

CONCEPTO JURIDICO No. 051-0J-2015.

Bogotá, octubre 9 de 2015.

PARA: **ALVARO HERNÁNDEZ ZAMBRANO**
Director Seccional Bolívar.
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

DE: **Dr. LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA**
Jefe Oficina Jurídica.

ASUNTO: Consulta sobre consentimiento informado.

REFERENCIA: Correo electrónico fechado septiembre 17 de 2015, emanado de la Dirección Seccional Bolívar.
Oficio N° DSB-L-DRNT-935-2015, fechado septiembre 17 de 2015.
Rad. 1920, sin fecha.

Conforme a las funciones otorgadas a la Oficina Asesora Jurídica por el Acuerdo 8 de 2012, artículo 8, emanado de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses; fundamentado en el procedimiento interno y dentro del lapso contemplado en la normatividad vigente, comedidamente me permito dar respuesta a su requerimiento, en los siguientes términos:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

"(...)

Dadas algunas dificultades que se han tenido para la obtención de consentimiento informado en algunos procesos (SIC) civiles y por la divergencia en las interpretaciones de la norma, respetuosamente le solicito tenga a bien emitir un concepto jurídico que permita esclarecer si para un examen psiquiátrico forense para interdicción se requiere o no del consentimiento informado y en caso de que la persona a examinar no tenga la capacidad para firmarlo, quién podría autorizar la práctica de este examen.

(...)"

II. CONSIDERACIONES

Antes de abordar el tema a fondo, esta Oficina Jurídica estima procedente hacer referencia al concepto de capacidad, la cual refiere a la potestad de goce y ejercicio de derechos. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en la Sentencia C-131 de 2014, ha señalado: *"(...) La capacidad de goce se adquiere al nacer y consiste en la aptitud que tiene cualquier persona para ser titular de derechos patrimoniales o extrapatrimoniales. De otro lado, la capacidad legal o de ejercicio, consignada en el artículo 1502 del Código Civil, tiene que ver con la facultad de la persona de obligarse*

por sí misma sin la autorización de otra. Se presupone la capacidad legal de todas las personas a excepción de los incapaces como los menores de edad o los mayores de edad que hayan sido declarados incapaces o interdictos a través de sentencia judicial. (...) esta aptitud se deriva del estado particular de cada individuo, es decir de su condición personal frente a la sociedad, se entiende que la capacidad de derecho la tienen todas las personas en el sentido que gozan de la facultad de ser sujetos de derechos. Mientras que la capacidad de hecho tiene su fuente, precisamente en los derechos y deberes que la ley le permite ejercitar a ciertas personas en particulares condiciones (...)".

Al respeto, es importante resaltar que la Corte Constitucional ha sido garante de la autonomía individual, señalando como excepciones a la misma, el inminente peligro de muerte, el estado de inconsciencia de la persona y la preexistencia de una afectación física o psicológica que le impida al individuo dar su autorización y aceptación con total lucidez y pleno conocimiento de la realidad¹.

Así las cosas, debemos precisar que para la validez de una manifestación de voluntad es indispensable la capacidad del individuo; previendo la ley que en relación con las personas con discapacidad mental absoluta, dicha manifestación de voluntad puede ser suplida por el consentimiento paterno o de la persona responsable de la misma; siendo a quien le corresponde expresarlo para legitimar la realización de cualquier valoración, examen, tratamiento, etc.

En consonancia, entratándose de personas con discapacidad mental absoluta, la Ley 1306 de 2009, en su artículo 5°, establece como obligaciones de la sociedad y del Estado la protección de las personas con discapacidad mental y la garantía del disfrute pleno de todos sus derechos de acuerdo a su capacidad de ejercicio.

Así las cosas, la ley en comento en su artículo 6, indica cuales son los sujetos a quienes les corresponde la función de protección, señalando a: "(...) la protección del sujeto con discapacidad mental corresponde y grava a toda la sociedad, pero se ejercerá de manera preferencial por:

- a). *Los padres y las personas designadas por éstos, por acto entre vivos o por causa de muerte.*
- b). *El cónyuge o compañero o compañera permanente y los demás familiares en orden de proximidad, prefiriendo los ascendientes y colaterales mayores y los parientes consanguíneos a los civiles.*
- c). *Las personas designadas por el juez.*
- d). *El Estado por intermedio de los funcionarios e instituciones legítimamente habilitadas.*

¹ Sentencia T-1019 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Serán encargados de la custodia y protección de quienes están en discapacidad mental quienes garanticen la calidad e idoneidad de la gestión y, por ello, el orden aquí establecido podrá ser modificado por el juez de familia cuando convenga a los Intereses del afectado.

El encargado de la protección de la persona, sujeto con discapacidad mental deberá asegurar para éste un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda apropiados, ya (sic) la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

PARÁGRAFO. *Cuando en la presente Ley, se mencione al cónyuge o los parientes afines, se entenderán incluidos quienes, de acuerdo con la Constitución Política y la ley, tengan tal condición en la familia extramatrimonial y civil. Cuando existan en una posición dos o más personas excluyentes entre sí, el juez preferirá a la persona que haya permanecido en último lugar con el sujeto, sin perjuicio de sus facultades de selección. (...)”.*

En este mismo sentido, en el artículo 18 ejusdem, se dispone que le corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia, tomar las medidas administrativas de restablecimiento de derechos o interponer las acciones judiciales necesarias para proteger a los sujetos con discapacidad mental absoluta, ante la ausencia o la negligencia de los sujetos encargados de la protección de la persona en comento, en procura de la protección o restablecimiento de sus derechos, cuando sea necesario.

Ahora bien, si no estamos frente a un individuo con discapacidad mental absoluta, es necesario que el consentimiento paterno o de la persona responsable del mismo, se compagine con la decisión del usuario a valorar, en la medida en que éste pueda discernir, entender, comprender y juzgar sobre el procedimiento clínico a realizarle.

Con base en lo anterior, respecto al “Consentimiento Informado”, y entratándose de casos como el consultado, es importante señalar que la capacidad legal está ligada a la facultad de disposición, de lo cual se desprende la capacidad para consentir, es decir, otorgar el consentimiento; apreciación lógico – racional que permite colegir que si estamos en presencia de individuos con discapacidad mental absoluta, que requieran de valoración por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con fines de interdicción, éstos no cuentan con la capacidad ni la facultad legal de ejecución para otorgar y firmar el documento que nos ocupa; siendo entonces requisito sine qua non la autorización por parte del responsable del discapacitado, o, en su defecto, del Defensor de Familia, Comisario de Familia, Personero o del Inspector de Familia, conforme lo establece la Ley 1306 de 2009 y la Resolución 913



100 años
de aporte técnico-científico
a la administración de justicia

1914-2014
Oficina Jurídica

de 2011, artículo 2, parágrafo único, que establece: “(...) 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 éstos, 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. (...)”.

En este sentido, es procedente aclarar que cuando la representación legal del menor es ejercida por los padres, es decir que ambos posean la patria potestad del mismo, sin importar si alguno tiene la custodia o no, los dos deberán autorizar las actuaciones que motivan la consulta, a no ser que el padre interesado demuestre que el otro ha fallecido, se encuentra fuera del país, que ignora su lugar de residencia, que es demente, que fue el agresor, o que se muestra renuente a permitir la ejecución del procedimiento; lo cual es concordante con lo establecido en el artículo 307 del Código Civil.

Ahora bien, cuando se trate de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas de delitos, se dará aplicación a la Ley 1098, artículo 193, numeral 8, que dispone: “(...) 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 acudirá 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. (...).”.

CONCLUSIÓN.

En virtud de lo anterior, sopesada en los pronunciamientos normativos y jurisprudenciales, esta Oficina Jurídica conceptúa:



100 años
de aporte técnico-científico
a la administración de justicia

1914-2014
Oficina Jurídica

1. Que el formato de consentimiento informado deberá ser diligenciado y rubricado por la persona a examinar, cuando se trate de individuos capaces y mayores de edad.
2. Que en caso de *niño, niña o adolescente el consentimiento debe ser firmado por su representante legal, o en su defecto, por el Defensor de Familia o Comisario de Familia, y a falta de éstos, por el personero o el inspector de Familia*, en presencia del perito médico asignado para efectuar la valoración; sin desatender lo indicado Ley 1098, artículo 193, numeral 8.
3. Que entratándose de personas con discapacidad mental absoluta, dicho documento deberá ser firmado por el sujeto con la función de protección, en presencia del perito médico.
4. Que frente a valoraciones de personas con discapacidad mental relativa, el consentimiento informado deberá ser diligenciado y rubricado por el representante legal o sujeto con la función de protección, y el individuo a valorar, siempre y cuando cuente con la capacidad de discernir, entender, comprender y pronunciarse sobre el procedimiento a realizarle.
5. Que es obligación ética y legal del perito médico explicar al sujeto a valorar, su representante legal o sujeto con la función de protección, de manera clara, oportuna, veraz y completa, cuál será el procedimiento a seguir y la importancia que tiene la pericia para la investigación, así como el tiempo estimado para ello y las posibles consecuencias que se derivarían de la imposibilidad de practicarla.
6. Que los peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, frente a las solicitudes como las que nos ocupa, están conminados a dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en las Leyes 1098 de 2006, artículo 193, numeral 8, 1306 de 2012, 1564 de 2012, y a lo contemplado en la Resolución N° 000913 del 16 de noviembre de 2011.

Finalmente, estimo procedente señalar que el presente concepto jurídico se constituye en un criterio auxiliar de interpretación, el cual no será de obligatorio cumplimiento o ejecución, conforme lo establece la Ley 1755 de 2015, artículo 28.

Atentamente.

LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA
Jefe Oficina Jurídica.

Proyecto – Elaboró: Edgar Ramos Saldaña – Profesional Especializado OAJ.

“Servicio Forense para una Colombia Diversa y en Paz”
CALLE 7 A N° 12A-51, Piso 5, jurídica@medicinalegal.gov.co,
Conmutador: 4069944 - 4069977- Ext: 1618
Bogotá Colombia, www.medicinalegal.gov.co