de su hija, y que por consiguiente se ordene al I.S.S. que autorice y realice la cirugía programada lo antes posible, y que se suministre a la menor todo el tratamiento y los medicamentos que sean necesarios para su efectiva recuperación

20.- DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA: C (x) NC () CP ()

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Ninguna

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.- DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

La operación ya fue ordenada por la sentencia de primera instancia, consultada la madre de la menor, informó que la cirugía aún no se ha llevado a cabo, y es preciso entonces insistirle a los padres de la menor NN que pueden autorizar la cirugía, por cuanto la niña tiene dos años de edad, esto es, no ha superado el umbral a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto. La sentencia SU-337 de 1999 concluyó que en niños menores de cinco años, el permiso paterno era legítimo, pero siempre y cuando se tratara de un "consentimiento cualificado y persistente", por lo cual resulta ineludible precisar el alcance de ese concepto.

B.- DOCTRINA GENERAL:

La Corte consideró que era menester conciliar el respeto a la privacidad familiar con el cuidado preferente que merecen los niños, cuyos derechos son prevalentes (CP Art. 44), y la protección especial que la Constitución prevé para los hermafroditas, como minoría aislada y estigmatizada (CP Art. 13).

C.- DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Corte ha dicho que un consentimiento médico válido supone que quien decide debe tener la oportunidad de conocer todos los datos que sean relevantes para comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Y si el consentimiento sustituto paterno en estos casos debe ser cualificado, esto significa que los padres sólo pueden tomar la decisión después de haber comprendido las posibilidades, límites y riesgos de los actuales tratamientos, lo cual implica el correspondiente deber médico de procurarles una información depurada sobre el actual debate suscitado por esas intervenciones.

D.- PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O "SUB-REGLAS SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Por lo tanto, una vez que esta sentencia confirme la decisión revisada, ordenará igualmente al juez de tutela, que compruebe, en el evento en que la operación no se haya hecho aún, si la autorización paterna reúne esas características de "consentimiento informado cualificado y persistente", pues de no ser así, el permiso sustituto no se adecua a la Carta, y mal puede ordenarse por vía judicial la práctica

de una intervención médica que no cuente con un consentimiento informado válido, que es requisito constitucional esencial para todo tratamiento médico. Debe entenderse que no se podía exigir de los médicos tratantes, ni del juez que decidió el caso en el momento en que lo hizo, el conocimiento de una doctrina constitucional que aún no había sido fijada.

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: No hubo

24.- DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM): No hubo

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO: No hubo salvamento

26.- TESIS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO: No hubo aclaración

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

La Corte Constitucional reitera los argumentos expresados en la sentencia SU 337 de 1999, aunque la decisión en este caso es diferente por cuanto tutela los derechos a la salud. Acoge adicionalmente argumentos de otra jurisprudencia para emitir su fallo y tutelar de la manera más efectiva los derechos de la menor.

El resultado de la comparación jurisprudencial nos conduce a determinar que los puntos sobre los cuales verse el consentimiento pueden variar según el caso y debe existir una línea general que abarque los puntos más sobresalientes y coyunturales del caso.

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1.- TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

AL () E () LAT () LE () OP () RE () SU () T (x)

2.- NÚMERO DE SENTENCIA: C () SU () T (x) 1657

3.- FECHA DE LA SENTENCIA: 30-11-00

4.- MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA: Alfredo Beltrán Sierra, Maria Victoria Sachica Moncaleano, Carlos Gaviria Díaz

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento de voto

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración de voto

8.- VOTACIÓN: 3 - 0

9.- ACTOR O ACCIONANTE: Rocío Chica de Molina

10.- CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x) PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí () No (x)

12.- INTERVINIENTES: Ninguno

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: Sí () No (x)

14.- AUDIENCIA PÚBLICA: Sí () No (x).

15.- OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: Ninguna

16.- TEMAS: Consentimiento Informado del Paciente

17.- NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Ninguna

18.- DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E () IE () EC () IP ()

19.- HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

La accionante actúa en nombre y representación de su cónyuge, y señala que fue operado por la entidad demandada, el día 25 de junio de 1999, de cáncer de garganta (vaciamiento de cuello). El cirujano que lo intervino, le informó que el mejor tratamiento para recuperar la voz, era el implante de la válvula Bloon Singer, tratamiento que sólo se realiza en la ciudad de Medellín, por profesional que no es médico de Coomeva. Al solicitar el tratamiento, Coomeva, le informó, en forma verbal, que se autorizaría no el implante de la válvula, sino la laringe electrónica. Sin embargo, con posterioridad, se le dijo que no se accedería a ninguno de los dos tratamientos, por no estar incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud.

En consecuencia, la accionante pide que se ordene a Coomeva que proceda a efectuarle a su cónyuge el tratamiento de implante de válvula traqueosafágica Bloon Singer, lo que le permitirá recuperar el 80% de la calidad de voz.

20.- DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA: C () NC (x) CP () TC ().

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Ninguna

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.- DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

En el presente caso, la accionante acudió directamente a solicitar al juez de tutela que ordene a Coomeva E.P.S. que le realice a su cónyuge el implante de una válvula traqueosafágica Bloon Siger. Sin embargo, no obra en el expediente prueba de que el interesado directo en el implante se encuentre incapacitado para incoar esta acción de tutela, ni la actora manifestó que esta circunstancia ocurra.

De la enfermedad que padece o padeció el actor no es posible deducir su incapacidad. Por lo que el juez de tutela no puede, en forma mecánica, considerar que tal incapacidad existe. Además, en el caso bajo estudio, lo pedido : el implante de una válvula, no es asunto de poca monta, en que no resulte relevante el consentimiento del titular del derecho. Obsérvese que se trata de una intervención quirúrgica, que implica una cirugía, es decir, que requiere del consentimiento informado del paciente, y, como lo ha sostenido esta Corporación, no existe para quien padece de una enfermedad grave, la obligación de tratarse médicamente (sentencia T-493 de 1993, M.P., doctor Antonio Barrera Carbonell). Principio reiterado en la sentencia C-221 de 1994, M.P., doctor Carlos Gaviria Díaz.

B.- DOCTRINA GENERAL:

“El artículo 10 del decreto 2591 de 1991, sobre la legitimidad e interés en la acción de tutela, dice :

“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

“También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

”En relación con la legitimidad la acción de tutela, la Corte, en auto 014 de 1997, señaló la importancia que tiene que sea el titular de los derechos el que promueva la defensa de los mismos, tal como lo prevén la Constitución y la ley, y que sólo, excepcionalmente, se admita incoar la acción a través de un agente oficioso. Pues volver regla general lo que es excepcional, en este caso, significa que la opinión del interesado es irrelevante, lo que riñe con los principios constitucionales de la dignidad humana. Puede presentarse, como hecho perfectamente plausible, que el supuesto interesado no quiera que otra persona sea quien decida que se deben proteger sus derechos, derechos que no está interesado en que sean protegidos.

Se dijo en el auto mencionado : “la acción está prevista para que se pueda instaurar por la propia persona a la que presumiblemente se le está vulnerando un derecho fundamental. Y que el hecho de hacerlo lleva implícita su conformidad de poner en funcionamiento el aparato judicial, iniciando el proceso directamente o a través de apoderado ; excepcionalmente, se podrá hacer por parte de un agente oficioso, pero bajo las circunstancias anotadas en el artículo 10 citado. Es decir, que la regla general es que el interesado conoce y acepta que se va iniciar una acción de tutela. Pues, perfectamente puede suceder que el supuesto interesado en la protección de un derecho fundamental, no quiera que se inicie esta clase de acción.” (Auto 014 de 1997, M.P., doctor Jorge Arango Mejía) (Se subraya)

En el mismo sentido, la Corte señaló en la sentencia T-277 de 1997, lo siguiente : “Tales previsiones [del artículo 10 del dcto. 2591 de 1991] tienen sentido por cuanto, de una parte, se trata de brindar efectiva protección a los derechos fundamentales, lejos de los formalismos y las exigencias de trámite, y puede darse el caso de alguien actualmente afectado o amenazado que, por la situación en que se encuentra, no pueda acudir directamente al juez, y por otro lado, el sistema jurídico no debe propiciar que se tome o aproveche el nombre de otro, sin ninguna clase de advertencias, para provocar decisiones judiciales con intereses reales distintos o contra la voluntad del verdadero titular de los derechos que se invocan. Se concilian los dos objetivos constitucionales mediante la posibilidad de la agencia oficiosa, siempre que se advierta al juez de manera expresa acerca de las circunstancias del caso. (sentencia T-277 de 1997, M.P., doctor José Gregorio Hernández Galindo) (se subraya)

También, resulta oportuno mencionar que en la sentencia T-315 del año 2000, la Corte dijo que en cada caso, le corresponde al juez de tutela ponderar las circunstancias que originaron la presentación de la acción de tutela por agente oficioso. Y que, en tal evento, se debe explicar y probar por qué no acudió el interesado en defensa de sus derechos.

C.- DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL: Ninguna

D.- PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB-REGLAS”:

La Corte Constitucional modifica el fallo de segunda instancia en cuanto al concepto paternalista que esta revaluado y mediante el sistema la sub regla de reiteración jurisprudencial, acoge los conceptos del Consentimiento Informado en otras jurisprudencias.

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: Ninguna

24.- DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM): Ninguna

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO: Ninguna

26.- TESIS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO: Ninguna

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

Es claro el planteamiento de la Corte en cuanto al Consentimiento Informado del Paciente, en este caso no puede considerarse que se este vulnerando este derecho por cuanto lo que se somete a discusión es la necesidad de un determinado procedimiento medico al cual quería someterse el paciente. Adicionalmente y conforme lo establece la Corte no existe legitimidad de la cónyuge para iniciar esta acción.

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1.- TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

AL () E () LAT () LE () OP () RE () SU () T (x)

2.- NÚMERO DE SENTENCIA: C () SU () T (x) 1390

3.- FECHA DE LA SENTENCIA: 12-10-00

4.- MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alejandro Martínez Caballero

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARÓN LA SALA: Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Cristina Pardo Schlesinger.

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARÓN EL VOTO: No hubo salvamento.

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARÓN EL VOTO: No hubo aclaración.

8.- VOTACIÓN: 3-0

9.- ACTOR O ACCIONANTE: La señora NN, en nombre de su hijo menor YY

10.- CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x) PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí () No (x)

12.- INTERVINIENTES: Ninguno

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: Sí () No(x)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: Sí () No (x).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: Ninguna

16. TEMAS:

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO-Armonización con la intimidad del menor y de su familia, SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Supresión identificación del menor y progenitor, EXPEDIENTE DE TUTELA-Absoluta reserva para el caso, AMBIGUEDAD GENITAL-Legitimidad del consentimiento sustituto

paterno, AMBIGUEDAD GENITAL-Complejidad del asunto, TRATAMIENTO MEDICO DEL NIÑO O INCAPAZ-Alcance de la validez del permiso parental, CONSENTIMIENTO SUSTITUTO EN TRATAMIENTO MEDICO DEL NIÑO O INCAPAZ-Factores a tener en cuenta para evaluación de validez, DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR-Regla de cierre, ESTADOS INTERSEXUALES Y AMBIGUEDAD GENITAL DEL INFANTE-Alcance, IDENTIDAD SEXUAL-Cirugías y suministro de hormonas para remodelar genitales son tratamientos invasivos, CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO Y PERSISTENTE DE LOS PADRES-Alcance respecto a remodelación de genitales de hijos por ambigüedad sexual, CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Alcance, CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO Y PERSISTENTE DE LOS PADRES-Protocolos médicos, COMUNIDAD MEDICA-Desarrollo de protocolos, CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO Y PERSISTENTE DE LOS PADRES-Debe darse por escrito, PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de medicamentos y tratamientos excluidos, PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Repetición contra el FOSYGA.

17.- NORMA OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO: Ninguna

18.- DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E () IE () EC () IP ()

19.- HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

La peticionaria es cotizante del Seguro Social desde hace varios años y su hijo, de pocos meses de edad, es beneficiario de esa misma EPS. La peticionaria interpone entonces acción de tutela ante el Juzgado ZZ, para que el ISS le suministre unos exámenes y servicios médicos, que considera que son urgentes, debido a que el menor nació con hipospadia, y la última vez que consultó al pediatra, éste ordenó unos soportes diagnósticos, que no han sido practicados con la suficiente diligencia por el Seguro Social. Así, dice la actora que el pediatra ordenó un “examen de Cistouretrografía Miccional, Genitografía, Ecografía pélvica y Suprarrenal y 17 OH progesterona para descartar malformaciones uretrales de carácter urgente”. Sin embargo, explica la peticionaria, en el centro de atención de Campo Valdés demoraron el trámite de esas órdenes, “perjudicando a mi bebe por cuanto el requiere que le hagan los exámenes lo más rápido posible para evaluar genitales internos y determinar el sexo”.

Por todo ello, la actora solicita que el juez tutele los derechos fundamentales de su hijo y ordene a la EPS SEGURO SOCIAL que de inmediato le “realicen los exámenes prescritos en las órdenes medicas que anexo y se le brinde la atención integral en salud tanto médica, hospitalaria, diagnostica, quirúrgica y terapéutica que requiera hasta que recupere la salud”. Para sustentar sus afirmaciones, la demandante adjunta entonces fotocopia de su cédula, del carné de afiliación y de las correspondientes órdenes médicas.

20.- DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA: C (x) NC () CP () TC ().

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA:

La sentencia ordenó al ISS realizar los exámenes “de CISTOURETROGRAFIA MICCIONAL, GENITOGRAFIA, EOCGRAFIA PELVICA Y SUPRARRENAL 17 OH PROGESTERONA, que requiere el pequeño, los cuáles deberán hacerse en un término máximo de 30 días contados a partir de la emisión de las respectivas órdenes, teniendo además la obligación de suministrarle el tratamiento médico, hospitalario, quirúrgico, terapéutico, medicamentos y demás exámenes derivados de los resultados obtenidos, en pro de su normal desarrollo, bienestar y calidad de vida”. Igualmente, según la sentencia, “una vez quede establecido médicamente el sexo del menor, previa práctica de los exámenes e intervenciones necesarias, expedirá la entidad demandada una certificación al respecto, y en caso de quedarle definitivamente el órgano sexual femenino, se harán las correspondientes modificaciones en el certificado de nacimiento, y a su vez este despacho oficiará a la notaría (...) para que se corrija el registro civil de nacimiento del menor”.

Igualmente, se ordena a la Seccional del I.S.S. prestarle al menor todos los medicamentos y terapias indispensables para el tratamiento de problemas de ambigüedad genital, incluyendo, en caso de que sea necesario, un apoyo psicoterapéutico.

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.- DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

El presente caso debate un problema complejo de la sexualidad humana, poco conocido por la opinión pública y que podría provocar reacciones sensacionalistas en los medios de comunicación, así como una mal sana curiosidad y rechazo a la menor en el medio social en donde viven. Por ello la Corte ha considerado en casos pasados en donde se discutían asuntos similares, que es preciso tomar medidas para proteger la intimidad y el sosiego familiar del menor y de sus padres, que podrían verse afectados con el desenvolvimiento de esta tutela. Por ello, siguiendo la doctrina sentada en esas sentencias, en la presente providencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación del menor o de sus padres, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de sus médicos tratantes sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Igualmente, y por la misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas por la decisión, esto es, por los padres, los médicos tratantes y el representante del I.S.S. y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad.

(...) atendiendo el principio de publicidad que rige los procesos judiciales, es inevitable publicar la sentencia, pues en ella se reitera una doctrina constitucional fundamental en la materia.

(...) Para evaluar si es válido ese “consentimiento sustituto”, la sentencia reiteró que es necesario tener en cuenta (i) la necesidad y urgencia del tratamiento, (ii) su impacto y riesgos, y (iii) la edad y madurez del menor (...).

(...) los derechos de los niños son prevalentes, por lo cual, debe esta Corte privilegiar la protección de los intereses de estos menores sobre los deseos inmediatos de los padres, pero sin llegar a afectar desproporcionadamente la privacidad familiar, ni someter coactivamente a estas familias a inciertas experimentaciones sociales.

(...) un consentimiento médico válido supone que quien decide debe tener la oportunidad de conocer todos los datos que sean relevantes para comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento (...).

(...) el consentimiento debe ser persistente, los protocolos deben prever que no basta que la autorización sea dada en una sola ocasión sino que se requiere que el permiso sea reiterado, a fin de que los padres tengan el tiempo y la posibilidad de meditar sobre cuál es la mejor opción para su hijo.

B.- DOCTRINA GENERAL:

(...) en una sociedad democrática y pluralista, todo tratamiento médico debe contar con el permiso del paciente, salvo en los casos de urgencia o en situaciones asimilables. Para que este consentimiento sea válido no sólo debe ser libre sino que la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento(...).

(...) los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres: son una libertad en formación, que merece una protección constitucional preferente. (...)

(...) “estados intersexuales” o “hermafroditismos”, que implican una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo, y la “ambigüedad genital”, en donde simplemente la apariencia de los genitales externos no permite fácilmente asignar un sexo al momento del nacimiento. Esa diferencia, señaló la sentencia,

tiene un indudable valor conceptual, puesto que no siempre los estados intersexuales generan ambigüedad genital en el infante. Así, algunas personas tienen un sexo cromosómico masculino (XY) pero son absolutamente insensibles a los andrógenos, por lo cual sus genitales externos y su apariencia general son totalmente femeninos. La intersexualidad no genera en tales síndromes ambigüedad genital.

C.- DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO: En el caso de los menores o de los incapaces, los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos.

IN DUBIO PRO FAMILIA: si el juez, en un caso controvertido, tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares, a fin de que los desplazamientos de los padres por las autoridades estatales sean minimizados.

D.- PRINCIPALES REGLA DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUBREGLAS”:

La Corte concluyó que, mientras no se ofrezcan nuevas evidencias científicas que obliguen a reconsiderar el anterior análisis, a partir de los cinco años, no es constitucionalmente admisible el consentimiento paterno sustituto para la remodelación de los genitales.

Es deber del Estado y de la propia comunidad médica cualificar el consentimiento de los padres en los casos de ambigüedad genital, a fin de que la decisión paterna se fundamente ante todo en los intereses del niño. La Corte considera que en este punto son muy útiles algunas regulaciones normativas así como los protocolos médicos diseñados para que los pacientes decidan si aceptan o no cierto tipos de tratamientos, que pueden ser muy invasivos o riesgosos, sin que sus beneficios sean totalmente claros. En efecto, esos protocolos pretenden precisamente depurar el consentimiento del paciente, para lo cual recurren en general a tres mecanismos: (i) una información detallada, (ii) unas formalidades especiales y (iii) una autorización por etapas.

Corresponderá a la comunidad médica y al Legislador fijar unos plazos prudentes mínimos que permitan todavía adelantar las cirugías, conforme al actual protocolo, pero que confieran a los padres un tiempo de reflexión suficiente para tomar la decisión sobre el futuro de su hijo.

La prudencia indica que el permiso parental debe contar con ciertas formalidades, como darse por escrito, para mostrar la seriedad de la decisión.

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

“(…) en la presente providencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación del menor o de sus padres, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de sus médicos tratantes sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Igualmente, y por la misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas por la decisión, esto es, por los padres, los médicos tratantes y el representante del I.S.S, y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad.

Sin embargo, atendiendo el principio de publicidad que rige los procesos judiciales, es inevitable publicar la sentencia, pues en ella se reitera una doctrina constitucional fundamental en la materia. (...) igualmente proteger la intimidad de la peticionaria y su familia, por lo cual también ordenó la reserva del expediente. Sin embargo, con el fin de divulgar todo el extenso material probatorio y científico que esta Corporación tuvo en cuenta para elaborar su doctrina sobre el consentimiento informado en casos de ambigüedad genital, esa sentencia ordenó copiar todas las pruebas científicas relevantes del proceso, siempre y cuando éstas no permitieran identificar a la peticionaria.(...)”

“(…)¿es o no procedente que, por vía de tutela, el juez constitucional ordene a una entidad de seguridad social, en este caso el ISS, adelantar una cirugía de remodelación de los genitales, la cual ha sido recomendada por los especialistas como esencial para asegurar un desarrollo psicológico y físico satisfactorio de un menor, que presenta una forma de ambigüedad genital? Sin embargo, es indudable que esta Corporación no puede resolver ese problema sin analizar previamente otro asunto que tiene relevancia constitucional, y es el relativo a si es posible o no que los padres autoricen para su hijo una operación de remodelación de sus genitales (...)”

“En el caso de los menores o de los incapaces, la Corte concluyó que los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres: son una libertad en formación, que merece una protección constitucional preferente. (...)”

“...algunas personas tienen un sexo cromosómico masculino (XY) pero son absolutamente insensibles a los andrógenos, por lo cual sus genitales externos y su apariencia general son totalmente femeninas. La intersexualidad no genera en

tales síndromes ambigüedad genital. Igualmente, existen casos, como sucede con los niños con micropenes, en donde en sentido estricto no hay un estado intersexual, pero la apariencia de los genitales no sólo puede provocar dificultad en la asignación del sexo al nacer, sino que, además, los médicos suelen recomendar en estos casos un tratamiento similar al de muchos hermafroditismos. Ahora bien, a pesar de esas diferencias conceptuales, en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares, por lo cual la sentencia concluyó que, para el análisis constitucional, y por economía de lenguaje, no es indispensable distinguir sistemáticamente entre estas distintas condiciones”

“ ... De allí la difícil tensión ética y jurídica que suscitan estos tratamientos, ya que los defensores del actual paradigma consideran que deben adelantarse lo más tempranamente posible, y de manera urgente, para garantizar una identificación de género exitosa y evitar los traumatismos psicológicos y sociales que podrían surgir si la persona crece en la indefinición sexual. Sin embargo, la naturaleza particularmente invasiva de estas intervenciones médicas requiere de un consentimiento cualificado del propio paciente, lo cual sugiere que deberían postergarse hasta que la propia persona pueda decidir. La tensión entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía es entonces evidente (...)”

“... La sentencia consideró que si son ciertos los supuestos del actual paradigma médico, entonces es válido conferir prevalencia al principio de beneficencia, pues las intervenciones médicas resultan necesarias y urgentes, ya que la falta de remodelación de los genitales ambiguos tendría efectos catastróficos sobre la salud psicológica de los menores hermafroditas, debido al rechazo del medio social y de los propios padres, y a los problemas de falta de identidad de género que los genitales ambiguos le ocasionan. El consentimiento paterno sustituto sería entonces admisible. Sin embargo, la Corte indicó que esa conclusión era discutible...”

“...la Corte no puede prohibir las cirugías tempranas a los hermafroditas, pues invade la privacidad familiar y podría estar sometiendo a estas personas a un incierto experimento social; pero tampoco es adecuado que los padres puedan decidir por sus hijos, por cuanto no es claro que su opción se fundamente en los intereses del menor.”

“...El permiso paterno era entonces válido, pero sólo si se trataba de lo que la sentencia denominó un “consentimiento informado cualificado y persistente”, que los médicos deben garantizar y verificar”

“... debe esta Corte privilegiar la protección de los intereses de estos menores sobre los deseos inmediatos de los padres, pero sin llegar a afectar desproporcionadamente la privacidad familiar, ni someter coactivamente a estas familias a inciertas experimentaciones sociales. (...) En ese contexto, la Corte consideró que la única opción que existe es que los padres puedan decidir, con lo

cual se protege la privacidad familiar. Sin embargo, es necesario establecer unos procedimientos que en cierta medida obliguen a los progenitores a tomar en cuenta la situación actual del debate médico, y a reflexionar y decidir teniendo como eje central los intereses reales de los menores. (...)

“Como ya se resaltó, el desarrollo concreto de esos protocolos no corresponde a esta Corte Constitucional, sino a la propia comunidad médica, conforme a las reglas desarrolladas por el Legislador. Pero, conforme al estándar normativo de consentimiento cualificado y persistente, es claro que la autorización parental sustituta, en casos como el presente, debe estar precedida por una información detallada de parte de los equipos médicos...”

24.- DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM): Ninguna

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO: Ninguno

26.- TESIS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO: Ninguno

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

Por tratarse de una materia tan altamente compleja, como lo es la ambigüedad genital, combinada con el consentimiento de quien la padece, considero que la Corte ha actuado acertadamente en su pronunciamiento sobre los siguientes aspectos:

Al concederle prevalencia al principio de beneficencia, en la medida en que las intervenciones médicas resultan necesarias y urgentes, sobretodo, teniendo en cuenta que la falta de remodelación de los genitales ambiguos tendría uno efectos traumáticos y por demás nocivos, sobre la salud sicológica de los menores hermafroditas, porque es evidente que en su condición de no normalidad, estarían sometidos al rechazo del medio social, y por supuesto, a los problemas que la falta de identidad de género que los genitales ambiguos le ocasionan.

Considero un gran acierto el tener por admisible el consentimiento paterno sustituto, aunque la misma Corte aclare que sigue siendo discutible, pero se justifica tal salvedad en vista de que su intención es la protección del menor imponiendo la necesidad de que el permiso paterno esté bajo el marco de un “consentimiento informado cualificado y persistente”, que los médicos deben garantizar y verificar”

Así mismo, la Corte estimó que no puede prohibir las cirugías tempranas a los hermafroditas, por considerar que invade la privacidad familiar y podría estar

sometiendo a estas personas a un cruel experimento social. Por lo tanto, la Corte decidió privilegiar la protección de los intereses de los menores con ambigüedad genetal sobre los deseos inmediatos de los padres, pero sin llegar a afectar desproporcionadamente la privacidad familiar; ante lo cual, en ese contexto, la Corte consideró que la única opción que existe es que los padres puedan decidir, con lo cual se protege la privacidad familiar aunque sea necesario establecer unos procedimientos que en cierta medida obliguen a los padres a tomar en cuenta las diversas posibilidades médicas antes que sus deseos, invitándolos a reflexionar y decidir teniendo siempre presente los intereses reales de los menores.

De otro lado, la Corte también decidió acertadamente, que el desarrollo concreto de los protocolos no corresponde a ella misma, sino a la propia comunidad médica, que deberá a su vez, hacerlo conforme a las reglas determinadas por el Legislador. Disponiendo además, que para tal labor se deben seguir los estándares normativo de consentimiento cualificado y persistente, dejando claro, como también lo debe ser para otras intervenciones quirúrgicas o tratamientos, que la autorización parental sustituta, debe estar precedida por una información detallada de parte de los equipos médicos.

Con esto se ve que la Corte buscó atender y dar solución a todos los frentes del problema, llegando a las decisiones mas favorables para todos los grupos sociales envueltos en el tema, poniendo los marcos y limitaciones necesarias para actuar, pero así mismo, dejando suficiente amplitud dentro de esos marcos para decidir.

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1.- TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:

AL () E () LAT () LE () OP () RE () SU () T (x)

2.- NÚMERO DE SENTENCIA: C () SU () T (x) 597

3.- FECHA DE LA SENTENCIA: 07-06-01

4.- MAGISTRADO PONENTE: Rodrigo Escobar Gil.

5.- MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA: Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Eduardo Montealegre Lynett.

6.- MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento

7.- MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración

8.- VOTACIÓN: 3 – 0

9.- ACTOR O ACCIONANTE: Héctor Oswaldo Murcia Carrillo

10.- CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x) PJ () DP ()

11.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí () No (x)

12.- INTERVINIENTES:

El Ministerio de Salud intervino a través de apoderada, para solicitar que se deniegue el amparo solicitado. En su parecer, el trasplante de médula ósea sí se practica en el país (no se especifica si se trata de un trasplante con donante relacionado o no relacionado, ni si se refieren a la modalidad mieloablative o no mieloablative), y no de manera experimental, sino que “existen las guías y la tecnología apropiada para ello.” Por lo tanto, afirma que es la E.P.S. quien debe cubrir el costo del procedimiento.

Por otra parte, dice que aquella parte que no corresponda pagar a la E.P.S. puede ser solicitada a las respectivas entidades territoriales.

Intervención de la E.P.S. Cafesalud

La representante legal de la E.P.S. Cafesalud, después de hacer un recuento de la normatividad y de la jurisprudencia sobre solicitudes de remisión de pacientes al exterior, solicita al Tribunal conceder la tutela interpuesta, ordenando al Ministerio de Salud evaluar las posibles medidas técnico científicas que se deban tomar en el caso del menor, y en caso de que la medida a adoptar sea la práctica de un procedimiento en el exterior, solicita condenar a la E.P.S. Cafesalud a asumir el costo de un tratamiento similar, en Colombia.

Subsidiariamente, en caso de que el juez de tutela considere que Cafesalud debe asumir el costo de la remisión del paciente al exterior, le solicita que determine el derecho que ésta tiene a exigir el reembolso del costo del tratamiento, descontado el valor de un procedimiento similar, en Colombia, el cual está dispuesta a asumir.

13.- PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: Sí () No(x)

14.- AUDIENCIA PÚBLICA: Sí () No (x).

15.- OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: Ninguna

16.- TEMAS: Derecho A La Salud Del Niño, Principios De Ética Medica, Autonomía Del Paciente, Consentimiento Informado Del Paciente, Principio De Utilidad De Los Procedimientos Médicos Experimentales Y Consentimiento Informado Del Paciente, Principio De Justicia Aplicable A La Ética Medica.

17.- NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Ninguna

18.- DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E () IE () EC () IP

19.- HECHO OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO:

El señor Héctor Oswaldo Murcia Carrillo, solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la integridad física, a la seguridad social y a la niñez, de su hijo menor Sebastián David Murcia Nova, presuntamente vulnerados por Cafesalud E.P.S. y por el Ministerio de Salud, al haberle negado el cubrimiento del costo del tratamiento de trasplante mieloablativo de médula con donante no relacionado en el exterior, formulado por su médico tratante como tratamiento para la leucemia linfoblástica aguda que padece desde 1997.

El padre del menor afirma que se encuentra cotizando dentro del régimen contributivo a la E.P.S. accionada desde julio 1º de 1994 y su hijo está afiliado desde la misma fecha como beneficiario del servicio, dentro del plan obligatorio de salud. El 4 de febrero de 1997 a su hijo Sebastián David, quien actualmente tiene 7 años, le fue diagnosticada leucemia linfoblástica aguda. Permaneció en remisión

completa hasta septiembre de 1998, cuando tuvo una recaída medular. Se cambió el esquema del tratamiento de quimioterapia y se obtuvo una remisión completa en febrero de 2000. Se evaluó la posibilidad de un trasplante de médula ósea con persona relacionada – la hermana del paciente –, pero fue descartada, pues ésta tuvo una compatibilidad de apenas el 50%.

Después de una tercera recaída medular, se internó nuevamente al menor, y se recomendó el **trasplante medular mieloablativo con donante no relacionado**, como única alternativa terapéutica, según concepto del médico tratante. Sin embargo, este procedimiento no se encuentra incluido en el POS, debido a que en el país no se cuenta con la tecnología para realizarlo. Después de la evaluación de un comité técnico científico llevado a cabo por la E.P.S., se les recomendó a los padres del menor la posibilidad de realizarle un procedimiento denominado **trasplante no mieloablativo de médula** en el Hospital San Vicente de Paul de Medellín, el cual fue rechazado por ellos, considerando que se encuentra en “fase experimental y no presenta la validez universal que si (sic) tiene el trasplante de médula ósea con donante no familiar”. En octubre 13 de 2000, el demandante solicitó a Cafesalud la prestación del tratamiento de trasplante mieloablativo de médula con donante no relacionado en el exterior. Sin embargo, mediante comunicación de octubre 30 esta EPS denegó la solicitud, aduciendo estar obligada a prestar únicamente los tratamientos que se realicen dentro del territorio nacional y de acuerdo con la tecnología disponible en el país.

Aduce finalmente el demandante, que es consciente de que “los beneficios del sistema de seguridad social se limitan a lo establecido expresamente por la Ley 100 de 1993.” Así mismo manifiesta reconocer que “los beneficios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud son definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162 de la mencionada ley”. Sin embargo, afirma que, teniendo en cuenta que la consecuencia directa de no practicarle el tratamiento a su hijo sería la muerte, y que la Constitución Política afirma la prevalencia de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de los niños, solicita que el Ministerio de Salud asuma el excedente del costo del tratamiento, en lo que esté por encima del monto que corresponde a la EPS.

20.- DECISIÓN EN MATERIA DE ACCIÓN DE TUTELA: C () NC () CP TC ().

21.- ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA:

ORDENAR a Cafesalud E.P.S., como medida preventiva, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia inicie los trámites necesarios para llevar a cabo la búsqueda de un donante de médula compatible con el menor Sebastián David Murcia Nova.

ORDENAR a la Empresa Promotora de Salud Cafesalud E.P.S. que, dentro de los cinco (5) días corrientes, siguientes a la notificación de la presente Sentencia, deberá conformar un nuevo comité técnico científico con participación del médico

tratante del menor, Dr. Javier Muñoz Narváez, el especialista en trasplantes, Dr. Enrique Pedraza, y un epidemiólogo clínico de reconocida trayectoria quien, previo conocimiento de la historia clínica del menor, deberá presentar un informe acerca de la validez terapéutica de todos los procedimientos presentados a los padres del menor para la curación de la leucemia linfoblástica aguda. Dicho comité deberá presentar con claridad a los padres del menor las diversas alternativas, indicándoles su validez, su eficacia y las posibles implicaciones que tiene cada una.

Una vez efectuado el respectivo comité, y siempre y cuando en el acta conste el concepto favorable y el informe presentado por el epidemiólogo clínico acerca de: (1) la validez del trasplante mieloablativo con donante compatible no relacionado, como alternativa terapéutica, (2) el carácter experimental o contraindicado de los demás procedimientos, así como el concepto favorable del médico tratante y la aprobación de los padres, Cafesalud E.P.S. remitirá copia del acta con el informe del epidemiólogo a esta Sala de Revisión, la cual recibidos los anteriores documentos, **ORDENARA** al Ministerio de Salud que, dentro de los diez (10) días siguientes, sitúe y ponga a disposición los fondos necesarios para que, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga-, se cubra el valor del trasplante mieloablativo con donante compatible no relacionado requerido por el menor Sebastián David Murcia Nova en el exterior, los demás tratamientos, medicamentos para la cura de su enfermedad, los gastos de traslado y otros. Así mismo, el Ministerio de Salud determinará la entidad en el exterior en la cual se le ha de practicar el respectivo procedimiento al menor, de ser procedente. El Ministerio de Salud **INFORMARA** a esta Sala tan pronto como sitúe y ponga los fondos necesarios para el procedimiento que requiere el menor a disposición de la entidad de salud elegida.

De la anterior suma deberá descontarse el valor de un procedimiento equivalente incluido dentro del P.O.S., que corresponde sufragar a Cafesalud E.P.S. Por lo tanto, de confirmarse la procedencia de la remisión al exterior, esta Sala **ORDENARA** a Cafesalud E.P.S. cancelar dicha suma, antes de efectuarse la remisión del paciente, en caso de que el trasplante mieloablativo con donante no relacionado en el exterior sea procedente. Cafesalud **INFORMARA** a esta Sala tan pronto como cancele la suma mencionada.

EXHORTAR al Gobierno Nacional –Ministerio de Salud- y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para que en un término prudencial no superior a los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a expedir la reglamentación del régimen de copago y de las cuotas moderadoras para los procedimientos, prestaciones, tratamientos y medicamentos que estén por fuera del Plan Obligatorio de Salud.

Las partes demandadas darán estricto cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia, tomarán las medidas adecuadas para ello y mantendrán informada de ello a esta Sala de Revisión.

22.- TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A.- DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

La importancia que tiene el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, como principio adscrito a nuestro ordenamiento constitucional, impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento **informado** y **cualificado**. Estos dos elementos, que condicionan el consentimiento del paciente, les imponen a los médicos el deber de informarle y hacerle comprender los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre. El primero de tales elementos, el del consentimiento informado, implica un deber general del médico de permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. El segundo de los elementos, el del consentimiento cualificado, relativiza el del consentimiento informado en función de diversas variables, entre ellas, el carácter experimental del procedimiento que se plantee al paciente.

B.- DOCTRINA GENERAL:

En el sistema constitucional colombiano, la seguridad social tiene una doble naturaleza jurídica. Por un lado es un servicio público esencial, que aunque materialmente puede ser prestado por particulares, debe estar siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado (C.P. artículo 48 inciso 1º), el cual debe ampliar progresivamente su cobertura. Por otra parte, la seguridad social es un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes. La atención en salud es uno de los servicios comprendidos dentro de la seguridad social, que también tiene esta doble naturaleza como derecho y como servicio público. Esta atención en salud garantiza a las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (C.P. artículo 49). En el caso de los niños, tanto la seguridad social, como la salud, son derechos fundamentales que, adicionalmente, prevalecen sobre los de los demás (C.P. Art. 44).

Adicionalmente, de conformidad con la Constitución, y como lo ha sostenido en diversas ocasiones la Corte, la obligación de sostenimiento de los niños está en cabeza de sus padres (Art. 42). Así mismo, el deber de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral está en cabeza de la familia, del Estado y de la sociedad (Art. 44). Estas obligaciones corresponden principalmente a la familia y sólo en la medida en que ésta carezca de los recursos necesarios, el Estado y la sociedad deben hacerse responsables.

C.- DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

PRINCIPIOS DE ETICA MÉDICA- La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a los principios que se encuentran en tensión en la ética médica y ha afirmado que tales principios tienen, además de un fundamento constitucional, un soporte en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ha dicho que entre tales principios están: (1) el deber del médico de contribuir al bienestar de su paciente y de abstenerse de causarle daño –principio de beneficencia-; (2) el principio de utilidad, el cual supone que, para el desarrollo de la ciencia médica son necesarias la investigación y la experimentación, en favor de la población futura; (3) el principio de justicia, que supone una igualdad de acceso de la población a los beneficios de la ciencia; y (4) el principio de autonomía, según el cual el consentimiento del paciente es necesario para poder practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo.

LIMITES DE LA AUTONOMIA DEL PACIENTE Y CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE

La importancia que tiene el principio de autonomía individual del paciente respecto de su cuerpo, como principio adscrito a nuestro ordenamiento constitucional, impone la necesidad de que sus decisiones sean producto de un consentimiento **informado** y **cualificado**. Estos dos elementos, que condicionan el consentimiento del paciente, les imponen a los médicos el deber de informarle y hacerle comprender los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre. El primero de tales elementos, el del consentimiento informado, implica un deber general del médico de permitir que el paciente sea consciente de los beneficios, riesgos y demás implicaciones del procedimiento al que va a ser sometido, así como de las alternativas a dicho tratamiento y sus respectivas implicaciones. El segundo de los elementos, el del consentimiento cualificado, relativiza el del consentimiento informado en función de diversas variables, entre ellas, el carácter experimental del procedimiento que se plantee al paciente.

D.- PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB-REGLAS”:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a los principios que se encuentran en tensión en la ética médica y ha afirmado que tales principios tienen, además de un fundamento constitucional, un soporte en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ha dicho que entre tales principios están:

(1) el deber del médico de contribuir al bienestar de su paciente y de abstenerse de causarle daño –principio de beneficencia-; (2) el principio de utilidad, el cual supone que, para el desarrollo de la ciencia médica son necesarias la investigación y la experimentación, en favor de la población futura; (3) el principio de justicia, que supone una igualdad de acceso de la población a los beneficios de la ciencia; y (4) el principio de autonomía, según el cual el consentimiento del paciente es necesario para poder practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo.

También ha dicho la Corte que en nuestro ordenamiento constitucional prevalece *prima facie* el principio de la autonomía en la relación médico - paciente, aunque ello no implica que su aplicación, o la de cualquier otro principio haga inaplicables los demás, pues la complejidad de este tipo de situaciones hace imposible asignarles a los principios el carácter de reglas susceptibles de ser encuadradas de manera específica y excluyente en una situación fáctica. Por el contrario, en cada caso se debe efectuar una ponderación de estos principios a partir de los hechos, para determinar la medida en que cada uno resulta relevante.

23.- SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Aunque no le corresponde a la Corte decidir definitivamente sobre la validez o la indicación de los procedimientos médicos, sí le compete fijar qué niveles de certeza son jurídicamente aceptables en estos casos, para preservar la eficacia de los derechos fundamentales. En tal sentido, un principio de cautela impide que se puedan desplazar alternativas terapéuticas excluidas del POS, cuando exista una duda razonable sobre la validez o la indicación de un procedimiento médico que se presenta como sustituto. En estos casos, si por lo demás, la persona que solicita el servicio tiene el derecho a que le sea prestado, la entidad responsable, o en su defecto, el juez de tutela, deben ordenar que se preste el servicio solicitado cuando no hacerlo comprometa los derechos fundamentales del solicitante.

El que la salud y la seguridad social de los niños sean derechos fundamentales que prevalecen sobre los de los demás, no significa que sean absolutos, pues como la Corte lo ha dicho, nuestra Constitución no consagra derechos de este tipo. Admitir el carácter absoluto de un derecho llevaría necesariamente a desconocer otros derechos constitucionales, cuando quiera que se enfrenten al derecho considerado como absoluto.

La relatividad de los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, desde la perspectiva de la regulación de un servicio público implica que el conjunto de prestaciones otorgadas a cada persona sea limitado. Esta restricción obedece, entre otras, a la necesidad de ampliar la cobertura del servicio a un espectro cada vez mayor de la población (Art. 48). Sin embargo, las restricciones que el sistema le puede imponer a la salud, en el caso de los niños, no pueden convertirse en un desconocimiento de su naturaleza como derecho fundamental. En este sentido, la

naturaleza fundamental del derecho actúa como un límite constitucional a la potestad regulatoria del Estado.

24.- DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM):

La indicación y la certeza sobre la eficacia de los procedimientos médicos están determinadas por consideraciones técnicas que no les compete establecer a los jueces. En estos casos, cuando se presentan dos procedimientos médicos alternativos, la función del juez constitucional se contrae a verificar que las entidades cumplan con las garantías constitucionales mínimas, de tal forma que las personas afectadas tengan conocimiento suficiente sobre la indicación y la eficacia de dichos procedimientos. Dentro de tales garantías la jurisprudencia le ha otorgado un papel primordial al consentimiento informado y cualificado del paciente que acepta que se le practique un determinado procedimiento médico.

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a los principios que se encuentran en tensión en la ética médica y ha afirmado que tales principios tienen, además de un fundamento constitucional, un soporte en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ha dicho que entre tales principios están: (1) el deber del médico de contribuir al bienestar de su paciente y de abstenerse de causarle daño –principio de beneficencia-; (2) el principio de utilidad, el cual supone que, para el desarrollo de la ciencia médica son necesarias la investigación y la experimentación, en favor de la población futura; (3) el principio de justicia, que supone una igualdad de acceso de la población a los beneficios de la ciencia; y (4) el principio de autonomía, según el cual el consentimiento del paciente es necesario para poder practicarle cualquier intervención sobre su cuerpo.”

“El principio de justicia aplicable a la ética médica, cuya base constitucional ha sido considerada evidente por esta Corporación, implica una igualdad de “acceso a los beneficios de la ciencia y de la cultura”. Sin embargo, la igualdad de acceso a los beneficios del conocimiento científico no sólo hace referencia al acceso a determinados servicios de salud en función del principio de beneficencia. Resulta aplicable también en función de la preservación del principio de autonomía del paciente. En un sentido amplio, el principio de justicia es aplicable para cualificar el consentimiento informado del paciente en los casos en que exista una duda razonable sobre la validez de un procedimiento médico. El acceso a la ciencia implica que, como parte del servicio de salud prestado, y cuando quiera que existan estas dudas, el conocimiento que tiene una rama especializada de la ciencia médica, dedicada a evaluar la validez de los procedimientos esté a disposición del paciente, para garantizar la efectividad del derecho a decidir autónomamente los procedimientos a los cuales desea someterse“

“Por otra parte, en la asignación concreta de bienes y servicios, la prevalencia de los derechos de los niños constituye un condicionamiento constitucional de

cualquier ponderación que hagan los operadores jurídicos y en general quienes suministran tales bienes y servicios. Cuando enfrenten un caso en el cual deban decidir entre determinados valores o bienes jurídicos y ciertos derechos, cuyos titulares sean niños, deben prevalecer *prima facie* estos últimos”.

25.- TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO: Ninguno

26.- TESIS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO: Ninguno

27.- DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

Desarrolla un punto que tiene que ver más con el derecho a la salud que con la autonomía del paciente para decidir el procedimiento al que va a estar sometido, un punto a analizar es el consentimiento en los procedimientos experimentales, que trata la Corte de manera superficial y que merece ser desarrollado con mas detenimiento por cuanto se involucran los derechos fundamentales del individuo.