

Sentencia C-900/11

Referencia: expediente D-8523

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 6 (parcial) del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Juan Carlos Henao Pérez -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

1. ANTECEDENTES

2.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Jesús Rafael Camargo Polo demandó la constitucionalidad de la expresión “garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo”, contenida en el numeral 6 del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

Mediante auto del doce (12) de mayo de 2011, el Despacho del Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda presentada, por cuanto no cumplía con los requisitos que exige el Decreto 2060 de 1991 y la jurisprudencia de la Corporación.

Los defectos advertidos fueron corregidos, razón por la cual mediante Auto del veintitrés (23)

de junio de 2011 se procedió a admitir la demanda y se ordenó dar traslado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; De Justicia, a la Comisión Colombiana de Juristas, al Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional, CEDHUL, a la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander, al Semillero de Jóvenes Investigadores en Jurisprudencia y Activismo Constitucional adscrito a la Universidad de Santander UDES, a la Fundación Menonita Colombiana para el Desarrollo MENCOLDES, a la Iglesia Adventista de Colombia, al Centro de Investigación y Educación Popular, CINEP, a la Acción Colectiva de Objektoras y Objetores de Conciencia, ACOOC, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Universidad Pontificia Bolivariana, a la Universidad Javeriana, a la Universidad del Sinú, a la Universidad del Rosario, a la Universidad Sergio Arboleda y a la Universidad Externado de Colombia, para que, si lo estimaban conveniente, participaran en el debate jurídico.

Finalmente ordenó, en el término de fijación en lista, correr traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

1.1 NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, dentro del cual se resaltan y subrayan los apartes en contra de los cuales se dirige la acusación específicamente:

“ARTÍCULO 46. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes:

(...)

“6. Garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida; carezca de representante legal o este se encuentre en situación que le impida dar su consentimiento de manera oportuna o no autorice por razones personales, culturales, de credo o sea negligente; en atención al interés superior del niño, niña o adolescente o a la prevalencia de sus derechos.”

1. LA DEMANDA

En criterio del ciudadano Jesús Rafael Camargo Polo la expresión “Garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo”, contenida en el numeral 6 del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006 es contraria a los artículos 16, 18 y 29 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

1. En primer lugar aduce que la norma, al permitir que el personal médico y administrativo realice procedimientos médicos en los niños, niñas o adolescentes, sin su autorización ni la de su representante legal, desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el debido proceso por cuanto so pretexto de su interés superior, se desplaza la autonomía del paciente. En este sentido, señala que la Corte Constitucional ha defendido la prevalencia de su consentimiento informado.

1. Respecto a la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política, el accionante señala que en el texto demandado el legislador omitió establecer una salvaguarda que por lo menos atenuara de manera previa la intervención del Estado, a través del sistema de seguridad social en salud. En este sentido, sostuvo que si el niño, niña o adolescente está en condiciones de formarse un juicio propio, debe salvaguardarse su derecho a expresar su opinión en atención a su edad y madurez, de conformidad con lo dispuesto en el artículos 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

1. De otro parte refiere que todo paciente tiene derecho a determinar a cuales procedimientos médicos se somete, si se encuentra en la posibilidad jurídica y física de hacerlo, de acuerdo con su modelo de vida construido en razón a sus convicciones espirituales. Ello por cuanto “nadie puede disponer sobre el otro (...) si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ello a quienes corresponde definir

cómo entienden el cuidado de su salud”. Para el actor, impedir que un enfermo decida sobre su cuerpo transgrede además la dignidad humana cuya manifestación más importante es la “intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones”).

Agrega que en materia de derechos a la salud de los niños, la jurisprudencia constitucional ha señalado que debe sopesarse la urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor de edad, los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y la edad del paciente. En este sentido “la urgencia, el carácter benéfico, poco invasivo y no riesgoso del procedimiento, la poca edad del niño y el hecho de que no se afecte su libre desarrollo de la personalidad juegan a favor del consentimiento sustituto, mientras que su contrarios aconsejan consultar la voluntad del menor de edad, así sea necesario esperar a que crezca un poco para alcanzar la autonomía suficiente para decidir”

1. De igual forma, considera el accionante que las expresiones demandadas violan el artículo 18 de la Carta Magna que protege la libertad de conciencia y que señala que nadie está obligado a actuar en contra de ella. En su opinión “bien pudo el legislador evitar su afectación estableciendo un mecanismo de defensa que le hubiese permitido al representante legal del niño, niña o adolescente defender su reticencia a la intervención del sistema de seguridad social en salud del Estado en la salud de su representado por razones de credo, mecanismo que incluso pudiera ir acompañado de un procedimiento que previo escuchar a las partes involucradas, decidiría si la reticencia a la intervención por parte del representante legal es pertinente o inverosímil.”

Agrega que la intervención irrestricta del Estado muestra una vulneración al derecho que tiene el representante legal de un niño, niña y adolescente a educarlo de conformidad con sus creencias y de actuar de acuerdo con las mismas.

1. Sostiene además que tal y como se encuentra redactada la norma no existe certeza de cuando se está en presencia de una situación que “represente un peligro inminente para la vida del niño, niña o adolescente”, y por tanto, debe garantizárseles a sus representantes legales participar en toda toma de decisión que afecte su integridad, además, dicho consentimiento debe ser libre e informado, es decir, debe contar con todos los elementos de juicio que sean relevante para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica.

1. Finalmente, y luego de transcribir la exposición de motivos que dio origen al actual Código de Infancia y Adolescencia, señala que no existe justificación alguna en la limitación de la opinión del niño, consagrada en el aparte acusado. Por el contrario, aduce que éste fue expedido en un espíritu de respeto a las garantías fundamentales de los infantes, entre las que se encuentran su derecho al libre desarrollo de la personalidad y de conciencia.

1. INTERVENCIONES

1. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Dentro del término concedido, el presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, encomendó al doctor Germán Valdés Sánchez para que en nombre y representación de la misma, rindiera concepto. El interviniente solicita la declaratoria de exequibilidad aduciendo las siguientes razones:

1. Refiere que la previsión plasmada en el aparte normativo demandado, no puede leerse de manera aislada, sino que debe interpretarse en el entendido que la actuación inmediata del personal médico y administrativo se produce cuando exista peligro inminente para la vida del niño, niña y adolescente. Ello persigue un fin de gran importancia dentro del ordenamiento jurídico y es la protección de la vida del infante o adolescente que se encuentra en unas

condiciones de urgencia, razón por la cual debe intervenir de manera oportuna.

Agrega que el derecho a la vida tiene un papel preponderante en nuestro ordenamiento constitucional hasta el punto que es el primer derecho enunciado en la Carta, en consecuencia, se encuentran justificadas las medidas que busquen resguardarlo más aún cuando se trata de niños cuyos garantías fundamentales prevalecen sobre las de los demás.

1. Expuso que sin desconocer que muchos niños, niñas y adolescentes han logrado un alto grado de madurez que les permitiría valorar adecuadamente las connotaciones de un determinado procedimiento médico o jurídico, lo cierto es que ello no es suficiente para supeditar el criterio del personal médico y administrativo de una entidad de salud a la determinación de aquellos. Ante todo hay que tener en cuenta que por previsión de la ley, se entiende que el menor de 18 años se encuentra en estado de incapacidad jurídica y ello impone su representación para la adopción de medidas o decisiones como las que se encuentran en el supuesto de la disposición objeto de la demanda de inconstitucionalidad.

1. Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, dice que, no puede entenderse “en tal grado que involucre la limitación de la intervención de terceros en procura de la defensa de la vida. La sociedad y con mayor razón los entes organizados por ella o por el Estado, tienen dentro de sus deberes el de propender dentro del marco de sus posibilidades por el derecho a la vida de la globalidad de los ciudadanos”. Lo mismo podría pregonarse en relación con la libertad de conciencia pues “so pretexto de ella no puede llegarse al patrocinio de actitudes indolentes que permitan los atentados, individuales o masivos, contra la propia vida, entre otras razones, porque ello acarrea repercusiones en el contexto de los valores morales y de la estructura de pensamiento cívico de una comunidad.”

2. En lo relacionado con el debido proceso, tampoco encuentra vulneración alguna, básicamente porque el deber consignado en la disposición acusada de inconstitucional, se encuentra diseñado dentro de unas condiciones de urgencia o de emergencia que imponen una reacción inmediata, contexto en el cual la creación de un procedimiento o de un trámite

previo a la toma de la decisión que corresponda, conspira contra el sentido de la previsión normativa que es el de utilizar adecuadamente los medios idóneos para evitar el riesgo contra la vida del infante o del adolescente. Esta finalidad es concordante con el sentido de las disposiciones constitucionales anteriormente nombradas, de acuerdo con las cuales ante todo debe propenderse por la defensa del derecho a la vida, particularmente tratándose de los niños, niñas y adolescentes.

1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Heidy Yobanna Moreno Moreno, actuando en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (e) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, intervino en el proceso dentro del término de ley y solicitó a la Corporación se declarara la exequibilidad de la norma acusada, salvo la expresión “y administrativo”, que en sus opinión debe declararse inexecutable, conforme a lo siguiente:

1. De forma previa considera la demandante que los cargos no se encuentran dirigidos a atacar la constitucionalidad de la expresión acusada pues los argumentos que se señalan muestran las consecuencias que podrían generarse con la indebida aplicación del numeral que permitiría el desconocimiento de la libertad de cultos y el consentimiento de los representantes legales del niño, niña o adolescente. Agrega además, que la expresión acusada no tiene sentido autónomo y debe ser leída junto con todo el contenido normativo del numeral 6 del artículo 46.

No obstante, y de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional en reiteradas sentencias, sobre la posibilidad de aplicar el principio *pro actione*¹ en las demandas de constitucionalidad, es pertinente que la Corte integre la unidad normativa con el fin de evitar una sentencia inhibitoria, por cuanto el aparte demandado no tiene un contenido deóntico claro o unívoco.

1. En este sentido, el interviniente aduce que el actor realiza una interpretación errada de la norma. En efecto, la disposición no permite una autorización general para el personal médico de autorizar y practicar procedimientos en el cuerpo del niño en contravía a lo dispuesto por sus padres o representantes legales, sino una facultad excepcional que debe cumplir con requisitos estrictos para que proceda, y en todo caso, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Constitucional, que debe aplicarse en última instancia y que de manera preferente se atenderá la voluntad del niño apto para otorgar el consentimiento.

No obstante, considera que la expresión “administrativo” debe ser retirada del ordenamiento, por cuanto sólo un médico podría determinar cuándo se está en presencia de una situación urgente.

1. Respecto al cargo segundo, donde manifiesta el actor que el aparte demandado viola el artículo 18 de la Constitución Política, que consagra el derecho a la libertad de conciencia, aduce que en el caso de los niños, niñas y adolescentes, la Corte Constitucional ha manifestado que dicha garantía no cubre a los padres o representantes legales que con base en sus creencias particulares rehúsan procedimientos médicos.

1. Frente a la supuesta vulneración del debido proceso, aduce que el establecimiento de un procedimiento previo implicaría un riesgo para la vida del niño, por cuanto lo que busca la norma es la toma de una decisión de forma inmediata para salvaguardar la vida del paciente.

1. Universidad del Rosario

Juan Enrique Medina Pabón, actuando en calidad de profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, intervino en el proceso y solicitó a la Corporación se declarara exequible el numeral 6° del artículo 46 de la ley 1098 de 2006, en razón de:

1. En primer lugar, destaca como las influencias culturales que los padres ejercen sobre sus hijos, en especial las tradiciones religiosas, políticas, sociales, familiares, son sin la menor duda esenciales en la formación del sujeto y hacen parte de la crianza. Lo anterior por cuanto satisfacen sus necesidades inmateriales, establecen la mayor parte de los vínculos que permiten que se identifiquen como miembro de un grupo social determinado, “van dirigiendo de esa manera casi imperceptible su comportamiento por una ruta adecuada en lo moral y en lo social, proporcionan la información necesaria para el futuro desempeño y hasta le brindan la confianza en el eventual apoyo o consuelo”.

1. Respecto al conflicto de la ciencia con la religión, destaca que, como otra cantidad de condicionamientos culturales, se integran a la personalidad del sujeto y son parte trascendental de su desarrollo y por eso “nadie sensato descalificaría su importancia de aceptar el derecho de los padres a profesar la religión que le convenza y transmitirla a sus allegados; pero no puede permitirse que los prejuicios de la ciencia y la religión determinen la dimensión y el sentido de las soluciones jurídicas a esos enfrentamientos.”

1. Menciona que en materia de niños, niñas y adolescentes no hay una posición conciliadora, porque el mandato constitucional, el sistema jurídico internacional -bloque de constitucionalidad- y la concepción actual del interés superior lo impide. Es así entonces, “si la ciencia ha encontrado un tratamiento o una intervención quirúrgica que puede conducir a la salud del menor y la religión simplemente lo objeta, no hay para que pensarlo dos veces: se cumple lo que indique la medicina, siempre, por supuesto, que ese tratamiento o práctica no puedan sustituirse razonablemente por otros igualmente avalados y probados por la ciencia.”

1. Finalmente precisa que la norma exige que “la decisión de adoptar un tratamiento que el representante legal del menor no acepte por razones religiosas, sea necesaria, urgente y respaldada científicamente, que ciertamente es lo máximo que se puede exigir para una decisión que contrarié el querer del representante legal, porque no puede llegar a aceptar

que el representante legal, así sea de buena fe y con el mejor deseo atente contra la vida o salud del menor.”

1. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, estando dentro del término legalmente previsto, emitió el concepto de su competencia, en el cual solicitó a la Corte se declarara inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión contenida en el numeral 6° del artículo 46 de la ley 1098 de 2006, por no despertar si quiera una duda mínima sobre la constitucionalidad de la expresión demandada, con base en las siguientes consideraciones:

1. El Ministerio Público encuentra que no se cumplen las condiciones y requisitos sustanciales mínimos establecidos en la ley y decantados por la jurisprudencia de la Corte, para que sea posible hacer un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

1. En efecto, en el caso sub examine el actor demanda una expresión del el numeral 6° del artículo 46 del Código de la Infancia y la Adolescencia, pero su argumentación se refiere a expresiones posteriores del mismo numeral, las cuales no demanda. Así, en realidad la censura no se predica de “garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo”, sino de considerar como relevante para esta actuación el credo, las convicciones y creencias que manifieste el representante legal del menor de edad, y la actuación inmediata del personal médico y administrativo en las demás circunstancias previstas en el numeral, como la existencia de un representante legal, su imposibilidad de otorgar su consentimiento, sus razones personales o culturales, o su negligencia, es irrelevante para el actor. Por ello, para ser al menos coherente, “la expresión demandada debió ser “de credo” y no la que en efecto se demandó.”

1. Por razón a lo anterior, aunque se arguye que la expresión demandada vulnera los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y el debido proceso del representante legal del niño, niña o el adolescente, lo cierto es que ésta no menciona ni hace referencia a tal representante, sino que busca garantizar, como no puede ser de otra manera, que los menores de edad cuya vida se encuentra en peligro inminente reciban la atención inmediata del personal médico y administrativo.

1. En consecuencia, las razones que aduce el actor respecto de la expresión demandada no permiten hacer siquiera un contraste entre la norma legal y norma constitucional pues ni siquiera se corresponden en términos lógicos. Además, estas razones tampoco son claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes pues, aún en el caso que se hubiera demandado la expresión que corresponde a la argumentación de los cargos, el actor no demuestra por qué las libertades y derechos del representante legal del menor de edad deban prevalecer sobre el derecho de éste último a la vida.

1. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del numeral 6 del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006 ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de textos normativo que hacen parte de una ley.

1. CUESTIÓN PREVIA: EXAMEN DE LA APTITUD DE LA DEMANDA

El Procurador General de la Nación solicita a la Corporación se inhiba en el presente caso, en relación con los cargos presentados contra la expresión “garantizar la actuación inmediata

del personal médico y administrativo”, en razón a que la misma no tiene contenido propio, y por el contrario, sus cargos se dirigen a todo el contenido del numeral acusado.

2.2.1.1 El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos indispensables que debe contener la demanda en los procesos de inconstitucionalidad². Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una norma determinada debe referir con precisión el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto.

Es decir, para que realmente exista en la demanda, una imputación o un cargo de inconstitucionalidad, es indispensable que los cargos permitan efectuar a la Corte Constitucional una verdadera confrontación entre la norma acusada, los argumentos expuestos por el demandante y la disposición constitucional supuestamente vulnerada.

2.2.1.2 En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha señalado, en numerosas ocasiones, que no cualquier tipo de argumentación sirve de sustento al análisis que debe realizar el juez de constitucionalidad; es necesario que los razonamientos del actor contengan unos parámetros mínimos que permitan a la Corporación hacer un pronunciamiento de fondo respecto del asunto planteado.

En este contexto, en Sentencia C-1052 de 20013, esta Corporación señaló que las razones presentadas por los accionantes deben ser claras

ciertas, específicas, pertinentes y suficientes⁴, pues de no ser así, la decisión que adopte la Corte necesariamente debe ser inhibitoria⁵.

Esto implica que la acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (cierta). Además, el actor debe mostrar cómo la disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional y no legales, puramente doctrinarios ni referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

2.2.1.3 Por otro lado, en ciertas oportunidades las demandas recaen sobre apartes de una

disposición legal que carece de un sentido regulador propio y autónomo; es decir, el demandante impugna un contenido normativo que no es por sí mismo inteligible y separable. En estos supuestos, el retiro del ordenamiento jurídico de tal aparte demandado produciría como efecto que la completa norma acusada perdiera sentido. Es decir, se está en presencia del fenómeno jurídico que la Corte ha denominado proposición jurídica incompleta.

No obstante, bajo el principio pro actione y el de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, la Corte Constitucional ha ampliado el margen de control inicialmente propuesto por el demandante para así evitar la emisión de fallos ineficaces o insustanciales, así como para garantizar la protección del principio de supremacía constitucional. De este modo, ha establecido las condiciones o circunstancias en las cuales resulta admisible, por razones de unidad normativa, incorporar al proceso de constitucionalidad normas o expresiones que no fueron inicialmente demandadas. 6 Sobre el particular ha señalado la Corporación en Sentencia C-154 de 20027:

“En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio”⁸.

“En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo”.

“Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente

inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que “es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad”⁹.

2.2.1.4 En relación con la integración ha señalado la Corporación que no siempre que se demandan fragmentos normativos, se enfrenta el juez constitucional ante una proposición jurídica incompleta. Por ello se precisaba en la sentencia C-544 de 2007¹⁰, que cuando se acusan segmentos de una disposición, es indispensable tener en cuenta dos aspectos:

“De un lado, que lo acusado presente un contenido comprensible como regla de derecho, susceptible de ser cotejado con los postulados y mandatos constitucionales¹¹, pues “las expresiones aisladas carentes de sentido propio que no producen efectos jurídicos solas o en conexidad con la disposición completa de la cual hacen parte, no son constitucionales ni inconstitucionales”¹². De otro lado, que los apartes normativos que no son demandados y, por ende, no son objeto de pronunciamiento de la Corte, mantengan la capacidad para producir efectos jurídicos y conserven un sentido útil para la interpretación y aplicación normativa. Por ello, la Corte dijo que en aquellos casos en los que ‘la disposición se encuentra en relación inescindible de conexidad con los apartes demandados, de suerte que en caso de que la Corte decidiera declarar inexequibles los apartes acusados, perdería todo sentido la permanencia en el orden jurídico’¹³, también procede la integración de la unidad normativa. De esta forma, se preserva la seguridad jurídica y el principio de obligatoriedad normativa según el cual toda regla de derecho es imperativa y de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios y, mientras se encuentre en el ordenamiento jurídico, debe producir los efectos jurídicos que consagra”.

2.2.1.5 El Procurador solicita la inhibición al considerar que los cargos se encuentran dirigidos contra la totalidad del numeral 6 del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006, pero que, pese a ello, sólo fue demandada la expresión “Garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo”.

No obstante, en aplicación del principio pro actione, la Sala integrará la proposición jurídica. En efecto, tal y como lo señalan los intervinientes: (i) la expresión “garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo”, en forma aislada, no tiene por sí misma un sentido propio, sino que se encuentra en relación inescindible de conexidad con los apartes

demandados. Así, lo que señala la norma es que es una obligación de los servicios de seguridad social la de garantizar en forma inmediata los servicios de salud de las niñas, niños y adolescentes, incluso sin autorización de su representante legal, cuando exista un peligro inminente para su vida, (ii) cualquier pronunciamiento sobre la expresión tendría una incidencia directa y dejaría sin sentido todo el numeral y (iii) los cargos presentados por el ciudadano están, en realidad, encaminados a atacar todo el contenido del numeral 6.

2.2.1.6 En consecuencia, las consideraciones sobre los cargos de la demanda se harán teniendo en cuenta dicha integración, y por ende, constituye una proposición jurídica completa la totalidad del numeral 6 del artículo 46. Además, la Sala observa que del texto de la demanda puede deducirse el problema jurídico planteado por el actor. Éste dirige su acusación contra posibilidad de la actuación médica inmediata en los casos en que se encuentra de por medio la vida de los niños, niñas y adolescentes, aún prescindiendo de la autorización de sus representantes, lo que, en su concepto, transgrede los artículos 16, 18 y 29 de la Carta Política.

1. PROBLEMA JURÍDICO

El aparte normativo demandando forma parte de las obligaciones especiales que se le atribuyen al sistema de seguridad social dentro de la finalidad de asegurarles a los niños, niñas y a los adolescentes el derecho a la salud y por tal vía, el derecho a la vida. En este sentido, ordena que el personal médico y administrativo preste atención inmediata a los infantes, incluso prescindiendo de la autorización de su representante legal, cuando exista riesgo inminente para su vida.

El actor considera que tal disposición desconoce la libertad de los representantes legales de los pacientes menores de edad, de decidir cuales tratamientos aceptan le sean realizados, de acuerdo con sus percepciones personales, culturales o de credo. De otro parte, aduce que se vulnera el artículo 29 de la Constitución por cuanto la norma no contempla la existencia de un procedimiento previo para obtener la aquiescencia para la práctica de procedimientos médicos de aquellos que ejercen la patria potestad del infante.

Corresponde entonces a la Sala estudiar si se desconocen los artículos 16, 18 y 29 de la

Constitución Política al consagrarse como una de las obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud, la de garantizar la actuación inmediata del personal médico cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida,

La Academia Colombiana de Jurisprudencia solicita la declaratoria de exequibilidad señalando que la norma persigue un fin de gran importancia dentro del ordenamiento jurídico que es la protección de la vida del infante o adolescente que se encuentra en unas condiciones de urgencia. Agrega que el derecho a la vida es preponderante y por tanto, se encuentran justificadas las medidas que busquen resguardarlo. En igual sentido se pronuncia la Universidad del Rosario.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar considera que la Corporación debe declarar la exequibilidad de la norma acusada, salvo la expresión “y administrativo”. En su criterio, el actor hace una lectura equivocada de la disposición, por cuanto no consagra una autorización general para prescindir de la autorización de los padres o representantes legales de los niños, niñas y adolescentes, sino una facultad excepcional que permite que en situaciones de emergencia se pueda actuar de manera inmediata. No obstante, señala que la expresión “administrativa”, es inconstitucional por cuanto sólo un médico podría determinar cuándo se está en presencia de una situación urgente. De igual manera, agrega que la jurisprudencia constitucional ha restringido la posibilidad de que los padres aduzcan sus creencias religiosas para negarse a que sus hijos reciban tratamiento médico.

1. CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTEN

2.2.3.1 Respecto a la calidad de sujetos de especial protección constitucional que ostentan los niños, las niñas y los adolescentes, ésta tiene su sustento en los postulados de la Constitución y también en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio del interés superior del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

Ahora, su calidad de sujetos de especial protección deviene del artículo 44 Superior, el cual

establece, entre otros aspectos, que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

También, preceptúa que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás. A su vez, la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), principio II, señala que el niño gozará de una protección especial y que a través de las leyes y otros medios se dispondrá lo necesario para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad; y también contempla que al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

Además de este instrumento, existen otros tratados y convenios internacionales que consagran el principio del interés superior de los menores de dieciocho años, entre los que se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (artículo 19) y la Convención sobre los derechos del niño de 1989¹⁴.

El principio del interés superior del menor de dieciocho años, consagrado en distintos convenios de derechos humanos, se encuentra establecido expresamente en el artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia, así “(...) Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Por otra parte, el artículo 25 de este mismo Código, siguiendo el precepto superior de la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años sobre los demás, estableció: “(...) En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona (...)”.

En definitiva, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes, deviene del (i) artículo 44 Superior que establece que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y del (ii) marco internacional, que consagra el principio del interés superior de los menores de dieciocho años.

2.2.3.2 Acerca de los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes, en las sentencias T-510 de 2003¹⁵ y T-572 de 2009¹⁶, la Corte fijó reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales aplicables para determinar el interés superior de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares, en los siguientes términos:

2.2.3.2.1 Garantía del desarrollo integral del niño. Se debe, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Corresponde a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño. El artículo 7 del Código de la Infancia y la Adolescencia entiende por protección integral “el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.” El mandato constitucional en cuestión, que debe materializarse teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, se encuentra reflejado en los artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷ y en el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño.

2.2.3.2.2 Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño. Los derechos de los niños deben interpretarse de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia. El artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene un mandato contundente en este sentido: “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

2.2.3.2.3 Protección del niño frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y protegerlos frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la

dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta señala que los niños “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

En todo caso, se debe precisar que esta enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

2.2.3.2.4 Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del niño. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres, pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del niño. En este contexto, los derechos e intereses de los padres solo podrán ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevalente. La forma en que se deben armonizar los derechos y resolver los conflictos entre los intereses de los padres y los intereses del niño, no se puede establecer en abstracto, sino en función de las circunstancias de cada caso particular y sin que pueda, en ningún caso, poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del niño, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, so pena de que el Estado intervenga para resguardar los intereses prevalecientes del niño en riesgo.

En estos términos, en la Sentencia T-510 de 200318 la Corporación sostuvo:

“El sentido mismo del verbo ‘prevalecer’¹⁹ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los Estados

se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”²⁰

2.2.3.2.5 Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño. El desarrollo integral y armónico de los niños (art. 44 CP), exige una familia en la que los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. Al respecto el art. 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia prevé que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella.”

2.2.3.2.6 Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir motivos adicionales poderosos, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. “Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella - un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta.” Así mismo, lo dispone el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia”²¹

En definitiva, (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de los derechos fundamentales de los menores de 18 años y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular y (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de 18 años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor

manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS

1. El principio del interés superior de los menores de 18 años se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a participar en las decisiones que los afecten. En estos términos, el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño define la garantía de ser escuchados en los siguientes términos:

2.

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

2.2.4.2 El Comité de los Derechos del Niño “El Comité”, a través de la Observación General número 12 acerca del derecho de los niños, las niñas y adolescentes a ser escuchados, realizó el siguiente análisis: (i) esta garantía los reconoce como plenos sujetos de derechos, independientemente de que carezcan de la autonomía de los adultos; (ii) este derecho debe ser tenido en cuenta para la interpretación del resto de sus garantías. (iii) Respecto al precepto de que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en función de su edad y madurez, el Comité precisó:

1- Ante todo el ejercicio del derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación de

los menores de 18 años. 2- los Estados partes deben partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde demostrar previamente que tienen esa capacidad. Es el Estado quien deberá, en concreto, evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma. 3- No existe un límite de edad para que los menores de 18 años manifiesten su libre opinión en todos los asuntos que los afectan, aún más, el Comité desaconseja que los Estados fijen una edad para restringir su derecho a ser escuchados.²² 4- La disposición que se analiza no evidencia que la edad en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. 5- Respecto a la madurez, va ligada con el nivel de comprensión de un asunto y la evaluación de sus consecuencias, podría definirse como “la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (...) cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”. (iv) La opinión del niño, la niña o adolescente debe escucharse en todos los asuntos que los afecten cuando son capaces de expresar sus propias opiniones frente al mismo.

2.2.4.3 Por otra parte, en concordancia con el numeral 2 del artículo 12 de la Convención, el Código de la Infancia y la Adolescencia de nuestro país en su artículo 26, reconoce el derecho al debido proceso en los siguientes términos: “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”. (Subraya fuera de texto)

1. EL CONSENTIMIENTO EN LOS PROCEDIMIENTOS MÉDICOS EN EL CASO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

1. El consentimiento sustituto y sus límites

2.2.5.1.1 Reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en virtud del principio de autonomía individual, todo paciente debe prestar su consentimiento para adelantar cualquier procedimiento médico, hospitalario o quirúrgico que requiera el tratamiento de un estado patológico.

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

2.2.5.1.2 Es de tal importancia la existencia de tal consentimiento que en el ordenamiento internacional se ha establecido como un derecho fundamental autónomo. En efecto, en el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos del Hombre y la Biomedicina del 4 de abril de 1997 se consagra:

“Artículo 5. Consentimiento. Regla General. Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. // Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. // En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

2.2.5.1.3 De igual manera, la jurisprudencia ha establecido que dicho consentimiento se caracteriza por ser libre, informado, autónomo, constante y, cualificado²⁴. Sobre la naturaleza de cada una de estas características, señaló la Corte en Sentencia T-560A de 2007²⁵:

El citado acuerdo es libre e informado, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza

sobre los riesgos previsible, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de prejuicio o coacción que límite la suficiencia de la información e impida la expresión autónoma de una decisión médica. Se entiende que el consentimiento es cualificado cuando es necesario instaurar procedimientos que permitan constatar la autenticidad de la manifestación de voluntad, como ocurre, a manera de ejemplo, con los tratamientos invasivos de asignación de sexo, en cuyo caso la jurisprudencia constitucional exige que el consentimiento debe constar como mínimo por escrito²⁶. Por último, se considera que el acuerdo de voluntades es persistente, para significar que la información médica debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio.

Desde esta perspectiva, es innegable que el consentimiento informado debe responder a la libre voluntad de quien busca mejorar su estado de salud, sujeto exclusivamente a un juicio de ponderación acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos del proceder médico, de tal manera que permita mantener con firmeza la decisión que requiera el cuidado y atención de un estado patológico, y por lo mismo, rechace cualquier determinación que responda a una situación irreflexiva o precipitada.

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

Sobre el particular, en primer lugar se ha dicho que el consentimiento sustituto es una manifestación de la patria potestad, a través de la cual se pretende mejorar las condiciones de salud de los hijos²⁷, por cuanto se supone que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la bondad de la intervención paternal. Esta figura se identifica en la doctrina con el nombre de consentimiento orientado hacia el futuro²⁸.

En este orden de ideas, se ha dicho que tal facultad garantiza la efectiva protección de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física de quienes no están en capacidad de decidir de manera autónoma sobre su propio cuerpo y se encuentra consagrada en el artículo

14 de la Ley 23 de 1981 que dispone “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”.

2.2.5.1.5. En segundo lugar, se ha entendido que la capacidad civil de los niños no es aplicable en forma automática al consentimiento en los tratamientos médicos. Por el contrario, el concepto de autonomía, supone el reconocimiento de la dignidad humana por parte del Estado y de la sociedad, lo que impone tratar al individuo como un sujeto moral, que tiene derecho a decidir libre y con total independencia el futuro de su proyecto de vida²⁹; mientras que, por el contrario, el concepto de capacidad de ejercicio se centra exclusivamente en la habilitación legal para actuar en el mundo de los negocios.

En este sentido, debe tenerse en consideración la opinión del niño, en razón de su edad y madurez psicológica, pero además esta Corporación ha señalado que las prácticas médicas consideradas altamente invasivas, de difícil realización, riesgosas o vinculadas estrechamente con la definición de la propia personalidad del individuo, imponen necesariamente el consentimiento del paciente para su ejecución.

Dicha situación ocurre, por ejemplo, con las operaciones de asignación de sexo³⁰ o los procedimientos quirúrgicos de esterilización³¹. En relación con esta materia, la Corte en sentencia SU-337 de 1999³², al estudiar si resultaba posible que los padres de un menor de 18 años consintieran la realización de una cirugía de determinación del sexo por sufrir hermafroditismo, señaló:

“(…) hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, realizados en infantes de poca edad y de evidentes beneficios médicos para su salud. 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

respetar entonces la autonomía con base en lo que algunos autores denominan un 'consentimiento orientado hacia el futuro', esto es, la decisión se funda en aquello que los hijos verán con beneplácito al ser plenamente autónomos, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito. 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 meras razones estéticas. 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 comparte. La decisión paterna deja entonces de tener sentido para proteger los intereses del menor y se convierte en la imposición coactiva a los individuos de un modelo estético contrario al que éste profesa, 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)".

Esta ha sido la posición acogida por la Corte en varias providencias, entre las que se encuentran la Sentencia T-1025 de 200233, T-492 de 200634, T-560A de 200735, entre otras.

2.2.5.1.6 Finalmente, la jurisprudencia ha concluido que dada la complejidad de las situaciones, es difícil el establecimiento de reglas generales.

No obstante, se ha precisado³⁶ que ello implica una labor de ponderación 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. Con todo, la Corte ha precisado que debe tomarse en consideración (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor de 18 años, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente.

2.2.5.2 El deber de prestación del servicio de salud ante la negativa del paciente a recibir el medicamento o tratamiento prescrito cuando se trata de niños, niñas y adolescentes

Sobre el particular dijo la Sentencia T-052 de 201037: “Siendo titular de su propia vida, la decisión respecto de los medios o recursos disponibles para la recuperación de la salud es desarrollo de la autonomía personal del paciente, la cual se encuentra íntimamente relacionada con los principios de dignidad y autodeterminación de las personas, superándose así la visión paternalista de la salud -que rigió por mucho tiempo- según la cual el médico adoptaba libremente las determinaciones clínicas a favor de su paciente sin su pleno consentimiento.³⁸

2.2.5.2.2 En este sentido, ha considerado la Corte que el consentimiento informado implica que el médico tiene la obligación de ilustrar, con base en su conocimiento técnico, el procedimiento o tratamiento que constituya la mejor alternativa para curar, paliar o mitigar el dolor que produce la enfermedad del paciente. Así, “le compete al profesional de la salud explicar de modo claro, completo detallado y preciso las ventajas, implicaciones y riesgos que le puede traer su práctica, con el fin de que el paciente se haga cargo de su propia situación”.

Por su parte, el enfermo tiene el derecho a elegir si se somete o no al procedimiento, de conformidad con sus concepciones personales y sus creencias, “sin que se le pueda imponer una vía terapéutica en contra de su voluntad, aunque según el criterio médico esa resulte ser más idónea o la curativa de la enfermedad”.³⁹

2.2.5.2.3 En razón de ello, la Corte ha admitido la negativa de pacientes mayores de edad de negarse a recibir ciertos procedimientos aduciendo creencias personales o religiosas.

En la Sentencia T-659 de 200240, la Corte estudio el caso de una señora que profesaba la religión de los “Testigos de Jehová”, por lo que expresó, por escrito, su negativa a recibir transfusiones de sangre, no obstante su delicado estado de salud. El amparo fue solicitado por su esposo con el fin de lograr se realizara la transfusión, aún en contra de la voluntad de su esposa. La Corporación negó el amparo por considerar que debía primar la decisión adoptada por la paciente conforme a su credo religioso, sin que fuera lícito obligarla a asumir otro comportamiento y señaló que la señora “era titular de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos y, según la fe que profesaba, debía rehusarse a que se le practicaran transfusiones de sangre, de modo que, siendo plenamente capaz, no era dable que a través de una orden impartida por

el juez constitucional de tutela se contrariara su voluntad, manifestada por demás en forma consciente y reiterada y habiendo optado por la opción de que se le aplicara un tratamiento médico alternativo que a su juicio no contrariaba su fe.” En igual sentido, se encuentran las Sentencias T-471 de 200541 y T-052 de 201042 en donde se ha sostenido que “[l]a decisión de no aceptar la transfusión de sangre constituye un acto razonado y legítimo del accionante, en tanto que fue voluntario, realizado en ejercicio de la autonomía, en acatamiento de su creencia religiosa y en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad y libertad de cultos.”

2.2.5.2.4 No obstante, la Corte ha señalado que la protección prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una razón válida para restringir el derecho del paciente o de su representante legal a objetar la realización de un procedimiento médico. En razón de ello ha señalado que ciertas determinaciones de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, por cuanto ponen en peligro la vida de los menores de 18 años. Sobre el particular ha privilegiado los derechos de los niños frente a las creencias religiosas.

En la Sentencia T-411 de 199443 el médico tratante de una menor de edad interpuso acción de tutela en contra de los padres, con el fin de que se le amparara el derecho a la vida, consagrado en los artículos 11 y 44 de la Constitución Política. La madre había llevado a su consultorio a la niña, a quien le diagnosticó bronconeumonía, desnutrición y deshidratación, razón por la cual advirtió que debía ser hospitalizada inmediatamente. No obstante, no obtuvo su autorización por cuanto su culto religioso se lo impedía. La Corte consideró que no podía excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a los niños, niñas o adolescentes, so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres. Dijo entonces la Corte:

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

a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad.

(...)

Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección, de conformidad con el artículo 13 superior.⁴⁴

Una situación similar fue abordada por esta Corporación en la sentencia T-474 de 1996⁴⁵. Allí era el adolescente, a quien le faltaban pocos meses para llegar a la mayoría de edad, el que se negaba a recibir un tratamiento de quimioterapia. La Corte autorizó que el padre prestara el consentimiento, ya que la situación era extrema, debido a la urgencia y necesidad de ese tratamiento, y en el entendido de que el menor no se oponía a la ayuda médica como tal, sino exclusivamente a la transfusión que podrían efectuarle. Sostuvo que “El tratamiento era entonces necesario no sólo para amparar la vida y salud sino también para proteger la estabilidad emocional del menor, que ha entendido que de él en gran medida depende que cuente con la posibilidad de un futuro”⁴⁶. Por consiguiente, en este caso, la Corte consideró que, debido a esas circunstancias, primaba el deber estatal y parental de proteger la vida del menor.

En la Sentencia T-823 de 2002⁴⁷ la Corporación precisó que cuando el paciente es menor de edad y requiere con suma urgencia la realización de un procedimiento médico puede prescindirse del consentimiento. Sobre el particular dijo:

“cualquier tipo de tratamiento, sea de carácter ordinario o invasivo, exige el consentimiento idóneo del paciente (bien sea manifestado de manera expresa o de forma tácita), so pena de incurrir en una actuación ilegal o ilícita susceptible de comprometer la responsabilidad médica. Sin embargo, existen situaciones excepcionales que legitiman a dichos profesionales para actuar sin consentimiento alguno, en acatamiento básicamente del principio de beneficencia. A saber: (i) En casos de urgencia, (ii) cuando el estado del paciente no es normal o se encuentre en condición de inconsciencia y carezca de parientes o allegados que lo suplan y; (iii) cuando el paciente es menor de edad .”

En igual sentido, en la Sentencia T-471 de 200548, la jurisprudencia reiteró que sólo en los casos de las personas mayores de edad la decisión de no aceptar la transfusión de sangre constituía un acto razonado y legítimo del accionante.⁴⁹ En dicha oportunidad se sostuvo:

“Reitera esta Sala de Revisión el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-474 de 1996, según el cual, en el Estado Social de Derecho, que reivindica al hombre como individuo libre y autónomo, incurso en continuo proceso evolutivo, epicentro de la organización política, fin y no medio de las acciones del Estado, 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. (Subrayado fuera del texto)

Esta misma posición se ha reiterado en la Sentencia T-052 de 201050, en donde nuevamente se afirma que el rechazo a procedimientos médicos en razón de las creencias religiosas, es válido siempre y cuando provenga de individuos plenamente capaces: “Según la línea jurisprudencial expuesta, cuando se trata de procedimientos médicos que deban rehusar las personas en virtud de sus creencias religiosas, la Corte ampara el derecho fundamental a la libertad de cultos, siempre que exista el consentimiento informado del paciente, otorgado por sujeto plenamente capaz, de manera voluntaria, libre y razonada y en virtud de la autonomía personal de que es titular, verificando en todo caso, que no incumpla con la obligación que tiene de preservar en todo momento su vida, integridad personal y su salud y además que, con ello no cause daño a los demás.”

2.2.5.2.5. Se concluye entonces que, según la línea jurisprudencial expuesta, la Corte ampara el derecho fundamental a la libertad de cultos y de conciencia cuando los pacientes rehúsan la práctica de procedimientos médicos en virtud de sus creencias, siempre que exista el su consentimiento informado, otorgado por sujeto plenamente capaz, de manera voluntaria, libre y razonada y en virtud de la autonomía personal de que es titular. Por el contrario, en el caso de los niños, niñas y adolescentes la protección del derecho a la vida y a la integridad

personal de los infantes es un deber prioritario y por tanto, resultan, en principio, admisibles aquellas medidas que garantizan la primacía de sus derechos, incluso en contra la determinación de los padres.

1. CASO CONCRETO

3.1 Debe entonces analizarse si se desconocen los artículos 16, 18 y 29 de la Constitución Política al consagrarse como una de las obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud, la de garantizar la actuación inmediata del personal médico cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida. Ello cuando no sea posible obtener la autorización del representante legal, ya sea por imposibilidad fáctica de obtenerlo o cuanto éste no autorice por razones personales, culturales, de credo o sea negligente. Lo anterior, siempre en atención al interés superior de los menores de 18 años y la prevalencia de sus derechos.

3.2 Tal y como se explicó, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que en virtud del principio de autonomía individual, resulta necesaria la autorización del paciente para adelantar procedimientos médicos, hospitalarios o quirúrgicos que se requieran para el tratamiento de un estado patológico. Este regla además, es un mandato consagrado en los artículos 1 y 15 del Código de Ética Médica

Dicho consentimiento busca garantizar la dignidad del enfermo, quien debe ponderar y decidir acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos del proceder médico, y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional éste debe contar con las características de ser libre, informado, autónomo, constante y, en algunas ocasiones, cualificado⁵¹.

3.3 En el caso de los niños, niñas y adolescentes, en principio, corresponde a quienes ejercen la patria potestad prestar su consentimiento para la práctica de las distintas intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para la recuperación o rehabilitación de un estado patológico, a través del denominado consentimiento sustituto. No obstante, esta facultad no es absoluta, y por el contrario: (i) debe garantizarse que la opinión del niño sea consultada, de acuerdo a su edad y madurez y (ii) bajo ciertas circunstancias

resulta indispensable el consentimiento informado del menor de 18 años, en aras de salvaguardar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la proyección de la identidad y autonomía personal y, en últimas, la vida digna, especialmente en aquellos procedimientos altamente invasivos y definitivos.

En este orden de ideas, se ha dicho que en esta clase de procedimientos, el paciente, sin importar su edad, tiene derecho a decidir que es lo que más le conviene, sin que el Estado, ni la sociedad, puedan imponerle un específico procedimiento médico sobre otro, siempre que tenga el raciocinio necesario para entender su situación y decidir conforme a ese entendimiento.⁵²

Es decir, las reglas sobre capacidad consagradas en la legislación civil no son trasladables para determinar la plausibilidad del consentimiento en los casos de los niños, niñas y adolescente, en relación con las intervenciones médicas. Lo anterior por cuanto no sólo la Constitución, como el ordenamiento interno e internacional les reconoce el derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten, sino que además el concepto de autonomía, supone el reconocimiento de la dignidad humana por parte del Estado y de la sociedad.

En conclusión, tal y como lo ha desarrollado la doctrina constitucional, si bien algunas decisiones acerca de la salud de los niños, niñas y adolescentes pueden ser adoptadas por sus padres, como consecuencia de su falta de capacidad de ejercicio y del desarrollo de la patria potestad, ello no es trasladable cuando las mismas tienen un alto impacto en la definición de la personalidad del individuo.

3.4 La norma acusada excepciona esa necesidad de consentimiento informado del paciente o de su representante legal en los casos en que se encuentre en peligro inminente la vida de un niño, niña o adolescente. Encuentra la Sala que dicha restricción se encuentra plenamente justificada, por varias razones.

En estos términos, debe la Sala advertir que la expresión “peligro inminente para su vida”, denota la intención del legislador de establecer dicha facultad en situaciones absolutamente indispensables, urgentes e inminentes que requieren la decisión e intervención inmediata del personal médico. En este sentido, la norma regula situaciones de urgencia con grave riesgo vital. En palabras de la American Medical Association “aquella situación que requiere

atención médica inmediata”.

3.4.2 En segundo lugar, lo consagrado en el numeral 6 del artículo 46 del Código de Infancia y Adolescencia es una consecuencia necesaria de lo dispuesto en el artículo 44 Superior que señala que “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Además, “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

De otro lado, el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

En este sentido, el legislador debe tomar medidas encaminadas a proteger la vida e integridad de los niños, incluso y bajo circunstancias excepcionales, sobre el querer de sus representantes legales. Ello no sólo se desprende del numeral 6 del artículo 46, sino de otras disposiciones de la Ley 1098 de 2006.

En efecto, el nuevo Código de Infancia y Adolescencia privilegia el interés superior del niño, señala que deberá aplicarse las normas más favorables y ordena al Estado, la sociedad y la familia propender, en forma corresponsable, por la protección de sus derechos. En estos términos, el sistema de seguridad social en salud tiene una obligación principal, no subsidiaria en la protección de la vida e integridad de los infantes. Sobre el particular dispone:

“ARTÍCULO 6o. REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.

ARTÍCULO 7o. PROTECCIÓN INTEGRAL. Se entiende por protección integral de los niños, niñas

y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

(...)

ARTÍCULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

ARTÍCULO 10. CORRESPONSABILIDAD. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.”

3.4.3 En tercer lugar, y al contrario de lo sostenido por el actor, la disposición atacada recoge los principales criterios esbozados por la Corte Constitucional, frente a los cuales se ha considerado como válida el prescindir de autorización en caso de los menores de 18 años. Esto es, que exista (i) inminencia del peligro para la vida del niño, (ii) carencia o ausencia del representante legal o su imposibilidad para otorgar el consentimiento, (iii) negativa del padre a autorizar derivada de razones personales, de credo o de cultura y (iv) la consideración del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos.

3.5 Por otro lado, y en relación con la supuesta vulneración del derecho a la libertad de conciencia consagrado en el artículo 18, señala el accionante que la intervención inmediata del personal médico desconoce la facultad del representante legal de oponerse, por razones de credo, a la realización de ciertos procedimientos médicos.

Cabe señalar que tal y como se desarrolló en la parte motiva de esta providencia, el derecho a actuar conforme a la conciencia, como todo derecho fundamental está sujeto a límites. Sobre el ejercicio de esta libertad en el plano médico, la Corte Constitucional ha señalado

que en el caso de mayores de edad, las personas tienen derecho a rehusar procedimientos médicos que atenten contra sus creencias, siempre y cuando con la decisión no se vulneren los derechos a la vida e integridad personal de terceras personas. Sobre el particular ha señalado expresamente que en dichos casos “la Corte ampara el derecho fundamental a la libertad de cultos, siempre que exista el consentimiento informado del paciente, otorgado por sujeto plenamente capaz” 53

De la misma manera, en el caso de los niñas, niños y adolescentes, la Corte Constitucional ha manifestado que la garantía de libertad de conciencia no cobija a los padres o representantes legales que con base en sus creencias particulares rehúsan procedimientos médicos que son esenciales para garantizar su derecho a la vida o salud, por cuanto dichos derechos son indisponibles por parte de terceros, incluso de los padres.

3.6 En relación con la supuesta vulneración del debido proceso consagrado en el artículo 29, lo expuesto en precedencia permite señalar que la norma regula situaciones de urgencia que requieren tomar una decisión inmediata del personal administrativo y médico, razón por la cual sería un contrasentido imponer un procedimiento para obtener el consentimiento, por cuanto podría poner en riegos la atención inmediata del menor de 18 años.

3.7. Finalmente, esta Sala considera que no procede la declaratoria de inexequibilidad de la expresión “y administrativo” propuesta por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por las siguientes razones.

En primer lugar, de una lectura de la norma se deduce que lo que se busca es la atención inmediata por parte del sistema de sistema de seguridad social en salud en situaciones de urgencia. La disposición consagra que debe garantizarse “la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida”. En estos términos, al contrario de lo sostenido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la disposición no está en poniendo en cabeza del personal administrativo la decisión científica sobre el procedimiento a seguir, sino que está ordenando la reacción inmediata del sistema cuando está de por medio la vida del menor de 18 años.

En segundo lugar, la declaratoria de inexequibilidad de la expresión “y administrativo”, podría acarrear problemas en la prestación del servicio. En efecto, si no se vincula al

personal administrativo podrían presentarse trabas en los trámites que se requieren para la autorización de un servicio médico. Piénsese que, incluso, si no se vincula a tal obligación a dicho personal se dificultaría la realización inmediata del concepto médico. No obstante, esta Sala considera necesario resaltar que la decisión científica se encuentra en cabeza exclusiva del personal médico, quien es el único que podría determinar tanto si se está en presencia de una situación de urgencia con riesgo vital, como el tratamiento a seguir.

Así, teniendo en cuenta que el goce efectivo del derecho es el objetivo primario del sistema y, por tanto, también el parámetro para la evaluación de su desempeño, la Corte ha indicado que quienes están obligados a la prestación del servicio de salud o participan en el sistema de alguna manera no pueden oponer razones económicas, administrativas, funcionales y/o contractuales para no suministrar los tratamientos y medicamentos de forma oportuna, completa, continua y con calidad; en términos generales, para realizar el derecho a la salud en el ámbito de sus competencias. Como ha resaltado la Corte, la creación de barreras burocráticas que impiden el acceso o la oportuna y adecuada prestación de los servicios vulnera el derecho a la salud de las personas.

La Corte también ha resaltado que los trámites, las dificultades administrativas dirigidas a promover la eficiencia⁵⁵ y las medidas de control no pueden anteponerse a la prestación del servicio de forma oportuna. Así por ejemplo, la Corte ha resaltado que la demora en la entrega de medicamentos o en la prestación de un servicio que se requiere, obliga a los usuarios a asumir una carga desproporcionada que afecta su bienestar⁵⁶ y, por tanto, constituye una vulneración del derecho a la salud.

Por todo lo anterior, resulta necesaria la vinculación de todo el sistema en la prestación oportuna del servicio médico a los niños, niñas y adolescentes, especialmente cuando se encuentra un riesgo inminente para su vida.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el numeral 6º del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006, por los cargos estudiados en la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Ausente en comisión

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Impedimento aceptado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia C-170 del 2 de marzo de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

2 Dice la citada norma: “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”.

3 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

4 La claridad de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa.

(....)

Las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y no simplemente [sobre una] deducida por el actor, o implícita” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden”.

Las razones son específicas si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través “de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada”. El juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan. Sin duda, esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

La pertinencia también es un elemento esencial de las razones que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad. Esto quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales y doctrinarias, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que “el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”; tampoco prosperarán las acusaciones que fundan el reparo contra la norma demandada en un análisis de conveniencia, calificándola “de inocua, innecesaria, o reiterativa” a partir de una valoración parcial de sus efectos.

La suficiencia que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda

relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche. Por otra parte, la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.” (Subrayado fuera del texto)

5 Sentencia C-641 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Tomado de las Sentencias C-1052 y 1193 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras

6 Entre muchas otras, pueden consultarse las sentencias C-064, C-335, C-1155, C-1299 de 2005; C-109 de 2006, C-871 de 2003, C-204 de 2001.

7 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

8 Sobre casos en los cuales la Corte ha integrado una proposición jurídica completa y se ha pronunciado sobre apartes normativos no acusados que conformaban una unidad lógico-jurídica inescindible con otros apartes sí demandados, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-560 de 1997, C-565 de 1998, C-1647 de 2000, C-1106 de 2000 y C-154 de 2002.

9 Esta última hipótesis proveniente de la sentencia C-320 de 1997.

10 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

11 Sentencias C-154 de 2002 y C-1155 de 2005, entre otras.

12 Sentencia C-233 de 2003 y C-064 de 2005.

13 Sentencia C-109 de 2006

14 Corte Constitucional, sentencia C-853 del 25 de noviembre de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“15 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa”

“16 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto”

“17 Artículo 6: “(...) 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Artículo 27: ‘1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas responsables por el niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (...).’”

18 M.P. Manuel José Cepeda

“19 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ‘prevaler’ significa, en su primera acepción, ‘sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras’”

“20 Sentencia T-510 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa)”

21 Corte Constitucional, sentencia T-502 del 30 de junio de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

22 En primer lugar (...) a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que (...) Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños

con discapacidades (...) minorías (...) indígenas (...) migrantes y otros (...) en la Observación General número 12 de 2009 del Comité de los derechos del niño.

23 Subrayado por fuera del texto original.

24 Véase, entre otras, las sentencias T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-1390 de 2000, T-850 de 2002, T-1025 de 2002, T-248 de 2003, T-492 de 2006 y T-1019 de 2006.

25 M.P. Rodrigo Escobar Gil

26 Sentencia T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

27 Ver Sentencia T-474 de 1996, T-337 de 1999 y T-1025 de 2002, entre otros.

28 SU-337 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

29 Véase, al respecto, la sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil

30 Véase, entre otras, las sentencias SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil

31 Véase, entre otras, las sentencias T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-248 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-492 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1019 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

33 M.P. Rodrigo Escobar Gil

34 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

35 M.P. Rodrigo Escobar Gil

36 Ver en particular las sentencias T-477 de 1995, T-474 de 1996 y SU-642 de 1998.

37 M.P. Mauricio González

38 Sentencia T-401 de 2004 reiterada entre otras en las sentencias T-823 de 2002 y T-216 de 2008

39 T-216 de 2008

40 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

41 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

42 M.P. Mauricio González Cuervo

43 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

44 Ibídem, Consideración de la Corte 4.2.1 y 4.2.2. En el mismo sentido, en jurisprudencia comparada, ver la decisión de la Corte Suprema de Nueva York (Matter of Sampson, 29 NY2d 900; Matter of Vasko, 238 App Div 128).

45 M.P. Fabio Morón Díaz

46 Sentencia T-474 de 1996. MP Fabio Morón Díaz. Consideración de la Corte 4.3.4

47 M.P. Rodrigo Escobar Gil

48 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

49 Por tanto concluyó que no constituía excusa válida la esgrimida por la EPS, para negar la entrega de los medicamentos requeridos.

50 M.P. Mauricio González Cuervo

51 Véase, entre otras, las sentencias T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-1390 de 2000, T-850 de 2002, T-1025 de 2002, T-248 de 2003, T-492 de 2006 y T-1019 de 2006.

52 Cfr. Ver- T-560 A de 2007

53 T-T-052 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo

54 Ver artículo 155 de la Ley 100.

55 Vale la pena recordar, como se hizo en la sentencia C-252 de 2010, que “[e]l principio de eficiencia en el sistema de seguridad social en salud es más amplio al involucrar un servicio

público esencial que a su vez constituye un derecho fundamental, por lo que trasciende los criterios meramente económicos. Además, recuérdese que la Corte ha llamado la atención sobre la expresión rentabilidad financiera, como proyección apenas parcial del principio de eficiencia, que debe ser interpretada en armonía con los demás principios superiores que rigen la prestación del servicio de salud, a saber los de solidaridad y universalidad.” Cfr. consideración 6.2.9.

56 Cfr. sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración 6.1.4.1.1.