

1914 – 2014
OFICINA JURÍDICA

Bogotá D.C., 27 de mayo de 2015
CONCEPTO No.026-2015-OJ

PARA: LUISA FERNANDA ALARCON RIVERA
Coordinadora Grupo Nacional de Psiquiatría y Psicología Forense

DE: LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: CONCEPTO RESPECTO A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA VALORACIONES EN CASOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Hemos recibido su solicitud, en la cual requiere concepto jurídico del asunto, así las cosas, se procede en los términos de la Ley 1755 de 2015.

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

En el presente caso, se suscita el siguiente problema jurídico a resolver, así:

¿Es viable jurídicamente realizar valoraciones médico legales a niños, niñas y adolescentes cuando el consentimiento informado es suscrito por persona diferente al representante legal o al defensor de familia?

II. CONSIDERACIONES

Para poder conceptuar respecto a este asunto, es necesario realizar varias precisiones, así:

El artículo 15¹ de la Ley 23 de 1981 estableció la obligatoriedad de la suscripción del consentimiento informado previo a la aplicación de cualquier tratamiento médico y

¹ **ARTICULO 15.** 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 o síquicamente,

1914 – 2014
OFICINA JURÍDICA

quirúrgico, el cual constituye una representación de la autonomía de la voluntad, debe ser libre e informado; es decir, que debe otorgarse sin ningún tipo de coacciones ni engaños y previa ilustración sobre los procedimientos y consecuencias.

Respecto al consentimiento informado otorgado por las personas mayores de edad no existe ningún tipo de controversia o dificultad puesto que la autonomía del paciente o examinado prevalece y es determinante para la realización o no de los procedimientos; sin embargo en tratándose de niños, niñas y adolescentes constituye un tema altamente complejo; por cuanto éstos no cuentan con la capacidad jurídica que les permita tomar este tipo de decisiones que afectan su salud y/o su integridad tanto física como emocional.

La Ley al presumir a los niños, niñas y adolescentes como incapaces, obligatoriamente debemos traer a colación lo establecido en el Código Civil respecto a la representación de los incapaces, así:

“ARTICULO 62. REPRESENTANTES DE INCAPACES. Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

1o. *Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años. Si falta uno de los padres la representación legal será ejercida por el otro.*

Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, (no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio). Igualmente, podrá el juez con conocimiento de causa y a petición de parte, conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres, o poner bajo guarda al hijo, si lo considera más conveniente a los intereses de este. La guarda pondrá fin a la patria potestad en los casos que el artículo 315 contempla como causales de emancipación judicial; en los demás casos la suspenderá”.

Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo 2º de la Ley 27² de 1977, al establecer la mayoría de edad a los 18 años.

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

² **Ley 27 de 1977. Artículo 1º.** Para todos los efectos legales llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido **diez y ocho (18) años.**

Artículo 2º. En todos los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años.

1914 – 2014
OFICINA JURÍDICA

En lo referente al consentimiento informado de los niños, niñas y adolescentes para el tema específico de los reconocimientos médicos, el numeral 8 del artículo 193³ Ley 1098 de 2006 determinó la responsabilidad en cabeza de los padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia; adicionalmente, autorizó a las Comisarías de Familia, al personero o el inspector de familia en ausencia de los primeros para suscribir el referido consentimiento en representación de los menores.

ser un requisito sine qua non para el desarrollo de la labor pericial, el Director General de la Entidad mediante Resolución No. 000913 del 16 de noviembre de 2011 adoptó “el formato de consentimiento informado para la realización de exámenes clínico-forenses, valoraciones psiquiátricas o psicológicas forenses y otros procedimientos forenses relacionados”; y en el artículo 2 determinó:

“ARTÍCULO 2o. Quien deba realizar un examen clínico forense médico u odontológico, una valoración psiquiátrica o psicológica forense, y/o procedimientos relacionados tales como extracción de sangre y toma de muestra de fluidos corporales, semen u otros análogos, explicará a la persona por examinar y/o muestradante en qué consiste el (los) procedimiento (s), su objetivo, la importancia para el proceso judicial o administrativo, las posibles complicaciones, el uso que podría tener la información obtenida y solicitará su consentimiento.

PARÁGRAFO. Cuando la persona a examinar estuviere en condiciones de discapacidad mental o cognitiva, debe realizarse el citado trámite con su correspondiente representante legal. Si se trata de un niño, niña o adolescente el consentimiento debe ser otorgado por su representante legal, o en su defecto, por el Defensor de Familia o Comisario de Familia, y a falta de estos, por el personero o el inspector de Familia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 8 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006”.

Como se puede apreciar con la normatividad transcrita, el Legislador se ha ocupado en establecer responsabilidades específicas en cuanto a la representación de los niños, niñas y adolescentes o incapaces; teniendo en cuenta que inicialmente esta obligación recae sobre los padres o representantes legales, pero ante la ausencia de ellos da la posibilidad a otras autoridades para ejercer la labor; ello con el fin de contribuir de una manera ágil en el proceso de restablecimiento de derechos de los

³ ARTÍCULO 193. CRITERIOS PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO JUDICIAL DE DELITOS EN LOS CUALES SON VÍCTIMAS LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE LOS DELITOS. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

(..)

8. Tendrá en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Cuando no la puedan expresar, el consentimiento lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o la Comisaría de Familia y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. Si por alguna razón no la prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar en su negativa se acudiría al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe o no practicarse. Las medidas se practicarán siempre que sean estrictamente necesarias y cuando no representen peligro de menoscabo para la salud del adolescente.

menores; dado el interés superior de ellos, que para el caso que nos ocupa son víctimas de conductas punibles.

En cuanto al consentimiento informado para la investigación de hechos que revistan las características de un delito, y que garanticen la conservación de la prueba, así como la protección de las víctimas del delito, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-822 del 17 de agosto de dos mil cinco (2005), Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS, expresó:

(..)

5.5.2.3. Esta norma tiene por fines asegurar “la investigación de los hechos que revistan las características de un delito”, y “la conservación de la prueba”, así como “proteger a las víctimas del delito” y garantizar sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, en investigaciones relacionadas con delitos contra la libertad sexual y la integridad o con otros delitos en los que resulte necesaria la práctica de estas medidas. Se trata por lo tanto de fines legítimos y constitucionalmente importantes, e imperiosos, puesto que propenden por la garantía de derechos y principios esenciales del Estado, y a asegurar la convivencia pacífica, así como a proteger la vida, la libertad, y la autonomía de los residentes en Colombia. En concreto, estos fines se traducen en el objetivo de obtener dentro del programa de investigación muestras corporales y de otro tipo que se encuentren en el cuerpo de la víctima, evidencias físicas sin las cuales el esclarecimiento de los hechos, el establecimiento de la responsabilidad penal, la protección de los bienes jurídicos tutelados penalmente y la garantía de los derechos de las víctimas, se verían seriamente truncados.

En cuanto a la limitación del derecho a la autonomía, la realización de exámenes físicos a las víctimas y la obtención de muestras corporales de la víctima que no supongan un riesgo de menoscabo de su salud, no la afectan cuando ésta da su consentimiento libre de cualquier coerción y con un conocimiento informado sobre las consecuencias del procedimiento y de la necesidad de la muestra dentro del programa de investigación. Sin embargo, si luego de explicarle la importancia del procedimiento, la víctima persiste en su negativa, la incidencia en su derecho es muy alta.

Forzar a una persona que ya ha sufrido una lesión o ultraje a ser sometida a este tipo de medidas, constituye una doble victimización que resulta contraria a la dignidad humana. **El consentimiento de la víctima es determinante para decidir si se pueden o no practicar los exámenes y reconocimientos conducentes a esclarecer los hechos. Dicho consentimiento debe ser otorgado desinhibidamente por la víctima o su representante legal, sin sometimiento a presiones ni a conminaciones para que sea efectivamente libre.** Además, dicho consentimiento debe fundarse en la información completa, pertinente y clara sobre las condiciones en las cuales se practicarán las medidas, su utilidad para la investigación y las ventajas de que sean realizadas de manera pronta.



1914 – 2014
OFICINA JURÍDICA

Para garantizar que dicho consentimiento se base en una apreciación cierta de la trascendencia de la medida, cuando la víctima o el representante legal se nieguen, la norma acusada establece que se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarla. De persistir la víctima en la negativa, la norma establece que se debe acudir al juez de control de garantías. No obstante, se señala en el artículo acusado que el propósito de la intervención del juez de garantías se circunscribe a fijar los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección de la víctima.

Los exámenes practicados a la víctima para recuperar evidencia idónea que permite identificar al responsable del delito, generalmente deben ser efectuados de manera rápida. La oportunidad en estos casos es crucial. De tal manera que es en el interés de la víctima y de la preservación de sus derechos a la verdad y la justicia que tales exámenes son practicados con prontitud. Demorar su realización va en desmedro de los derechos de la víctima y en contra de los fines de la investigación. Por esta razón, la norma no exige acudir al juez de control de garantías, lo cual es razonable. Pero la norma no es clara en señalar que el consentimiento libre e informado de la víctima es indispensable como requisito previo a la práctica de los exámenes o reconocimientos. Indica que debe ser por escrito, pero no exige que antes de que presten dicho consentimiento es indispensable informarles a las víctimas sobre el valor y la trascendencia del mismo. Ello se ordena solo si la víctima no presta el consentimiento. Por lo tanto, es necesario condicionar la exequibilidad de la norma en el sentido de que la víctima o su representante legal debieron haber dado su consentimiento libre e informado para que la medida pueda ser practicada. Habrá situaciones de inconciencia de la víctima, sobre las cuales no se pronuncia la Corte, y que se resuelven según las reglas vigentes.

Por la importancia que tiene el consentimiento de la víctima, la Corte también estima que cuando esta sea una persona adulta y los delitos investigados estén relacionados con la libertad sexual, la decisión de la víctima sobre si acepta o no los reconocimientos y los exámenes físicos constituye la última palabra al respecto. Así, el consentimiento informado y libre de la persona adulta víctima de delitos contra la libertad sexual es determinante y conclusivo.

Si bien el consentimiento de la víctima debe prevalecer, no desconoce la Corte que pueden presentarse delitos en los cuales abstenerse de hacer los reconocimientos y exámenes físicos de los lesionados pueda frustrar completamente una investigación y conducir a la impunidad frente a conductas gravemente lesivas. También puede ocurrir en el caso de víctimas menores de edad o incapaces, que sea el representante legal quien persista en la negativa, para evitar una posible investigación en su contra. En tales eventos, se deberá acudir al juez de control de garantías para presentarle las razones que justifican practicar la medida. Corresponde al juez ponderar las circunstancias concretas del caso y decidir si niega o autoriza la medida.(..) (subrayo fuera de texto)

En cuanto al consentimiento informado de los niños, niñas y adolescentes, este mismo alto Tribunal en Sentencia SU-337/99 del 12 de mayo de 1999 Magistrado Ponente Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, se pronunció, así:

(...)

*“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 anteriormente⁴. **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 hacerlo en su nombre (consentimiento sustituto), a fin de que sus intereses no queden a la deriva.***

23- 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 constitucional⁵. El menor, ha dicho la Corte, “está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos”

Como se puede observar, el tema de la suscripción del consentimiento informado para procedimientos en niños, niñas y adolescentes es un asunto que ha sido objeto de un gran análisis y debate tanto jurisprudencial como doctrinal, pero en el caso que nos ocupa conforme a nuestra misión de “prestar auxilio y soporte científico y técnico a la administración de justicia en todo el territorio nacional, en lo concerniente a medicina legal y las ciencias forenses”, es necesario aclarar que para realizar cualquier tipo de procedimiento forense a ésta población, el consentimiento debe estar suscrito en primer lugar por los padres o representantes legales; en ausencia de ellos o cuando ellos sean los autores de las conductas punibles que afectan los niños, niñas y adolescentes deberá autorizar el procedimiento el respectivo Defensor de Familia, autoridad que es la encargada de garantizar los derechos de los menores.

Sin embargo, no podemos olvidar que hay lugares del territorio nacional que por sus condiciones geográficas, poblacionales, organizacionales o de orden público no existe defensor de familia y no es posible que los padres o los representantes legales suscriban el formato de consentimiento informado, en estos eventos la función debe desarrollarla excepcionalmente el comisario de familia, personero municipal o

1914 – 2014
OFICINA JURÍDICA

inspector de familia conforme lo establece el numeral 8 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que las autoridades mencionadas anteriormente en quienes radica la responsabilidad excepcional de la suscripción del consentimiento informado para procedimientos en niños, niñas y adolescentes no pueden ser sustituidas por ninguna otra autoridad, por un tercero acompañante y mucho menos por una madre sustituta o por un funcionario de los hogares de paso, teniendo en cuenta que no se encuentran autorizados por la Ley para tomar estas decisiones, máxime cuando las figuras de hogar de paso y ubicación en hogar sustituto contenidas en los artículos 57⁶ y 59 de la Ley 1098 de 2006 constituyen medias administrativas inmediatas y provisionales cuyo único propósito es brindar al menor el cuidado y atención necesarios durante el trámite del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, más no cuentan con facultades como la representación legal, por ello no es posible que suscriban el formato de consentimiento informado.

Por ser el consentimiento informado un requisito sine qua non para cualquier valoración médico legal es indispensable que en tratándose de niños, niñas y adolescentes éste sea suscrito primordialmente por los padres, los representantes legales y en ausencia de ellos el Defensor de Familia; sin embargo, en los sitios apartados en los cuales no exista Defensor de Familia el formato será suscrito por el Comisario de Familia; Personero o Inspector de familia, funcionarios que serán los encargados de garantizar los derechos de los menores conforme su competencia.

En cuanto a la práctica de las valoraciones médico legales practicados a las víctimas, los cuales generalmente se realizan con el propósito de recuperar evidencia que permitirá identificar al responsable o los responsables de las conductas punibles, tales valoraciones o exámenes deben realizarse de manera oportuna y rápida pero con el lleno de requisitos contenidos en la Ley; entre ellos la suscripción del formato de consentimiento informado por parte de la persona o la autoridad idónea y autorizada por el ordenamiento jurídico según cada caso concreto; pues al realizar la función

⁶ **ARTÍCULO 57. UBICACIÓN EN HOGAR DE PASO.** La ubicación en hogar de paso es la ubicación inmediata y provisional del niño, niña o adolescente con familias que forman parte de la red de hogares de paso. Procede la medida cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención.

La ubicación en Hogar de Paso es una medida transitoria, y su duración no podrá exceder de ocho (8) días hábiles, término en el cual la autoridad competente debe decretar otra medida de protección.

ARTÍCULO 59. UBICACIÓN EN HOGAR SUSTITUTO. Es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.

Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En ningún caso podrá otorgarse a personas residentes en el exterior ni podrá salir del país el niño, niña o adolescente sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa de la autoridad competente.

1914 – 2014
OFICINA JURÍDICA

pericial sin esta exigencia se vulneran los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas teniendo en cuenta que esta prueba puede ser considerada como ilegal en la audiencia de juicio oral, generando la exclusión e la misma, lo cual a todas causas impunidad y a todas luces afectaría la obtención de la verdad material, ideal que constituye el fundamento de la Ley Penal.

Por lo anteriormente expuesto, los funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, previo a la realización de cualquier valoración médico legal deben cumplir con lo dispuesto en la Resolución No. 000913 del 16 de noviembre de 2011 en cuanto a la suscripción del consentimiento informado; en tratándose de niños, niñas y adolescentes el consentimiento debe ser firmado por los padres, representantes legales o Defensor de Familia; sin embargo en los casos en los cuales no sea posible la comparecencia o suscripción del respectivo formato por parte de ellos, excepcionalmente éste puede ser suscrito por el comisario de familia, personero o el inspector de familia, conforme lo establece el numeral 8 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

Finalmente, es necesario precisar que el formato de consentimiento informado debe allegarse junto con la solicitud de valoración, teniendo en cuenta que es requisito sine qua non para realizar la labor pericial; razón por la cual conforme a la jurisprudencia es responsabilidad de la policía judicial hacer suscribir el formato de la persona o autoridad competente y adjuntarlo con la respectiva orden de valoración.

III. CONCLUSIONES

Vista la normatividad reglamentaria de la prueba pericial en el marco del delito sexual, se puede concluir que:

1. Los funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, previo a la realización de cualquier valoración médico legal deben cumplir con lo dispuesto en la Resolución No. 000913 del 16 de noviembre de 2011 en cuanto a la suscripción del consentimiento informado.
2. En tratándose de niños, niñas y adolescentes, éste debe ser suscrito principalmente por los padres, los representantes legales y en ausencia de ellos el Defensor de Familia; sin embargo, en los casos en los cuales no exista Defensor de Familia el formato será suscrito por el Comisario de Familia; Personero o Inspector de Familia; funcionarios que serán los encargados de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes conforme su competencia, según lo establecido por el numeral 8 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

1914 – 2014
OFICINA JURÍDICA

3. El formato de consentimiento informado debe allegarse junto con la solicitud de valoración, teniendo en cuenta que es requisito sine qua non para realizar la labor pericial; razón por la cual, conforme a la jurisprudencia, es responsabilidad de la policía judicial hacer suscribir el formato de la persona o autoridad competente y adjuntarlo con la respectiva orden de valoración
4. No es viable jurídicamente aceptar el formato de consentimiento informado de niños, niñas y adolescentes suscrito por acompañantes, madres sustitutas o por persona alguna de los hogares de paso; tan solo puede ser suscrito por los padres, representantes legales o Defensor de familia y excepcionalmente por las autoridades descritas en el numeral 8 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.
5. Las valoraciones médico legales que se practiquen a las víctimas de delitos para recuperar evidencia, deben realizarse de manera oportuna y rápida pero con el lleno de requisitos contenidos en la Ley; entre ellos la suscripción del formato de consentimiento informado por parte de la persona o la autoridad idónea para ello, pues la ausencia de éste o la suscripción por persona no autorizada vulneraría los derechos a la verdad y a la justicia de las víctimas, teniendo en cuenta que la prueba puede ser considerada como ilegal en la audiencia de juicio oral, generando la exclusión e la misma, lo cual a todas luces contribuiría a la impunidad y imposibilitaría la obtención de la verdad material.

Cordial Saludo,



LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA

Jefe de Oficina

Proyecto Paola Castañeda Saenz - Profesional Oficina Jurídica
Aprobó: Life Armando Delgado Mendoza- Jefe Oficina Jurídica