

Sentencia T-303/16

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Alcance y elementos

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Contenido y alcance

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios rectores como oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, continuidad

DERECHO A LA SALUD Y PREVALENCIA DE LA ORDEN DEL MEDICO TRATANTE-Persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico

La jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como “médico tratante”; no obstante en algunas oportunidades esta Corporación negó el amparo de tutela por el hecho de solicitarse un servicio de salud que fue ordenado por un médico que no está adscrito a la EPS a la que la persona se encuentra afiliada.

PROTECCION DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL-Marco jurídico constitucional y legal colombiano

Nuestro ordenamiento Constitucional ha introducido normas mediante las cuales dispone un tratamiento preferencial para las personas que se encuentran en una situación mayor de vulnerabilidad, como manifestación del principio de igualdad material, una de las principales innovaciones del modelo de Estado Social de Derecho.

PROTECCION DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL-Marco jurídico internacional

Debe resaltarse que las personas con discapacidad tienen el derecho a su reconocimiento de la personalidad jurídica. En complemento de lo anterior, la CDPD señala que los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se

brinden salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, las cuales, deberán asegurar que las medidas referidas a la capacidad jurídica “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas (...)”. De igual modo, consagra que los Estados deben velar porque las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica, ante lo cual, en las medidas que versen sobre dicho tema se deberán respetar sus derechos, su voluntad y las preferencias de la persona, se buscará que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida, las medidas deberán ser proporcionales y adaptadas a la persona, se aplicarán en el plazo más corto posible y estarán sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

DERECHO A LA CAPACIDAD JURIDICA DE PERSONA EN CONDICION DE DISCAPACIDAD MENTAL

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Alcance

El consentimiento informado es una consecuencia lógica del derecho a la información y el derecho a la autonomía (C.P. artículos 16 y 20). Así, este derecho consiste en ser informado de manera clara objetiva, idónea y oportuna de aquellos procedimientos médicos que afecten en mayor o menor medida otros bienes jurídicos esenciales como la vida y la integridad personal. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el consentimiento informado tiene un carácter de principio autónomo que, además, materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y el pluralismo. Aunado a ello, constituye una garantía para la protección de los derechos a la salud y a la integridad personal.

CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL AMBITO DE SALUD-Casos excepcionales en los que la exigencia es menos estricta o se prescinde de ella

Las situaciones excepcionales en las que la exigencia de consentimiento informado en el ámbito de la salud es menos estricta o se prescinde de ella totalmente son: (i) cuando se presenta una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros; (iii) cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) cuando el paciente se

encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento, aspecto en el que se ahondará más adelante.

CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO-Jurisprudencia constitucional

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Criterios para determinar en qué casos debe prevalecer la decisión autónoma de menores de edad o de personas con discapacidad mental y en las cuales debe primar la voluntad informada de sus representantes

Tratándose de consentimiento sustituto la Corte Constitucional inicialmente había aceptado su aplicación en tres eventos: “1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad”. Posteriormente, a raíz de los casos de menores de edad intersexuales, dejó de otorgarse plena prevalencia al consentimiento paterno y se definieron criterios que matizaban la posibilidad de desechar el consentimiento del propio sujeto afectado por la intervención sanitaria bajo la protección del mejor interés del niño. En los mencionados casos, se precisó desde la protección de la posibilidad de ejercer la autonomía en el futuro frente a cuestiones determinantes para el libre desarrollo de la persona y su identidad. Esos criterios han avanzado hacia la prevalencia de las capacidades evolutivas de los menores de edad en la toma de decisiones bajo el cual se ha establecido “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que este adopte,” premisa que es plenamente aplicable a las manifestaciones de voluntad sobre tratamientos médicos.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL-Jurisprudencia constitucional sobre consentimiento sustituto como medio para avalar procedimientos médicos

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD A PROCEDIMIENTOS DE ESTERILIZACION QUIRURGICA-Jurisprudencia constitucional

La Corte Constitucional ha realizado un juicioso análisis sobre el consentimiento que debe preceder la práctica de los procedimientos de anticoncepción quirúrgica sobre menores y

mayores de edad cuando se encuentran en situación de discapacidad. De esa manera, se han planteado importantes conclusiones jurisprudenciales sobre temas como la autonomía y autodeterminación, el derecho a tener una familia y los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad. Además, se han establecido requisitos y parámetros para darle vía libre al consentimiento informado, sustituto, cualificado y persistente, como una excepción a la práctica de la esterilización quirúrgica definitiva tanto en menores como en mayores de edad en situación de discapacidad.

CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MENORES DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Jurisprudencia constitucional/CONSENTIMIENTO EN MATERIA DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MAYORES DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Jurisprudencia constitucional

PROTECCION DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Y DERECHO A CONFORMAR UNA FAMILIA DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Jurisprudencia constitucional

ACCION DE TUTELA PARA AUTORIZACION DEL PROCEDIMIENTO DE ESTERILIZACION QUIRURGICA A MENOR DE EDAD EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Improcedencia para ordenar ligadura de trompas por incumplir requisitos

Referencia: expediente T-5.405.551

Acción de Tutela instaurada por María Patricia Vélez Fernández, en representación de su hija Manuela Echavarría Vélez contra Salud Total EPS.

Derechos fundamentales invocados: Salud, vida y dignidad humana.

Temas: (i) agencia oficiosa en acciones de tutela; (ii) el carácter fundamental del derecho a la salud; (iii) prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere un servicio de salud; (iv) protección constitucional de las personas en situación de discapacidad mental; (v) el consentimiento informado, sustituto, cualificado y persistente paterno y; (vi) consentimiento para la esterilización quirúrgica de persona en situación de discapacidad mental.

Problema jurídico: Determinar si Salud Total EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana de la joven Manuela Echavarría Vélez, quien fue

diagnosticada con discapacidad mental moderada y alteraciones de conducta, al negarle el médico tratante y adscrito a la acciónada, la práctica del procedimiento de esterilización quirúrgica de “ligadura de trompas” solicitado por su madre, bajo el argumento de que requiere una autorización judicial especial para el mismo.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, quien la preside, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido el veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015) por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí el veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), mediante la cual se negó la acción de tutela al no evidenciarse la vulneración de los derechos fundamentales de Manuela Echavarría Vélez.

1. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD.

La Señora María Patricia Vélez presentó escrito de tutela en representación de su hija Manuela Echevarría Vélez, quien fue diagnosticada con retraso mental moderado (al momento de presentación de la demanda era menor de edad); contra Salud total EPS, al considerar que la negativa del procedimiento de ligadura de trompas para su hija, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana. Por tanto, solicita se le ordene a la demandada realizar planificación definitiva a la joven Echevarría Vélez, sin necesidad de autorización judicial, permitiendo únicamente la manifestación hecha por su

representante legal.

1.2. HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO.

1.2.1 Dentro del escrito de tutela afirma la accionante que su hija tiene diecisiete (17) años y fue diagnosticada con retraso mental moderado, deterioro del comportamiento significativo y trastorno de la conducta no especificado.

1.2.2 Señala que la joven Manuela Echavarría es de muy difícil manejo y que además debe encerrarla porque es asediada por los hombres; motivo por el cual solicitó al ginecólogo de la EPS Salud Total que le ordenara la ligadura de trompas para evitar un embarazo no deseado.

1.2.3 Manifiesta que el ginecólogo se negó a hacer el procedimiento de ligadura de trompas, hasta tanto no allegara una orden judicial que lo autorizara.

1.2.4 Narra que debido a la negativa de la accionada, su calidad de vida ha cambiado pues es madre cabeza de familia y debe trabajar para sostener su hogar, lo cual le implica dejar sola a su hija durante largas jornadas.

1.2.5 Sostiene que la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que cuando las personas se encuentran en una situación de riesgo se deben tomar todas las cautelas posibles de modo que se evite provocar una afectación de la salud en alguno de esos aspectos.

1.2.6 Arguye que Salud Total EPS no ha actuado de manera preventiva frente a la menor en condición de discapacidad, pues con el procedimiento quirúrgico de planificación definitiva que pretende la accionante le sea realizado, se evitarían situaciones irreversibles que implican altos costos económicos, sociales y emocionales.

1.2.7 Frente al derecho a la vida y a la dignidad humana, hace mención a la Sentencia T-010 de 1999, señalando que “el derecho constitucional fundamental a la vida no significa en manera alguna, la posibilidad de existir de cualquier manera sino la posibilidad de tener una existencia digna. (...) no solamente el que la persona sea puesta al borde de la muerte amenaza el hecho de que su titular sea sometido a una existencia indigna, indeseable, dolorosa etc., por tanto el derecho a la vida debe atenderse a la luz del artículo 1º de la

Constitución Política de 1991”

1.2.8 Finalmente sostiene que se lesiona el derecho a la igualdad, pues merece una atención y protección en las mismas condiciones de todos los ciudadanos, en virtud de la Ley 100 de 1993.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante Auto del cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015), el Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí, avocó el conocimiento de la acción de tutela, ordenó comunicar la misma a la EPS Salud Total para que rindieran informe sobre los hechos alegados y citó a la accionante para que rindiera declaración en audiencia.

1.3.1. Salud Total EPS

Salud Total EPS, a través del Gerente de la sucursal Medellín, respondió la acción de la referencia, y solicitó negar las pretensiones elevadas por la accionante, con fundamento en los siguientes argumentos:

Señala que Manuela Echavarría Vélez se encuentra afiliada a la EPS en rango 1, en calidad de beneficiaria y actualmente presenta diagnóstico de “retardo mental moderado”, es decir, funcionamiento intelectual por debajo del promedio, que se exterioriza junto con deficiencias de adaptación y se manifiesta antes de los dieciocho (18) años, durante el período de desarrollo.

Afirma que no ha negado atención médica a la joven Echavarría Vélez, toda vez que los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud han sido debida y oportunamente autorizados con estricto apego a la normatividad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud, dichas autorizaciones han sido generadas para las distintas instituciones y proveedores de servicios de salud que conforman la red de prestadores adscritos a la EPS.

Manifiesta que no existe prueba respecto a la negativa del procedimiento quirúrgico de Pomeroy generada por Salud Total EPS; aunado a que tampoco existe el respaldo de una orden médica emitida por un profesional de la salud adscrito a la EPS, por lo tanto carece de objeto la acción de amparo.

Arguye que los médicos adscritos a Salud Total EPS son profesionales ampliamente calificados para la atención de los usuarios, quienes conforme a la valoración integral del paciente, su estado clínico y la evolución de sus patologías, determinan con base en conocimientos científicos los requerimientos clínicos actuales, los tratamientos y/o su modificaciones, pues los galenos deben obrar conforme a la *lex artis*, basada en un conjunto de conocimientos de la profesión para el abordaje del paciente teniendo en cuenta las actuaciones adelantadas y el resultado, realizando una evaluación de la acción médica y lo que con ella se obtiene.

Alega que el hecho de no haber sido prescrito el procedimiento quirúrgico pretendido por vía de tutela, no puede entenderse como una vulneración de los derechos fundamentales de la menor por parte de la EPS, pues es necesario tener en cuenta que la prestación de los servicios de salud POS y NO POS encuentran su límite en aquello que sea ordenado por sus médicos tratantes; aunado a que no existe historia clínica donde se justifique la necesidad de los servicios pretendidos por vía de amparo constitucional.

Señala que en Colombia la práctica médica está normativizada y tiene establecido que el plan de manejo médico de un paciente, ya sea farmacológico, quirúrgico, rehabilitación o cualquier intervención lo define el equipo médico tratante del paciente, en ningún momento le ha dado dicha potestad a los familiares o al propio usuario, además los únicos autorizados para ordenar planes de tratamiento son los galenos debidamente autorizados por la Secretaría de Salud y el Ministerio de Protección Social mediante Registro Médico.

Finalmente, advirtió que la acción deviene improcedente por cuanto el juez de tutela no está facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que medie orden de un profesional en dicha área.

1.4. PRUEBAS DOCUMENTALES.

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1.4.1 Copia de la Tarjeta de Identidad No. 97102315336 de Manuela Echavarría Vélez (Fl. 5).

1.4.2. Registro Civil de nacimiento de Manuela Echavarría Vélez, expedido por la

Registraduría Nacional del Estado Civil (Fl. 6).

1.4.3. Partida de matrimonio de Jorge Alexander Echavarría Zuluaga y Patricia del Socorro Vélez Fernández, padres de Manuela Echavarría Vélez, expedida por la Arquidiócesis de Medellín. (Fl. 7).

1.4.4. Epicrisis No. 027531 de dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014), en la cual consta que Manuela Echavarría Vélez fue diagnosticada con retraso mental moderado y trastorno de la conducta no especificado. (Fl. 8).

1.4.5. Informe neuropsicológico de Manuela Echavarría Vélez, emitido por la Clínica de Salud Mental, mediante el cual se concluye que la menor padece discapacidad cognitiva moderada, evidenciada en un funcionamiento intelectual inferior al promedio poblacional, junto con limitaciones en sus habilidades de adaptación, tales como destrezas motoras, destrezas sociales y comunicativas, necesitando una frecuente atención y supervisión constante para el desempeño de su vida diaria. (Fls. 10-21).

1.4.6. Copia íntegra de la historia clínica de Manuela Echavarría Vélez, emitida por Salud Total EPS, en la cual se deja constancia que padece asma y retraso mental, diagnosticados desde el año dos mil ocho (2008).

1.5. DECISIÓN JUDICIAL.

1.5.1 FALLO DE PRIMERA INSTANCIA – JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE ITAGÜÍ.

El Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí, mediante providencia del veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), declaró improcedente la acción de tutela al considerar que no existía vulneración de ningún derecho fundamental.

Sostiene que lo afirmado por la accionante no concuerda con lo expuesto por Salud Total EPS, toda vez que a Manuela Echavarría Vélez en ningún momento se le han negado los suministros, medicamentos, procedimiento y requerimiento hechos por su madre; aunado a que en aras de garantizar los derechos de la Joven, la accionada generó una orden de atención por consulta médica especializada de ginecología, con el fin de verificar su estado actual de salud y con ese diagnóstico enfocar las medidas terapéuticas hacia los

requerimientos reales de la paciente.

Por lo anterior, consideró que no le compete al Juez de tutela en el caso particular, ordenar a una empresa prestadora del servicio de salud realizar un procedimiento que ni siquiera ha sido ordenado por los médicos que atienden a la joven afectada, tal como lo pretende su madre, toda vez que previamente la accionante debe acudir a la jurisdicción de familia, con el fin de obtener la declaratoria de interdicción y el consecuente nombramiento como curadora.

1.5.2. IMPUGNACIÓN DEL FALLO.

Indicó la accionante, mediante escrito del veinticinco (25) de agosto de dos mil quince (2015), que la acción de tutela debió ser concedida, pues el riesgo de un embarazo no consentido es palpable, máxime si este grupo poblacional padece de una libido alta y resulta incontrolable por los padres la actividad sexual que puedan desplegar.

Sostiene que es tan evidente el bien jurídico que se pretende tutelar que la legislación penal consagra disposiciones que tipifican el delito de sostener relaciones sexuales con personas en condición de discapacidad, por lo tanto, sí existe un derecho fundamental violentado al no permitirse realizar las actividades quirúrgicas que le impidan protegerse de quedar embarazada frente a posibles acciones que realicen personas inescrupulosas respecto de quienes no saben lo que hacen.

Advierte que su hija fue víctima de una violación, la cual se encuentra en investigación en la Fiscalía, situación que la motivó a impetrar la acción de tutela.

Por último, señala que en la historia clínica obrante dentro del expediente se acredita el estado de discapacidad mental que padece su hija y la imposibilidad de auto determinarse en las actividades propias de la sexualidad.

1.5.2 FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA-JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE ITAGÜÍ.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, mediante providencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015), resolvió confirmar la sentencia del veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí.

Sostuvo que el hecho de no haberse adelantado el trámite judicial de discernimiento de la guarda ni la autorización prevista en la Ley 1412 de 2010, dentro del presente asunto, son razones más que suficientes para concluir que la peticionaria no se encuentra legitimada por activa, motivo por el cual no le corresponde al Juez constitucional, en esta oportunidad, disponer la esterilización de la agenciada, procedimiento que resulta altamente invasivo y que en caso de que sea autorizado sin mayores consideraciones, pone al descubierto una flagrante vulneración de los derechos fundamentales a la autonomía individual y a la dignidad humana de Manuela Echavarría Vélez.

2. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

2.1. Mediante auto del trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016), el magistrado sustanciador ordenó a la Secretaría General de la Corte Constitucional que oficiara a Salud Total EPS, para que remitiera copia íntegra, clara y legible de la historia clínica de Manuela Echavarría Vélez, identificada con tarjeta de identidad No. 97102315336.

2.2. A través de oficio radicado el veinticinco (25) de abril de dos mil dieciséis (2016) en la Secretaría General de la Corte Constitucional, Salud Total EPS allegó al expediente la historia clínica de Manuela Echavarría Vélez hasta el trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016); cuyos antecedentes personales reportan asma en el nacimiento, ansiedad, retraso mental, dificultad de aprendizaje y depresión.

2.3. Mediante oficio radicado el veintiséis (26) de abril de dos mil dieciséis (2016) en la Secretaría General de la Corte Constitucional, Salud Total EPS, solicita que se confirme el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí, ratificado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, al no haberse agotado los requisitos definidos por la ley para la realización del procedimiento de esterilización quirúrgica solicitado.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. COMPETENCIA.

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los

artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme a lo reseñado respecto de la situación fáctica planteada y las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el trámite de la solicitud de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala Séptima de Revisión determinar si Salud Total EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana de la menor Manuela Echavarría Vélez, quien fue diagnosticada con discapacidad mental moderada y alteraciones de conducta, al negarle el médico tratante, adscrito a la accionada, la práctica del procedimiento de esterilización quirúrgica de “ligadura de trompas”, solicitado por su madre, bajo el argumento de que requiere una autorización judicial especial para el mismo.

3.3. Para solucionar el problema jurídico planteado, esta Sala examinará: primero, la agencia oficiosa en acciones de tutela; segundo, el carácter fundamental del derecho a la salud; tercero, prevalencia de la orden del médico tratante para establecer si se requiere un servicio de salud; cuarto, protección constitucional de las personas en situación de discapacidad mental; quinto, el consentimiento informado, sustituto, cualificado y persistente paterno; sexto, consentimiento para la esterilización quirúrgica de persona en situación de discapacidad mental y; séptimo, análisis del caso concreto.

3.4. AGENCIA OFICIOSA EN ACCIÓN DE TUTELA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

Tal como se encuentra estipulado en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial en virtud del cual, a través de un procedimiento preferente y sumario, toda persona puede acudir ante cualquier juez a solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades públicas.

Desde sus inicios, esta Corte ha sido enfática en señalar que, la acción de tutela tiene como una de sus características esenciales la del ejercicio informal, “es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la

especie humana que se halle dentro del territorio colombiano”.[1]

Sin embargo, las normas reglamentarias de la tutela exigen como requisito la legitimidad e interés del accionante, conforme se advierte en el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que la misma puede ser presentada (i) directamente por el afectado, (ii) a través de su representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) por medio de agente oficioso[2]; admitiéndose también, la intervención del Defensor del Pueblo y de los personeros municipales.

Por ello, este mecanismo de defensa judicial no admite que se pueda asumir de manera indeterminada o ilimitada la representación de otro y demandar protección constitucional a su nombre, ni la informalidad que caracteriza a la acción de tutela se opone a que su ejercicio esté sometido a requisitos mínimos de procedibilidad, entre los cuales está la legitimidad por activa[3].

Ahora bien, de la informalidad de la acción se ha entendido “que quien la ejerza no requiere ninguna calidad especial ni necesita ser abogado titulado pues se trata de un procedimiento preferente y sumario que puede iniciarse, como lo dice la Constitución, por toda persona que estime pertinente reclamar ante los jueces, “...por sí misma o por quien actúe a su nombre...”, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Estamos ante una acción con características singulares que, en razón de su objeto, han sido trazadas por la misma Carta Política, de lo cual resulta que no podrían el legislador ni el intérprete supeditar su ejercicio a los requisitos exigidos corrientemente por la ley para otro tipo de acciones.”[4] Por lo tanto, carecería de todo fundamento que en los eventos en que la acción es ejercida por un tercero como agente oficioso, se exigiera el título de abogado, puesto que se desvirtuaría la informalidad que caracteriza la acción, arriesgando la efectividad de la misma. Caso distinto es cuando se ejerce la tutela a nombre de otro pero a título profesional, en virtud del mandato judicial. Frente a lo cual, esta Corporación en la Sentencia T-550 de 1993, sostuvo:

“(E)s evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971).

Ello no solamente por razón de la responsabilidad que implica tal ejercicio, que se concreta

en el campo disciplinario, sino por la necesaria defensa de los intereses del cliente, a quien conviene establecer con certidumbre que quien lo apodera puede actuar, de acuerdo con la ley, ante las distintas instancias judiciales y que responderá por su gestión.

Al respecto debe recordarse que, según el artículo 26 de la Constitución, si bien toda persona es libre de escoger profesión u oficio, la ley podrá exigir títulos de idoneidad y las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones.

El artículo 229 de la Carta garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia pero advierte expresamente que la ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin representación de abogado.

El caso específico de los procesos de tutela ha sido regulado directamente por la Constitución (artículo 86) en los ya expresados términos, pero en concreto sobre la representación judicial no estableció norma alguna, luego en ese aspecto son aplicables las reglas generales que establecen como principio el de que toda representación judicial -salvo los casos determinados en la ley- únicamente tendrá lugar a través de abogado.

El artículo 38, inciso 2º, del Decreto 2591 de 1991 dispone: “El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar”.

Esta disposición no tendría sentido ni podría ser aplicada si no se entendiera, como lo hace la Corte, que para ejercer la representación con base en mandato judicial y actuando el apoderado a título profesional, así sea en materia de tutela, es indispensable que aquel sea abogado titulado y en ejercicio, de conformidad con las normas del Decreto 196 de 1971.

En el proceso de cuya revisión se trata, tenemos que quien suscribe la demanda, a nombre de varias personas con base en poder especial otorgado por éstas, dice ser abogado con Licencia Provisional expedida por el Tribunal Superior de Cali.

Esta clase de licencias (artículo 18 Decreto 196 de 1971), a diferencia de las temporales, permite el ejercicio de la profesión sin restricciones ante todos los jueces y tribunales del

país, pues constituye el documento que acredita el título y la inscripción del abogado mientras se expide la correspondiente Tarjeta Profesional.

Por tanto, en este caso podía el firmante apoderar a unas personas naturales si éstas estimaban violados sus derechos constitucionales fundamentales y ejercer, en representación judicial de ellas, la acción de tutela.”

Posteriormente, en Sentencia T-531 de 2002[5], se realizó un análisis de los requisitos constitucionales y legales para que se perfeccione la legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela cuando la misma se promueve por intermedio de apoderado judicial, así:

“El fundamento de validez.

Al igual que la agencia oficiosa en materia de tutela el apoderamiento judicial tiene como fuente de validez los enunciados normativos del art. 86 de la Constitución y los del art. 10 del decreto 2591 de 1991, esto es que la promoción de la acción puede hacerse por cualquiera persona directamente o “por quien actúe en su nombre” (art. 86), enunciado que es reinterpretado por el legislador delegado del decreto 2591 de 1991 en el sentido de concretar el sentido de la norma constitucional al introducir la posibilidad de la representación[6], de tal forma que toda persona podrá adelantar la acción de tutela “por sí misma o a través de representante” (art. 10).

Elementos normativos.

Dentro de los elementos del apoderamiento en materia de tutela la Sala señala que el mismo es (i) un acto jurídico formal por lo cual debe realizarse por escrito. (ii) se concreta en un escrito llamado poder que se presume auténtico[7]. (iii) El referido poder para promover acciones de tutela debe ser especial.[8] En este sentido (iv) El poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido[9] para la promoción[10] de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen[11] en el proceso inicial. (iv) El destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho[12] habilitado con tarjeta profesional[13].

Efectos del apoderamiento.

El principal efecto del apoderamiento, es el de perfeccionar la legitimación en la causa por activa, por lo cual el juez de tutela estará en la obligación, después de constatar sus elementos, de proceder a pronunciarse de fondo sobre los hechos y las pretensiones relacionados en el escrito de acción respectivo.”

En otra oportunidad, la Corte en Sentencia T-995 de 2008[14], reiteró los requisitos del apoderamiento judicial en los procesos de tutela, y estableció que:

Respecto a este último elemento, la Corte, en sentencia T-207 de 1997, se extendió en consideraciones acerca de la informalidad, propia de la acción de tutela y de sus implicaciones frente al ejercicio de la misma. Con respecto al apoderamiento judicial, como excepción al principio de informalidad de la acción, señaló:

“Caso distinto es el de quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro a título profesional, en virtud de mandato judicial, pues es evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971). Ello no solamente por razón de la responsabilidad que implica tal ejercicio, que se concreta en el campo disciplinario, sino por la necesaria defensa de los intereses del cliente, a quien conviene establecer con certidumbre que quien lo apodera puede actuar, de acuerdo con la ley, ante las distintas instancias judiciales y que responderá por su gestión.”[20]

Sobre la obligatoriedad de que la representación judicial en tutela sea asumida por abogados en ejercicio, la Corte ante el vacío legal y constitucional, en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, ha sostenido en reiterada jurisprudencia que a partir de las disposiciones generales sobre representación judicial y en especial a partir de la disposición del artículo 38 del decreto 2591 de 1991, el cual señala las faltas para los abogados que promuevan irregularmente acciones de tutela, concluyó que esta disposición no tendría sentido de no entenderse que la representación judicial sólo pudiese ser adelantada por abogados titulados y en ejercicio[21]. (Negrilla fuera de texto)

Por otro lado, la ley ha determinado de forma específica qué procesos pueden ser adelantados por quienes se les ha otorgado la licencia temporal de abogado, y entre esta

enumeración no se encuentra la acción de tutela”[22].

Finalmente, la Sentencia T-417 de 2013[23], reiteró la importancia de la especificidad del poder, señalando: “La Corte, en reiterados fallos, ha señalado los elementos del apoderamiento en materia de tutela, así: (i) acto jurídico formal que se concreta en un escrito, llamado poder, el cual se presume auténtico; (ii) tratándose de un poder especial, debe ser específico, de modo que aquel conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende otorgado para la promoción de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; (iii) el destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional. Es decir, la legitimación por activa se configura si quien presenta la demanda de tutela acredita ser abogado titulado y se anexa el respectivo poder especial, de modo que no se puede pretender hacer valer un poder otorgado en cualquier proceso para solicitar el amparo constitucional.”

3.4.1. Elementos normativos que caracterizan la agencia oficiosa como forma de configurar la legitimación activa de los procesos de tutela.

La agencia oficiosa en los procesos de tutela, al igual que el apoderamiento judicial, tiene su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Constitución Política, y su fundamento legal en el mismo artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que establece que se podrán reclamar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.”

Esta Corporación en diversas oportunidades ha abordado el tema, fijando algunos parámetros para su correcta configuración, entre ellas la Sentencia T-531 de 2002, en la cual dispuso:

“Fundamento de validez de la agencia oficiosa.

El fundamento de validez de la norma de permisión consistente en la potestad en cabeza de personas indeterminadas para promover acción de tutela en favor de terceros se encuentra en el enunciado normativo del segundo inciso del artículo 10[24] del decreto 2591 de 1991 en el cual el legislador delegado previó que se podían agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.”

Para la Sala la validez de esta norma de permisión se ve reforzada con tres principios constitucionales: el principio de eficacia de los derechos fundamentales[25], que como mandato vinculante tanto para las autoridades públicas como para los particulares, impone la ampliación de los mecanismos institucionales para la realización efectiva de los contenidos propios de los derechos fundamentales. El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas[26] el cual en estrecha relación con el anterior está dirigido a evitar que por circunstancias artificiales propias del diseño de los procedimientos se impida la protección efectiva de los derechos. Y el principio de solidaridad[27] que impone a los miembros de la sociedad colombiana velar por la defensa no sólo de los derechos fundamentales propios, sino también por la defensa de los derechos ajenos cuando sus titulares se encuentran en imposibilidad de promover su defensa.

Elementos normativos de la agencia oficiosa.

Los elementos normativos de la agencia oficiosa están señalados expresamente en el decreto 2591 de 1991 y de manera implícita en la Constitución y en los decretos reglamentarios de la acción tutela. La Sala los sintetiza de la siguiente manera: (i) La manifestación[28] del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir[29], consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas[30] o mentales[31] para promover su propia defensa. (iii) La existencia de la agencia no implica[32] una relación formal[33] entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación[34] oportuna[35] por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignadas en el escrito de acción de tutela por el agente.

Efectos de la figura.

Configurados los elementos normativos anteriormente señalados se perfecciona la legitimación en la causa por activa y el juez de tutela estará en la obligación de pronunciarse de fondo[36] sobre los hechos y las pretensiones relacionadas en el escrito de tutela. Si los mismos no se presentan en el caso concreto, el juez deberá según el caso rechazar de plano[37] la acción de tutela o en la sentencia no conceder[38] la tutela de los derechos fundamentales de los agenciados. Sin embargo considera la Sala que el análisis

acerca de la configuración de los referidos elementos debe realizarse por el juez de tutela en atención a las circunstancias propias del caso concreto[39], derechos fundamentales invocados, calidad y condiciones de las partes, características socio económicas de las mismas, lugar geográfico de la supuesta vulneración etc., esta obligación que pesa sobre los jueces de tutela deriva directamente del principio de eficacia de los derechos fundamentales[40] que como ha reiterado la Sala inspira e informa la figura procesal de la agencia oficiosa en materia de tutela.

Autonomía de la figura.

A pesar de guardar similitudes con la figura de la agencia oficiosa consagrada y regulada en el código de procedimiento civil[41], la agencia oficiosa en materia de tutela tiene características propias que permiten identificarla y diferenciarla[42] de aquella, por lo cual las hipótesis para su configuración son las propias reguladas en el decreto 2591 de 1991 y las que se desprenden de la interpretación de los enunciados constitucionales[43] a partir de los principios que gobiernan la materia.

Propósito constitucional de la agencia oficiosa.

La finalidad[44] de la agencia oficiosa se encuentra en estrecha relación con los principios constitucionales que la inspiran, su consagración legal es entonces a la vez, la concreción efectiva de los mismos, de esta forma el principio de eficacia de los derechos fundamentales, se concreta en la operatividad de la figura de la agencia oficiosa en tanto y en cuanto con la misma se realiza el principio de prevalencia del derecho sustancial y el derecho al acceso a la administración de justicia.”

Luego, en la Sentencia T-995 de 2008[45], se dispuso que “configurados los elementos normativos anteriormente señalados se perfecciona la legitimación en la causa por activa y el juez de tutela estará en la obligación de pronunciarse de fondo[46] sobre los hechos y las pretensiones relacionadas en el escrito de tutela. Si los mismos no se presentan en el caso concreto, el juez deberá según el caso rechazar de plano la acción de tutela o en la sentencia no conceder la tutela de los derechos fundamentales de los agenciados. No obstante lo anterior, en virtud del principio de eficacia de los derechos fundamentales, es deber del juez constitucional analizar en cada caso concreto la configuración los elementos atendiendo a las circunstancias fácticas que lo caracterizan.”

Sin embargo, lo anterior no es obstáculo para que en algunos eventos excepcionales el juez constitucional, atendiendo la prevalencia del derecho sustancial, la finalidad de la acción de tutela, y el acceso a la administración de justicia, modere las exigencias procesales referentes a la agencia oficiosa, con el objeto de hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas.

Por lo tanto, “cuando en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso, pero del contenido mismo de la demanda de tutela se concluye que se actúa en nombre de otro, el juez constitucional debe interpretar la demanda y aceptar la procedencia de la agencia oficiosa”[47]

Así las cosas, la imposibilidad física o mental del titular de los derechos fundamentales afectados para procurar por sí mismo la protección de sus derechos, legítima a un tercero para instaurar las acciones constitucionales correspondientes. Frente a lo cual, la acción de tutela en nombre de un tercero.

3.5. EL CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO A LA SALUD.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”[48]

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta[50].

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como “... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos

que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)"

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal[51].

Ahora bien, la Corte ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público[52], precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[53]

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la Jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – tesis de la conexidad –, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

En esta línea tenemos, por ejemplo, las Sentencias T- 494 de 1993[54] y T-395 de 1998[55].

En la primera, la Corte estudió el caso de una persona que encontrándose privada de su libertad, presentó un problema renal severo. En esa ocasión se estudió el derecho a la salud relacionado con el derecho a la integridad personal, para lo cual sostuvo:

“Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son.

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy

vinculado con este derecho -porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud.”

En Sentencia T-395 de 1998[56], la Corte aún sostenía que el derecho a la salud no era fundamental sino prestacional, cuando al tratar una solicitud que se hiciera al ISS, a cerca de un tratamiento en el exterior, se pronunció de la siguiente forma:

“Si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, también le ha reconocido amparo de tutela en virtud de su conexidad con el derecho a la vida y con la integridad de la persona, en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad. Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible con el derecho a la vida. Sin embargo, el concepto de vida, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”, en la medida en que sea posible. Esta Corporación ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad del derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del mismo y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente la vida y la calidad de la misma en las personas, en cada caso específico. Sin embargo, la protección del derecho a la salud, está supeditada a

consideraciones especiales, relacionadas con la reconocida naturaleza prestacional que este derecho tiene.”

En el año 2001, la Corte admitió que cuando se tratara de sujetos de especial protección, el derecho a la salud es fundamental y autónomo. Así lo estableció la Sentencia T- 1081 de 2001[57], cuando dispuso:

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

Posteriormente, la Corte Constitucional, en Sentencia T-016 de 2007[58], amplió la tesis y dijo que los derechos fundamentales están revestidos con valores y principios propios de la forma de Estado Social de Derecho que nos identifica, más no por su positivización o la designación expresa del legislador de manera tal que:

“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”. [59]

En la Sentencia T-760 de 2008[60], esta Corporación determinó “la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”

A partir de este contexto, la Corte Constitucional ha reiterado que estos derechos son fundamentales y susceptibles de tutela, “declaración que debe ser entendida con recurso al artículo 86 de la Constitución Política que prevé a esta acción como un mecanismo preferente y sumario.” [61]

Así mismo, en la Sentencia T-206 de 2013[62], la Sala Quinta de Revisión de esta Corporación reiteró que “la fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los

servicios, entre otros. Con base en ello, está constitucionalmente prohibido, salvo las excepciones previstas en la sentencia C-800 de 2003, que una entidad abandone el tratamiento al que se somete a una persona, su evolución diagnóstica y la búsqueda de alternativas para confrontar la enfermedad.”

Finalmente, resulta oportuno mencionar que debido al proceso de evolución jurisprudencial y legislativo que ha sufrido el derecho a la salud, “cuyo estado actual implica su categorización como derecho fundamental autónomo”[63]; llevó a que el legislador estatutario dispusiera expresamente en la Ley 1751 de 2015, que “la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable[64], y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.”[65]

3.5.1. Principios que guían la prestación del servicio a la salud.

La garantía constitucional con la que cuenta toda persona para acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada en los artículos 48 y 49 la Constitución Política y los artículos 153[66] y 156[67] de la Ley 100 de 1993, implica que el servicio a la salud debe ser prestado conforme a los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad, entre otros.

3.5.1.1. Oportunidad: Significa que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para la recuperación satisfactoria de su estado de salud para no padecer progresivos sufrimientos. Esto quiere decir que cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente, se configura un acto trasgresor del derecho fundamental a la salud, por cuanto esta puede deteriorarse considerablemente. Este principio incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen puntual de la patología que padece la persona, con el fin de asegurarle el tratamiento adecuado.

3.5.1.2. Eficiencia: Este principio busca que “los trámites administrativos a los que está sujeto el paciente sean razonables, no demoren excesivamente el acceso y no impongan al interesado una carga que no le corresponde asumir”[68].

3.5.1.3. Calidad: Conlleva que todas las prestaciones en salud requeridas por el

paciente, sean tratamientos, medicamentos, cirugías o procedimientos, contribuyan notoriamente a la mejora de las condiciones de vida y salud de los pacientes[69]. Quiere decir que las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, no deberán suministrar medicamentos o prestar cualquier servicio médico con deficiente calidad, y que como consecuencia, agrave la salud de la persona.

3.5.1.4. Integralidad: El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional para las situaciones en las cuales, los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que la entidad responsable solo le autoriza al interesado, una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud. Esta situación de fraccionamiento del servicio se debe por ejemplo al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir[70].

En otras palabras, este principio predica que las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para ejecutar un tratamiento[71].

Sintetizando, el principio de integralidad pretende “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”[72].

3.5.1.5. Continuidad: Esta Corporación ha amparado el derecho a que a toda persona se le garantice la no interrupción de un tratamiento, una vez éste haya sido iniciado[73]antes de la recuperación o estabilización del paciente.[74]

Así, una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud[75].

En resumen, las EPS deben garantizar que el acceso a los servicios de salud cumpla con los criterios de calidad, eficiencia, oportunidad, integralidad y continuidad; de no ser así, se transgreden de forma directa los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de

salud.

3.6. PREVALENCIA DE LA ORDEN DEL MÉDICO TRATANTE PARA ESTABLECER SI SE REQUIERE UN SERVICIO DE SALUD. Reiteración de jurisprudencia.

En el Sistema de Salud, la persona idónea para decidir si un paciente requiere algún servicio médico es el galeno tratante, pues es éste quien cuenta con criterios médico-científicos y conoce ampliamente el estado de salud de su paciente, así como los requerimientos especiales para el manejo de su enfermedad; además está adscrito a la respectiva empresa prestadora de salud, “no obstante, la EPS correspondiente puede estar obligada a acoger la prescripción de un médico no adscrito a ella, si la entidad tiene noticia de dicha fórmula médica y no la descartó con base en información científica[76], pues la falta de adscripción de un profesional calificado no ha de constituir una barrera para acceder a los servicios de salud requeridos” [77]

Específicamente, el concepto del médico tratante es vinculante para la entidad promotora de salud cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) que se autorice un servicio y/o tratamiento basado en información científica, (ii) que se haya tenido en cuenta la historia clínica particular de la persona para autorizarlo, y (iii) que se haya valorado adecuadamente a la persona, y haya sido sometida a consideración de los especialistas en el manejo de dicha patología[78].

La jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, obligan a una EPS cuando ésta ha admitido a dicho profesional como “médico tratante”; no obstante en algunas oportunidades esta Corporación negó el amparo de tutela por el hecho de solicitarse un servicio de salud que fue ordenado por un médico que no está adscrito a la EPS a la que la persona se encuentra afiliada, en esta línea tenemos, por ejemplo la Sentencia T-378 de 2000[79], que señaló:

“La atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente la orden de tutela que dé el Juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la

práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no cumpliera tal determinación médica.”

Dicha posición fue reiterada en la Sentencia T-476 de 2004[80], en la cual se estudió el caso de una señora que presentaba fuertes dolores en sus manos. En esa oportunidad se analizaron los derechos a la salud y a la integridad por no habersele autorizado el examen de resonancia nuclear magnética de plejo branquial que requería; para lo cual se sostuvo:

“según la jurisprudencia constitucional, las EPS no pueden negarse a prestar un servicio médico que necesita un paciente por estar excluido del Plan Obligatorio de Salud, siempre y cuando la persona no tenga la posibilidad de proveerse por sí misma el servicio de salud en cuestión y éste haya sido ordenado por el médico tratante. Ha dicho la Corte que se vulneran los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física “de quien necesita el tratamiento no incluido en el POS, cuando (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento” (Sentencia T-1204 de 2000; M.P. Alejandro Martínez Caballero). De acuerdo con los presupuestos señalados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional,[81] en tales circunstancias es necesario acreditar que el usuario carece de recursos o no tiene capacidad de pago para sufragar los costos del tratamiento o del servicio médico requerido para recuperar o preservar su salud según el médico tratante adscrito.”

No obstante lo anterior, en el año 2010, mediante Sentencia T-410[82], la Corte cambió su posición en cuanto a las órdenes médicas emitidas por profesionales de la salud no adscritos a la EPS encargada de prestar los servicios, señalando:

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.[83] La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio relevante es el del médico que se encuentra adscrito a la

entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto.[84] No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó, modificó o confirmó, con base en las consideraciones que realice sobre el caso un médico especialista adscrito a la EPS, o en la valoración del Comité Técnico Científico, según lo decida la entidad.[85]”

Así mismo, en la Sentencia T-570 de 2014[86] la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación reiteró que:

“(…) la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente está únicamente en cabeza de los médicos y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad)[87].”

Concretamente, se deduce que el médico tratante, sea o no adscrito a la EPS, es el galeno idóneo para proveer las recomendaciones de carácter médico que requiere el paciente. Sin embargo, esas recomendaciones no pueden ser objetadas por la EPS, cuando aquella tuvo noticias de dicha opinión médica, pero no la contravirtió con base en criterios científicos; o bien sea porque el Comité científico de la entidad valoró inadecuadamente la historia clínica y no sometieron el padecimiento de éste al estudio de un especialista”[88].

Ahora bien, respecto al concepto emitido por el Comité Científico de la entidad es

importante anotar que los conflictos surgidos entre éste y el médico tratante, sea o no adscrito a la EPS, en torno a si una persona necesita o no un servicio médico o tratamiento excluido del POS, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia T-344 de 2002: “mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario.[89]”

Lo anterior se traduce en que en el evento en que se encuentren contemplados en el POS tratamientos que puedan sustituir el recomendado por el galeno, pero este último insta a la EPS que lo autorice por ser el único efectivo para el manejo de la enfermedad del paciente, el concepto del médico tratante no se puede desconocer, a menos que concurran razones médico-científicas que desvirtúen lo prescrito por aquel.

3.7. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL.

Antes de abordar el tema concreto de la protección constitucional de las personas en condición de discapacidad, la Sala considera pertinente desarrollar el marco jurídico internacional relacionado con el tema, pues desde el punto de vista cronológico ha sido el derecho internacional público el que inicialmente ha regulado los aspectos fundamentales para la garantía de los derechos de este grupo poblacional. Luego de ello, la Sala presentará la legislación colombiana que regula este mismo asunto y el desarrollo jurisprudencial que ha tenido, especialmente, frente al caso específico de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad mental.

3.7.1. Marco jurídico internacional

En 1971 se proclamó la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental, y unos años más tarde, en 1975, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos de los Impedidos[90]. El propósito de estos instrumentos era proteger los derechos de los discapacitados mentales para que puedan “disfrutar de una vida decorosa,

lo más normal y plena posible”[91].

De acuerdo con esta Declaración, toda persona en condición de discapacidad tiene los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos. Así mismo, en razón a su condición debe ser protegido contra toda discriminación o trato degradante y debe poder contar con “asistencia letrada jurídica competente”, indispensable para la protección de su persona y de sus bienes y, en caso de ser objeto de acción judicial, “deberá ser sometido a un procedimiento justo que tenga plenamente en cuenta sus condiciones físicas y mentales”.

Por otra parte, en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos, la OEA adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad, que reiteró el compromiso internacional de los Estados parte en garantizar la adopción de las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, para eliminar plenamente cualquier forma de discriminación contra las personas con discapacidad.

Dicha Convención entiende por “discapacidad” “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

Posteriormente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[92] (En adelante la CDPD), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, aprobada en Colombia mediante la Ley 1346 de 2009 y declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-293 de 2010[93], reúne las garantías fundamentales que deben brindar todos los Estados vinculados para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Al respecto, vale destacar que este instrumento representa la adopción normativa del modelo social de la discapacidad, estableciendo una nueva forma de entender este concepto, que busca tanto igualar las condiciones de las personas con discapacidad como fortalecer su participación plena, eliminando barreras.

De acuerdo con dicho modelo, la discapacidad se genera por las barreras propias del

contexto en donde se desenvuelve la persona, por lo que resulta necesario asegurar adecuadamente sus necesidades dentro de la organización social. Así, pretende aminorar dichos límites sociales de modo que se puedan prestar servicios apropiados que aseguren que las necesidades de las personas con discapacidad sean tomadas en consideración[94].

Lo anterior se refleja en la CDPD, al reconocer que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”[95].

En tal sentido, su artículo 3º señala los principios rectores de la materia: (i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; (ii) la no discriminación; (iii) la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad; (iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; (v) la igualdad de oportunidades; (vi) la accesibilidad; (vii) la igualdad entre el hombre y la mujer; y (viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Debe resaltarse que las personas con discapacidad tienen el derecho a su reconocimiento de la personalidad jurídica. En complemento de lo anterior, la CDPD señala que los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se brinden salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, las cuales, deberán asegurar que las medidas referidas a la capacidad jurídica “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas (...)”[96].

De igual modo, consagra que los Estados deben velar porque las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica, ante lo cual, en las medidas que versen sobre dicho tema se deberán respetar sus derechos, su voluntad y las preferencias de la persona, se buscará que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida, las medidas deberán ser proporcionales y adaptadas a la persona, se aplicarán en el plazo más corto posible y estarán sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial[97].

De acuerdo con lo anterior, es claro que el modelo social adoptado por la CDPD y sus postulados no se quedan en el plano meramente doctrinal, sino que poseen una fuerza vinculante que se ha reflejado en nuestro ordenamiento al haberse adoptado mediante la Ley 1346 de 2009.

3.7.2. Marco jurídico constitucional y legal colombiano

Nuestro ordenamiento Constitucional ha introducido normas mediante las cuales dispone un tratamiento preferencial para las personas que se encuentran en una situación mayor de vulnerabilidad, como manifestación del principio de igualdad material, una de las principales innovaciones del modelo de Estado Social de Derecho, a saber:

El artículo 13, en los incisos 2 y 3, señala:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Siguiendo los mismos lineamientos, el artículo 47 de la Carta establece que:

“... el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Del mismo modo, el artículo 54 Superior consagra de manera expresa el deber del Estado de “...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud...”.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997[98], la cual, según se lee en su artículo 3º, está inspirada en “la normalización social plena y la total integración de las personas con limitación”.

Posteriormente, se profirió la Ley 1306 de 2009[99], en la cual se consagró el régimen jurídico para las personas con discapacidad mental. Sobre esta norma la Sala hará un

desarrollo posterior.

Por esa misma época, el legislador expidió la Ley 1346 de 2009, mediante la cual aprobó la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el trece (13) de diciembre de dos mil seis (2006).

Finalmente, el Congreso profirió la Ley 1618 de 2013, cuyo objetivo es “garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad”, todo ello, en concordancia de la Ley 1346 de 2009.

3.7.3. El derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental

Con fundamento en los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política, la Corte señaló en Sentencia T- 884 de 2006[100] que la norma Superior impone al Estado los siguientes deberes frente a las personas con discapacidad:

“... impone a las autoridades públicas (i) la obligación de abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas, mentales o sensoriales; y (ii), el deber de adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad para que puedan disfrutar, en igualdad de condiciones, de sus derechos y libertades, lo que implica su plena inclusión social como manifestación de la igualdad real y efectiva; (iii) dentro de dichas medidas, la Constitución contempla aquellas relativas al ámbito laboral acorde con las condiciones de salud de esta población y “la formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran”, así como la educación para las personas con limitaciones físicas o mentales”.

Igualmente, esta Corporación, en Sentencias T-826[101] y T-974[102] de 2010, ha señalado la importancia de proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de indefensión debido a su situación de discapacidad y a su imposibilidad de desarrollarse en el campo laboral, lo que afecta directamente su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

También ha indicado, en Sentencias como la T-093 de 2007[103], “... que la omisión de

proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria...”[104].

Lo anterior, por cuanto la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, así que el Estado no puede negarse a adoptar un conjunto de medidas de orden positivo orientadas a superar en la medida de lo factible esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a las personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo posible, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de las y los legisladores, sino también le corresponde ejercerlo a las y a los jueces, quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto[105].

Ahora bien, la discapacidad como un factor de indefensión que justifica la adopción de medidas de diferenciación positiva, es definida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 5º[106], como:

“...Con la palabra “discapacidad” se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.

De conformidad con el enfoque seguido en las Normas Uniformes, en la presente Observación general se utiliza la expresión “persona con discapacidad” en vez de la antigua expresión, que era “persona discapacitada”. Se ha sugerido que esta última expresión podía interpretarse erróneamente en el sentido de que se había perdido la capacidad personal de funcionar como persona.” (Subraya fuera de texto).

La discapacidad comprende la invalidez; en efecto, en la Sentencia T-198 de 2006[107],

esta Corporación especificó que los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. Puntualmente se dijo:

“se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.”

En resumen, la Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas.

Posteriormente, la Ley 1306 de 2009 supuso una actualización normativa frente a la protección de las personas con discapacidad mental y su régimen de representación legal, a efectos de acompasar el tema con la realidad constitucional vigente y la perspectiva de los diversos instrumentos internacionales atrás mencionados pero, especialmente, con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con ella, se sustituyó íntegramente los títulos XXII y XXXV del Código Civil colombiano (artículos 428 a 632).

En la exposición de motivos de la referida ley se señaló la necesidad de enfocar la normatividad conforme la visión moderna de la ciencia respecto de los sujetos con trastornos mentales, de manera que se ajuste a sus necesidades personales, “brindándoles el espacio para su actuación correlativo a su capacidad intelectual, sin poner en riesgo sus intereses y los de la sociedad”[108].

Allí también se aclaró que quienes padezcan algún tipo de discapacidad mental permanente tendrían que seguir siendo asimilados por el sistema jurídico como no aptos para tomar decisiones jurídicas, es decir, seguirán limitados en su capacidad de ejercicio. Sin embargo, partiendo de los lineamientos de la ciencia actual, se consideró que la sustracción del

individuo “no debe convertirse en una rígida cortapisa que llegue a ser contraproducente con los intereses del discapacitado”. Por tanto, a partir de esta norma: “Se abre entonces la puerta para que algunos actos de la persona con discapacidad mental interdicta tengan aptitud jurídica cuando le sean beneficiosos, de modo que si ha consentido por algo que lo beneficie, se pueda dar firmeza a ese acto, e incluso se presume la sanidad de la voluntad en estos eventos partiendo del hecho que su padecimiento no llega hasta el punto de no reconocer lo que le es perjudicial”[109].

A lo anterior se agregó: “No se trata de dar capacidad a la persona con discapacidad mental, sino de establecer unas pocas y sanas excepciones en beneficio tanto de los intereses de la persona con discapacidad como de la sociedad”[110].

La Corte Constitucional ya se había referido a la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso de las personas en situación de discapacidad mental, especialmente de aquellas respecto de quienes se solicita la interdicción, reconociendo que no por el hecho de estar bajo esa condición debía afirmarse la incapacidad para discernir sobre lo que le es conveniente o no, pues no todas las enfermedades mentales anulan la consciencia del individuo y algunas permiten un cierto grado de razonamiento.

Así por ejemplo, en Sentencia T-1103 de 2004[111], la Corte Constitucional revisó la acción de tutela interpuesta por una ciudadana contra la providencia judicial que decretó su interdicción provisional, la cual había sido solicitada por sus hermanas, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso toda vez que el juez de conocimiento no ordenó notificarle personalmente el decreto de la interdicción provisoria, por cuanto la providencia fue notificada por estado y, además, fue adoptada sin contar con el respectivo certificado médico que le sirviera de soporte.

La Corte expresó en esa oportunidad que los jueces de familia no podían admitir una demanda de interdicción por demencia sin ser anexado el respectivo certificado médico actualizado, so pena de incurrir en una vía de hecho. Aseveró que ello no constituye una mera formalidad sino que configura un soporte probatorio insustituible para el juez y es una garantía fundamental para el demandado.

En relación con la condición mental de la persona respecto de la cual se solicita la interdicción, la Corte señaló que el certificado médico debe ser reciente, al ser común que

las enfermedades mentales evolucionen e, incluso, puedan curarse o puedan ser tratados sus síntomas mediante el suministro de medicamentos, “sin que la persona tenga que ser sometida a internación en un centro de reposo y sin que pierda realmente las facultades de discernimiento”.

Sobre la necesidad de informar a la persona demandada sobre el proceso iniciado en su contra, la Corte manifestó la importancia que tiene garantizar el derecho de defensa incluso para los enfermos mentales, pues no toda condición de esta clase impide al paciente comprender permanentemente la realidad, para lo cual el juez debe apoyarse en el certificado médico a efectos de decidir si, en el caso concreto, del demandado comprenderá o no el sentido de la notificación.

Hechas estas consideraciones, la respectiva Sala revocó la sentencia de segunda instancia y confirmó la primera en tanto esta sí había tutelado del derecho fundamental de la accionante al debido proceso.

En ese orden de ideas, es preciso que se procure el acompañamiento permanente del entorno social del paciente en aras de lograr su habilitación, tal como lo estableció el Informe Sobre Salud Mental en el Mundo, elaborado por la Organización Mundial de la Salud en el año 2001, donde se señaló lo siguiente:

“La atención de salud mental no sólo debe ser local y accesible, sino que también debe responder a las múltiples necesidades de los pacientes. Su objetivo final debe ser la habilitación, y debe emplear técnicas de tratamiento eficientes que permitan a los enfermos mentales mejorar sus aptitudes de autoayuda, poniendo a contribución el entorno informal familiar y social junto a mecanismos de apoyo formales”

Lo anterior, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 1306 de 2009, los cuales pregonan la independencia y autonomía de las personas con discapacidad mental en los asuntos sobre los cuales esté en la capacidad de decidir.

En conclusión, la Sala encuentra entonces que a partir del paradigma establecido por los diversos instrumentos internacionales, en torno al deber de los Estados de brindar un trato igualitario y digno a las personas en condición de discapacidad, rechazando todo acto

discriminatorio con ocasión de su afectación, el legislador colombiano ha ido a la par de dichas prerrogativas, adoptando cada una de ellas mediante diversas leyes, como la 1046 y 1306 de 2009, y la reciente 1618 de 2013, considerando importante establecer un modelo de inclusión social para levantar las barreras a las que siempre ha estado sometida dicha población.

Sobre este nuevo modelo social, la CDPD señala en su preámbulo que la concepción de discapacidad evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, de manera particular, es preciso destacar que, en relación con las personas con discapacidad mental, la Ley 1306 de 2009 incorporó taxativamente al ordenamiento colombiano el derecho que ellos tienen a que se les respete la voluntad y autonomía, considerando importante escuchar sus opiniones en torno a lo que les conviene o no.

3.8. CONSENTIMIENTO INFORMADO, SUSTITUTO, CUALIFICADO Y PERSISTENTE PATERNO.

El consentimiento informado es una consecuencia lógica del derecho a la información y el derecho a la autonomía (C.P. artículos 16 y 20). Así, este derecho consiste en ser informado de manera clara objetiva, idónea y oportuna de aquellos procedimientos médicos que afecten en mayor o menor medida otros bienes jurídicos esenciales como la vida y la integridad personal. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que el consentimiento informado tiene un carácter de principio autónomo que, además, materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y el pluralismo. Aunado a ello, constituye una garantía para la protección de los derechos a la salud y a la integridad personal.

La Sentencia T- 401 de 1994[112], mencionó al respecto:

“La información que el médico está obligado a transmitir a su paciente tiene la naturaleza normativa de un principio. No se trata de una norma que sólo puede ser cumplida o no, sino más bien de un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. La fuerza normativa de este

principio se logra por intermedio de la ponderación y adecuación con otros principios y reglas que entran en pugna al momento de resolver el caso concreto. El elemento fáctico es fundamental para determinar el alcance de la norma depositaria del principio.”[113]

Ahora bien, aunque el consentimiento informado tiene la naturaleza constitucional de principio, está íntimamente relacionado con el principio de la autonomía, como quiera que es el paciente quien finalmente debe asumir o declinar un tratamiento de salud, valorando desde su propia perspectiva lo bondadoso o no que resulta para él una intervención quirúrgica.

Las características del consentimiento previo e informado son esencialmente dos; debe ser libre y por supuesto informado. La sentencia SU - 339 de 1999[114], decanta estos dos requisitos, de la siguiente manera:

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

Por ello, en segundo término, la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Esto implica, tal y como esta Corte ya lo había señalado en anteriores ocasiones que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica. Por ello esta Corporación ha señalado que el paciente tiene derecho a que de manera anticipada, el equipo médico le

indique “los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.”[115]

Con todo, se evidencia que el consentimiento informado es la regla general para cualquier tipo de procedimiento médico, pero cabe anotar que no es absoluto, pues admite algunos eventos excepcionales en donde esa voluntad del paciente puede ser suplida por el Estado o sus familiares atendiendo a las circunstancias de cada caso. Dichos eventos excepcionales fueron estudiados por la Corte en la Sentencia C - 182 de 2016[116], en donde se estableció que las situaciones excepcionales en las que la exigencia de consentimiento informado en el ámbito de la salud es menos estricta o se prescinde de ella totalmente son: (i) cuando se presenta una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte; (ii) cuando el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros; (iii) cuando el paciente es menor de edad, caso en el cual el consentimiento sustituto de los padres tiene ciertos límites; (iv) cuando el paciente se encuentra en alguna situación de discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento.[117]

Como corolario de lo anterior, existen una serie de variables que debe valorar el médico en el momento de informar al paciente sobre el procedimiento médico a realizar, entre ellas se encuentran: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento[119], (ii) el grado de aceptación u homologación clínica del mismo o su carácter experimental[120], (iii) la dificultad en su realización y las probabilidades de éxito[121], (iv) la urgencia[122], (v) el grado de afectación de derechos e intereses personales del sujeto[123], (vi) la afectación de derechos de terceros de no realizarse la intervención médica[124], (vii) la existencia de otras alternativas que produzcan resultados iguales o comparables, y las características de éstos[125] y, (viii) la capacidad de comprensión del sujeto acerca de los efectos directos y colaterales del tratamiento sobre su persona[126].[127]

Ahora, sépase que entre más cualificado sea el consentimiento mayor será la capacidad y autonomía exigida al paciente. Además en algunos casos será necesario el cumplimiento de

ciertas formalidades, tal y como lo analizó la Corte en la Sentencia C - 182 de 2016:

“Cabe destacar que la jurisprudencia ha reconocido una relación entre el grado de cualificación del consentimiento informado y el alcance de la autonomía del paciente frente al mismo. En otras palabras, entre más cualificado deba ser el consentimiento informado, “la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara”[128]. Ello evidencia que el ejercicio de la autonomía del paciente, lejos de ser un concepto absoluto, “depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria”[129].

Por último, el consentimiento informado cualificado se halla revestido de formalidades en ciertos casos[130]. Una primera formalidad consiste en que la manifestación de voluntad conste por escrito[131], con el fin de constatar la autenticidad del consentimiento del paciente a través de este procedimiento[132]. Además, en algunos casos puede exigirse que el consentimiento informado sea persistente, pues puede imponerse la “obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión”[133] o en algunos casos en los que el tratamiento se debe extender por periodos extendidos de tiempo.”[134]

Tratándose de consentimiento sustituto la Corte Constitucional inicialmente había aceptado su aplicación en tres eventos: “1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad”[135]. Posteriormente, a raíz de los casos de menores de edad intersexuales, dejó de otorgarse plena prevalencia al consentimiento paterno[136] y se definieron criterios que matizaban la posibilidad de desechar el consentimiento del propio sujeto afectado por la intervención sanitaria bajo la protección del mejor interés del niño. En los mencionados casos, se precisó desde la protección de la posibilidad de ejercer la autonomía en el futuro frente a cuestiones determinantes para el libre desarrollo de la persona y su identidad. Esos criterios han avanzado hacia la prevalencia de las capacidades evolutivas de los menores de edad en la toma de decisiones bajo el cual se ha establecido “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que este adopte,”[137] premisa que es plenamente aplicable a las manifestaciones de voluntad sobre tratamientos médicos.[138]

3.8.1. EL CONSENTIMIENTO PARA LA ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha realizado un juicioso análisis sobre el consentimiento que debe preceder la práctica de los procedimientos de anticoncepción quirúrgica sobre menores y mayores de edad cuando se encuentran en situación de discapacidad. De esa manera, se han planteado importantes conclusiones jurisprudenciales sobre temas como la autonomía y autodeterminación, el derecho a tener una familia y los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad. Además, se han establecido requisitos y parámetros para darle vía libre al consentimiento informado, sustituto, cualificado y persistente, como una excepción a la práctica de la esterilización quirúrgica definitiva tanto en menores como en mayores de edad en situación de discapacidad.

En diversas oportunidades[139], se ha precisado que “los padres o representantes legales no pueden atribuirse la facultad de decidir sobre la esterilización definitiva de sus hijos, a menos que: (i) se declare la interdicción, cuandoquiera que se trate de mayores de edad; o que (ii) exista una autorización judicial en el caso de menores de edad. Adicionalmente, ha determinado que, ante la existencia de medidas menos lesivas de la autonomía personal que la intervención quirúrgica, se debe optar por no restringir el ejercicio de los derechos a la autonomía sexual y reproductiva de la persona en situación de discapacidad. Ello supone igualmente que las autoridades al momento de evaluar las diferentes medidas y alternativas existentes en materia de métodos de anticoncepción, deberán optar por los procedimientos que supongan la menor restricción del derecho a la autonomía de estas personas.”[140]

Por ejemplo, en Sentencia T-401 de 1994[141], este Tribunal amparó el derecho fundamental a la autonomía de una persona mayor de edad a quien se le había diagnosticado un trastorno mental que le impedía decidir el tratamiento médico al cual debía someterse para tratar su enfermedad renal; generando discrepancias entre el paciente y el médico tratante; no obstante, en la providencia se estableció una distinción en la condición mental de una persona y su autonomía para opinar y decidir de acuerdo con sus preferencias entre dos o más tratamientos; pues la autonomía no puede subsumirse por completo en la discapacidad mental, toda vez que constitucionalmente esta no se reduce a un concepto descriptivo de un estado mental. Al respecto sostuvo:

“1.5. Es posible entonces establecer una diferenciación entre la situación mental del paciente – patológica o no – y su autonomía o capacidad para consentir. En este orden de ideas, la contraindicación hace parte del espacio de discrecionalidad y autonomía que posee el paciente frente al médico al momento de la prescripción del tratamiento. Aun existiendo un desequilibrio psicológico de parte del peticionario, a partir del cual se pudiese concluir una agresividad especial contra sus semejantes, ésta no parece ser una razón para excluir al paciente de la posibilidad de opinar acerca del tratamiento que prefiere. El peticionario está capacitado para decidir la suerte de su propio cuerpo y para asumir las consecuencias que su decisión acarree en su estado de salud.” (Negrilla fuera de texto)

En la Sentencia SU - 337 de 1999[142], se estableció que el consentimiento informado es una consecuencia lógica de la preferencia del principio de autonomía sobre otros principios concurrentes como la beneficencia (C.P. arts. 16 y 28), ya que su prevalencia obedece al ineludible pluralismo de las sociedades contemporáneas, según el cual, dentro de ciertos límites, existen formas diversas igualmente validas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico. “Así, si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. En efecto, “la primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo”. “[143]

No obstante, dijo la Corte, la prevalencia del principio de autonomía no es una “camisa de fuerza” para que el médico, en ciertos eventos excepcionales, pueda pasar por alto el consentimiento del paciente con el fin de salvaguardar bienes jurídicos que, en el caso concreto, puedan ostentar un mayor peso normativo y sustento constitucional. “Así, como es obvio, en una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte, es natural que los médicos actúen en función exclusiva del principio de beneficencia y adelanten los tratamientos necesarios para salvar la existencia o la integridad física del paciente, por cuanto es razonable presumir que la mayor parte de las personas desean salvaguardar su vida y salud, y la espera para la obtención de un consentimiento informado podría tener consecuencias catastróficas para el propio paciente (...)”[144]. El principio de autonomía tiene entonces una prevalencia prima facie, pero no absoluta, sobre los valores

concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia.[145]

Por otro lado, el grado de autonomía exigida a un paciente para aceptar o no un determinado tratamiento médico, va estrechamente ligado a la necesidad misma del consentimiento y su distinta cualificación, según la naturaleza de la intervención médica. A partir de ello, es que se entiende que la exigencia de un consentimiento informado “presupone que la persona goza de suficiente autodeterminación para comprender su situación y decidir conforme a ese entendimiento”[146]. Entonces, si bien la autonomía del paciente es prevalente, no resulta ser absoluta, pues depende de la naturaleza misma del tratamiento médico y de la cualificación de su consentimiento, el cual tiene una relación directamente proporcional a la gravedad de su patología y el riesgo de la intervención.

Ahora, en cuanto a la evaluación de la capacidad del paciente para decidir, la Corte explicó que ello depende de la naturaleza de la intervención médica, de su carácter invasivo o no, de sus posibles riesgos y de sus eventuales beneficios.[147] Así por ejemplo, si estamos frente a un tratamiento médico de alto riesgo el paciente debe tener plena autonomía para decidir libremente y, además, su consentimiento tendrá que derivar del recibo de una información idónea y muy depurada que permita el conocimiento integral del procedimiento médico. Bajo esta lógica, se puede concluir válidamente que entre más grave o invasiva sea la intervención sanitaria, más cualificado tendrá que ser el consentimiento y mayor exigente tendrá que ser la capacidad del paciente para decidir. Por el contrario, entre menos grave e invasivo sea el procedimiento menos cualificada será la exigencia del consentimiento.

La autonomía necesaria para tomar una decisión sanitaria no es entonces una noción idéntica a la capacidad legal que se requiere para adelantar válidamente un negocio jurídico, conforme al derecho civil, o para ejercer el voto, de acuerdo a las disposiciones que regulan el acceso a la ciudadanía. En efecto, una persona puede no ser legalmente capaz, pero sin embargo ser suficientemente autónoma para tomar una opción médica en relación con su salud; o por el contrario, un paciente puede gozar de plena capacidad jurídica pero puede encontrarse afectado transitoriamente en el ejercicio de su juicio, de suerte que puede ser considerado incompetente para decidir un asunto médico particularmente delicado.[148]

Al respecto, manifestó este Alto Tribunal:

“(…) siguiendo la terminología propuesta por Drane y otros autores, existe una especie de escala móvil para evaluar los umbrales de capacidad que son necesarios para tomar, de manera competente, las distintas decisiones médicas. Así, en general no se requiere un alto grado de autonomía para que un paciente acepte de manera válida una intervención de bajo riesgo y elevado beneficio, o rechace un procedimiento muy peligroso y poco efectivo, por lo cual en tales casos, las exigencias de capacidad deben ser mínimas; en esos eventos, puede ser suficiente que la persona tenga conciencia de su situación y sea capaz de aceptar, de manera expresa o tácita, el tratamiento que se le propone, para que se la considere competente para tomar esas decisiones sanitarias. Por el contrario, en el otro extremo, los estándares de capacidad son máximos cuando una persona rechaza un tratamiento muy beneficioso, seguro y de probada eficacia, o cuando acepta participar en ensayos clínicos, de beneficios muy hipotéticos y de alto riesgo; en tales eventos, el equipo médico debe ser más riguroso en la apreciación de la capacidad del paciente para comprender de manera objetiva y crítica su situación y su dolencia, y decidir de manera verdaderamente libre y auténtica, esto es, coherente con sus valores, si acepta o rechaza el tratamiento. Finalmente, existen situaciones intermedias relativas a la aceptación o rechazo de intervenciones médicas en las cuales la relación entre el riesgo y el beneficio no es clara, en donde el estándar de capacidad exigido debe ser intermedio entre los dos anteriores.”[149]

Posteriormente, en Sentencia T-850 de 2002[150], al analizarse el caso de una joven con retraso mental que se encontraba embarazada y respecto de la cual su madre solicitaba la planificación definitiva mediante procedimiento quirúrgico, la Corte consideró que debía tenerse en cuenta que la incapaz contaba con la posibilidad de recuperar su estado mental y así emitir un consentimiento en el futuro, lo cual obliga al Juez de tutela a preservar las condiciones físicas de la joven en condición de discapacidad para que pueda tomar sus propias decisiones, a pesar de existir cuestionamiento frente a su autonomía en razón a sus condiciones mentales actuales.; “máxime cuando la existencia de alternativas médicas lleva a que no se trate de decidir de manera radical entre vida o autonomía, sino entre las ventajas y desventajas que plantea cada alternativa de salud.”[151]

En esta oportunidad, se hizo énfasis en la tensión que se puede producir entre la autonomía

individual y el interés social y del Estado en preservar la salud de las personas. Bajo esa premisa, se concluyó que no obstante la Constitución otorga un carácter preponderante a la vida y al cuidado de la propia salud, dicho interés del Estado y la familia en llevar a cabo esa protección debe armonizarse con el desarrollo personal que cada individuo le otorga a su plan de vida de manera responsable; el cual puede materializarse en la construcción de una familia y el cuidado de ella. “En ese orden de ideas, la actividad estatal dirigida a garantizar la autoconservación de la salud y la vida debe armonizarse con la autonomía del individuo para construir su propia vida.”[152]

Al entender que la autonomía individual debe armonizarse con el interés estatal de preservar la vida y la salud de las personas, la pregunta que surge es cómo lograr dicha armonía. En esa oportunidad, la Corte sostuvo que la actividad del Estado entorno a ese fin debe encaminarse a permitir el desarrollo pleno de la autonomía de los individuos, claro está, siempre que el individuo cuente con la capacidad necesaria para tomar una decisión sobre su salud que pueda afectar su proyecto de vida. El límite que debe tener en cuenta el Estado para el ejercicio de esa actividad se centra en la cualificación propia de la capacidad de decisión del individuo, ya que si éste puede decidir bajo su dominio propio y personal el Estado no puede intervenir en esa esfera. No obstante, el Estado puede, en aras de proteger el ejercicio futuro de la autonomía de las personas, intervenir cuando tales facultades se encuentren en peligro por la decisión propia del individuo o de un tercero.[153]

3.8.1.1. Consentimiento para la esterilización quirúrgica de menores de edad en condición de discapacidad.

Es importante resaltar que la autonomía del ser humano no puede equipararse a la capacidad civil para tomar decisiones, es decir, “si bien algunas decisiones de la vida civil de las personas pueden ser adoptadas por sus representantes legales mediante un proceso de interdicción por demencia, esta figura propia del derecho civil no resulta trasladable por completo al campo del derecho constitucional, en particular en lo que tiene que ver con las decisiones sobre las intervenciones médicas a las cuales debe someterse a una persona. No sería concebible desde un punto de vista constitucional, que por la sola representación legal que ejerce una madre sobre su hija interdicta, pudiera someterla a una esterilización forzada, conducta que, por lo demás, constituye un delito tanto en la normatividad interna,

como en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha utilizado el concepto de autonomía, el cual no se puede equiparar al de capacidad legal para tomar decisiones respecto de la vida civil, comercial o política de un individuo.”[154].

Esta postura se complementó con la Sentencia T-248 de 2003[155], en la que este tribunal decidió el caso de una menor de edad con diagnóstico de epilepsia, retardo mental y trastorno de déficit de atención, a quien el médico psiquiatra ordenó la práctica de la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio, procedimiento que fue negado por el Seguro Social en tanto no había sido expedida la respectiva autorización por parte del ICBF.

Aun cuando la pretensión tutelar no fue acogida se precisó que (i) la madre de una menor de edad tiene la obligación de obtener autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica que conlleve la esterilización definitiva de una mujer, proceso judicial en el que “debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones”; (ii) si se trata de una mujer mayor de edad, debe adelantarse previamente, en trámite judicial diferente al de la tutela, la interdicción de sus derechos, es decir, el discernimiento de la guarda; y (iii) respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres, “salvo que resulte imposible -por ejemplo, por ausencia o abandono-”.

Acorde con la línea jurisprudencial fijada por esta Corporación, la Sala Cuarta de Revisión mediante Sentencia T-1019 de 2006[156], fue enfática en precisar que en los eventos cuya intervención médica comprometa de manera definitiva la funcionalidad de alguna capacidad orgánica del paciente sustituido en su consentimiento, y cuyo procedimiento médico genera consecuencias irreversibles y permanentes, es necesario que, previamente a la realización de dicha actuación médica, se agote un itinerario de actuaciones que aseguren que la decisión a tomar, haya visualizado todas las posibles consecuencias de la misma, y haya igualmente valorado y explorado todas las posibles opciones médicas disponibles para el caso concreto.:

Así mismo, en la Sentencia T-560A de 2007 se fijaron las siguientes reglas:

“(i) A juicio de esta Corporación un procedimiento quirúrgico de esterilización constituye una restricción severa de un derecho fundamental; (ii) Por dicha razón, el mismo no puede

ser simplemente autorizado por el representante legal de una menor de edad con problemas de retardo mental, sino que además es menester obtener previa autorización judicial, dentro de un proceso distinto al de la tutela, a menos que se presente una situación de urgencia o imperiosa necesidad que permita adelantar dicho procedimiento con la autorización exclusiva de los padres[157]; (iii) En el trámite del citado proceso judicial, se debe demostrar que el incapaz tiene problemas mentales que le impiden específicamente dar el consentimiento no sólo presente sino también futuro para ese tipo concreto de procedimientos quirúrgicos; (iii) De manera que, sin dicha autorización judicial previa, no le es posible al representante legal del incapaz acudir ante el juez de tutela a demandar la práctica de la intervención, por último; (iv) En el caso de una mujer incapaz mayor de edad, adicionalmente a los citados requisitos se debe exigir la declaración previa de su estado, por medio de un proceso de interdicción de sus derechos y discernimiento de una guarda.”

De tal manera que ha sido reiterada la posición de esta Corte respecto a que en los casos de esterilización de menores que sufren retardo mental es fundamental e imprescindible contar previamente con una autorización judicial para llevar a cabo el procedimiento, salvo “que surja una situación de urgencia o imperiosa necesidad que habilite su aquiescencia con el consentimiento sustituto de los padres”[158].

8.3.1.2. Consentimiento para la esterilización quirúrgica de mayores de edad en condición de discapacidad.

Mediante Sentencia T-492 de 2006[159], esta Corporación revisó la solicitud de tutela interpuesta por la madre de una mujer afectada por el Síndrome de Down que se encontraba en estado de embarazo. El médico que hacía seguimiento a su caso, ordenó realizarle cesárea y Pomeroy, que consiste en ligar las trompas de Falopio a fin de evitar nuevos embarazos. Sin embargo, para llevar a cabo tal procedimiento necesitaba de previa autorización judicial. En razón a ello, la madre de la mujer embarazada solicitó al juez de tutela que ordenara la realización del Pomeroy.

En el análisis del caso, la Corte estableció que, en principio, la madre de la mujer discapacitada estaba legitimada para actuar como su agente oficiosa, pero, dada la finalidad con que ejercía tal agencia, era necesario que se configuraran otros supuestos. El

primero de ellos consistía en la necesidad de adelantar previamente el proceso de interdicción judicial y discernimiento de guarda, a efectos de comprobar judicialmente que la persona incapaz efectivamente lo es y allí mismo le fuere asignada su representante legal. El segundo se centra en que habiendo obtenido la guarda y representación legal a través del proceso de interdicción, se solicite, mediante proceso distinto, la autorización judicial del procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva. Así entonces, una vez declarada la interdicción, nombrado el representante legal y obtenido el permiso judicial para ordenar la intervención quirúrgica, es que el guardador puede acudir a la acción de tutela para buscar la protección de los derechos fundamentales del discapacitado mental.

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte concluyó (i) que la acción de tutela no era el procedimiento específico para lograr la autorización judicial de esterilización definitiva de una mujer incapaz, pues existen trámites judiciales específicos previos para ello, y (ii) que quien pretenda por medio de la acción de tutela que se haga efectiva la práctica de un procedimiento quirúrgico definitivo, debe ser el representante legal de la incapaz a esterilizar y, además, haber obtenido el permiso judicial para ello, incluida la orden del médico tratante de la respectiva EPS.

En esa oportunidad, también consideró necesario llevar a cabo los procedimientos diseñados por el legislador para la protección de las personas con discapacidad mental, lo cual obedece a dos razones fundamentales: (i) determinar su nivel de autonomía y (ii) establecer la medida o medidas de protección alternas o complementarias que se acomodan a su especial situación personal, familiar y social, esto último, debido a que “no siempre los niveles de autonomía de las personas con incapacidades son iguales, ni siempre son irreversibles”, pues tales incapacidades admiten grados que pueden ser más o menos leves, “y comprometiendo en mayor o menor medida al posibilidad de un comportamiento autónomo en el manejo de la propia sexualidad y en la posibilidad de optar por la maternidad”.

Del caso descrito, la Sala resalta que la Corte Constitucional justifica la necesidad de acudir previamente a dichos procedimientos judiciales para conocer con certeza el grado de incapacidad de la persona respecto de quien se solicita la interdicción, pues mal haría el juez de tutela ordenar la realización de ciertos procedimientos sin estar probado suficientemente la falta de autonomía del sujeto pasivo de la acción, ya sea porque en

situaciones de discapacidad mental existen tratamientos adecuados que permiten conservar cierto nivel de autodeterminación para efectos de poder decidir sobre situaciones que puedan afectar la dignidad de la persona o, también, porque no todas las enfermedades mentales son de carácter irreversible.

Así entonces, la Corte dejó claro que nadie podía abrogarse autónomamente la facultad de representar a otros alegando su incapacidad, puesto que la capacidad de las personas se presume legalmente, de conformidad con el artículo 1503 del Código Civil[160]. Para ello, el legislador diseñó procesos judiciales específicos dentro de los cuales debe demostrarse plenamente la incapacidad mental de la persona. Tras comprobarse en ese caso que la madre de la mujer con síndrome de Down no había acreditado ser su representante legal como resultado de un proceso de interdicción previo y tampoco contaba con el permiso judicial para llevar a cabo la intervención quirúrgica de ligadura de trompas, la Corte revocó la sentencia de tutela que había concedido la protección de los derechos fundamentales y la declaró improcedente.

Recientemente, en la Sentencia T-063 de 2012[161] la Corte luego de un recuento de las principales decisiones de tutela que se habían proferido hasta el momento en asuntos similares al que hoy ocupa la atención de la Sala, sostuvo que la línea de precedente construida por la Corte:

(i) le ha dado una dimensión de peso mayor, en principio, al derecho a la autonomía individual de mujeres con discapacidad mental, cuando el objeto de la acción de tutela es la práctica de cirugías que impliquen la esterilización;

(ii) en este supuesto, ha considerado que la legitimación en la causa por activa, exige como requisitos adicionales a los previstos en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, que en trámite judicial diferente al de la solicitud de amparo constitucional, se haya obtenido licencia o autorización judicial, así como la representación legal en virtud del discernimiento de la guarda; y

(iii) respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres, salvo que razonablemente sea imposible, ya sea por ausencia o abandono.[162]

Aunado a los diversos estudios que por vía de tutela ha realizado esta Corporación, como se

dejó visto en precedencia, tenemos que también los derechos sexuales y reproductivos de las personas en condición de discapacidad han sido objeto de control abstracto de constitucionalidad; es así como en la Sentencia C-804 de 2009[163], la Sala Plena estudió la constitucionalidad del artículo 68[164] de la Ley 1098 de 2006[165], y consideró, que si bien a lo largo de la historia, las personas con discapacidad han tenido que enfrentar diferentes prejuicios sociales, que se traducen en concepciones reduccionistas y en buena parte erradas sobre lo que una persona con discapacidad es capaz o no de hacer. Los distintos enfoques que han caracterizado la descripción y atención en torno a las personas con discapacidad son indicativos de estos prejuicios sociales y de cómo ellos han mediado la exclusión de las personas con discapacidad de buena parte de las actividades sociales. “Cuatro modelos, a lo largo de la historia, han marcado la comprensión sobre la discapacidad. Tres de ellos (el de la prescindencia, el de la marginación, y el de la rehabilitación), si bien han ido siendo superados al recoger la tendencia mundial de reconocer a las personas con discapacidad como sujetos de derechos, todavía pueden llegar a coexistir con el cuarto modelo (el modelo social), dada la persistencia de prejuicios contra este grupo poblacional.”

Por lo tanto, a juicio de este Tribunal, la aptitud para que las personas en condición de discapacidad puedan ejercer la paternidad o maternidad, debe ser el resultado de una evaluación integral y compleja sobre las posibilidades de protección, y cuidado que puedan brindarle.

Así mismo, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de la Ley 1346 de 2009, “Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”, En la Sentencia C-293 de 2010[166], consideró que los derechos sexuales y reproductivos de dicha población, se encontraban ajustados a la Constitución ya que garantizan el ejercicio de la autonomía personal. Por tanto, sostuvo que no existe duda que las personas con discapacidad mental también son titulares de esos derechos.

Posteriormente, al revisarse la constitucionalidad del artículo 7º de la Ley 1412 de 2010[167], en la Sentencia C-131 de 2014 se recordó que los padres de las personas en situación de discapacidad no pueden atribuirse la facultad de decidir sobre la esterilización definitiva de sus hijos a menos de que se declare la interdicción, en el caso de los mayores

de edad o exista una autorización judicial cuando se trata de menores de edad. Lo anterior con el fin de proteger la autonomía de la persona discapacitada así como el consentimiento orientado al futuro.[168]

Así mismo, la Corte concluyó que el derecho a fundar una familia también es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y de los derechos reproductivos. Por este motivo, la jurisprudencia no ha dudado en considerar el derecho a conformar una familia como fundamental. Así, ha señalado, respecto a la familia que esta es “una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y, en concreto, de la libre expresión de afectos y emociones”, ya que “su origen se encuentra en el derecho de la persona de elegir libremente entre las distintas opciones y proyectos de vida, que según sus propios anhelos, valores, expectativas y esperanzas, puedan construir y desarrollar durante su existencia”.

Aunado a lo anterior, este Tribunal precisó que teniendo en cuenta que en otras oportunidades la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la vida prevalece en la Constitución siempre que exista un riesgo inminente para la vida del paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros medios, se preferirá salvaguardar la vida y la integridad del menor y se permitirá la anticoncepción quirúrgica.

No obstante, dispuso:

“La excepción a la prohibición general del artículo 7 de la Ley 1412 de 2010 en estos casos, procederá, previa autorización judicial, únicamente cuando se cumplan dos condiciones.

En primer lugar, el paciente debe autorizar dicho procedimiento y de ninguna manera podrá ser impuesto por los padres o representantes legales del mismo. En efecto, si se considera que el menor cuenta con una voluntad reflexiva en grado de formación que se completa al cumplir la mayoría de edad, es claro que dicha medida no puede ser impuesta en contra de su voluntad ni siquiera cuando la vida está en riesgo.

De otro lado, aun cuando el menor adulto consienta la intervención, se entenderá que esta procede únicamente cuando un grupo de médicos interdisciplinario confirme que el embarazo o el parto constituyen un riesgo de muerte para el menor sin que se pueda acudir

a otros mecanismos anticonceptivos, y que éste último comprende y acepta de manera informada someterse a dicho procedimiento.

Solo si se cumplen las condiciones anteriormente expuestas procederá el juez a valorar en cada caso particular si el menor puede someterse a la esterilización definitiva.”

Finalmente, en la Sentencia C-182 de 2016[169], no solamente se reiteraron los argumentos expuestos en la providencia antes enunciada, sino que además se sostuvo que las personas en condición de discapacidad son sujetos plenos de derechos que gozan de una especial protección constitucional, ese decir, ostentan la titularidad de los derechos reproductivos y del derecho a fundar una familia de forma responsable, siempre que así quieran de forma libre e informada; por lo tanto el Estado tiene la obligación de disponer de todos los medios para que estas personas puedan gozar de sus derechos y eliminar todas las barreras para garantizarlos. En este sentido, tiene el deber específico de establecer todos los medios de apoyo para que puedan recibir la información que se ajusta a sus necesidades para comprender las implicaciones de las decisiones relativas a la reproducción.

Por otra parte, se indicó que el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones médicas no se refiere a la mera aceptación por parte de un paciente a una intervención o tratamiento sanitario sino se trata de un proceso de comunicación entre el paciente y el profesional de la salud. En este orden de ideas, recuerda que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el ámbito del acceso a la información en materia reproductiva, ha dicho que el consentimiento informado consta de tres requisitos: (i) que los profesionales de la salud suministren la información necesaria sobre la naturaleza, beneficio y riesgo del tratamiento así como alternativas al mismo; (ii) tomar en cuenta las necesidades de la persona y asegurar la comprensión del paciente de esa información; y (iii) que la decisión del paciente sea voluntaria. Así, el consentimiento informado debe garantizar una decisión voluntaria y suficientemente informada, lo cual protege el derecho del paciente a participar en las decisiones médicas, y a su vez impone obligaciones en los prestadores del servicio de salud.

Además, se reitera que la jurisprudencia constitucional ha determinado que en aquellos supuestos en los que las personas carecen de la conciencia suficiente para autorizar

tratamientos médicos sobre su propia salud y para reconocer la realidad que los rodea, como es el caso de las personas con discapacidad, terceras personas, mediante el denominado consentimiento sustituto, pueden avalar los procedimientos médicos requeridos por ellos, con el fin de velar por su vida, salud e integridad física. Así, la competencia para decidir se encuentra atada a la capacidad para comprender, retener, creer y sopesar la información que se recibe a fin de tomar una decisión.

“Como se advirtió, el consentimiento informado en el ámbito de las intervenciones de la salud es esencial para garantizar la protección de la dignidad humana, la autonomía y la integridad personal. Por lo tanto, la falta de consentimiento informado a un tratamiento médico genera una violación de estos derechos y a su vez puede comprometer el derecho a ser tratado humanamente en los espacios de provisión de servicios de salud, pues compromete directamente la integridad física y mental de las personas. Específicamente, la ausencia de consentimiento informado respecto de los métodos de planificación implica una esterilización forzada y compromete los derechos reproductivos, ya que limita la capacidad de las personas de tomar decisiones sobre su cuerpo y sobre su autonomía reproductiva, en el contexto de un procedimiento invasivo, irreversible y no consentido.

En este sentido, las prohibiciones a la esterilización forzada determinadas tanto por la jurisprudencia constitucional como por el derecho internacional de los derechos humanos resultan relevantes, pues generan obligaciones para el Estado y guían el respeto que éste debe tener al analizar normas que potencialmente pueden estar restringiendo de forma indebida la autonomía reproductiva de las personas en situación de discapacidad. Lo anterior, ya que la esterilización mediante el consentimiento sustituto, podría constituir una forma de esterilización forzada. Así pues, los estándares que se han fijado al respecto, aun cuando no versen sobre casos de personas en situación de discapacidad, son relevantes en la medida en que se han desarrollado, a partir de criterios de discriminación, sea por el estatus de la persona, la raza, o la condición.”[170]

Además de las conclusiones que puedan extraerse de esta última sentencia, alrededor de la protección de los derechos reproductivos de mujeres con discapacidad mental, de toda la jurisprudencia descrita también cabe concluir lo siguiente: en los procesos judiciales de interdicción cobra especial relevancia analizar el grado de autonomía del presuntamente incapaz, pues en función de ello es que deben adoptarse las medidas que se consideren

más adecuadas por parte del juez para lograr la garantía de sus derechos fundamentales. Así entonces, aunque se trate de una persona mentalmente disminuida, su personalidad jurídica no debe ser anulada por ese simple hecho, sino que cualquier opinión que pueda permitirse emitir según el nivel de su enfermedad, debe ser valorada razonablemente por las autoridades judiciales.

En síntesis encuentra la Sala que esta Corporación ha sido clara en precisar que el consentimiento para la esterilización quirúrgica en personas en situación de discapacidad mental varía dependiendo de su edad, pues como se dejó visto en precedencia cuando el incapaz es un menor de edad se requiere en primer lugar verificar medicamente que el paciente es incapaz para otorgar su consentimiento; en segundo lugar que el cuerpo de galenos informe a los padres del menor acerca del procedimiento en sí, de los riesgos propios de la intervención y de las consecuencias definitivas que el mismo generará en la vida de la persona, sin descartar los efectos emocionales y sicológicos que este podría crear en la identidad de la paciente y; en tercer lugar, deberán los padres del menor, como sus representantes, proceder a tramitar la autorización judicial necesaria para que un Juez de la República autorice el procedimiento quirúrgico de esterilización definitiva.

Así mismo, el procedimiento de ligadura de trompas o vasectomía varía cuando el incapaz es un mayor de edad, pues se requiere en primer lugar; adelantar el proceso de interdicción judicial y discernimiento de guarda, en el cual una vez comprobado jurídicamente que el sujeto es incapaz se procede a designar al representante legal del mismo, acto seguido será este quien solicitará mediante un procedimiento judicial diferente, la autorización judicial de la intervención quirúrgica de esterilización definitiva, así entonces una vez cumplidas estas dos etapas judiciales el representante legal podrá acudir al médico tratante o a la E.P.S. para que se lleve a cabo la mencionada intervención; en el evento de no autorizarse por parte de la E.P.S. dicho procedimiento es el guardador quien puede acudir a la acción de tutela para buscar la protección de los derechos fundamentales del discapacitado mental.

9. CASO CONCRETO

9.1. Resumen.

En el presente caso, la señora María Patricia Vélez Fernández, actuando en representación de su hija Manuela Echavarría Vélez, quien padece retraso mental moderado, solicitó a la

EPS SALUD TOTAL, entidad a la cual se encuentran afiliada, que ésta proceda a realizarle, el procedimiento médico de ligadura de trompas, conocido médicamente como POMEROY, intervención quirúrgica que impediría de manera definitiva que su hija en condición de discapacidad pueda llegar a tener un embarazo no deseado, lo que afectaría negativamente sus ya limitadas condiciones de vida.

Ante esta petición, la EPS accionada, aclara, que si bien el procedimiento médico solicitado es una prestación que hace parte del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), advierte, en primer lugar, que no existe orden del médico tratante de la Joven Echevarría que disponga la necesidad del procedimiento de planificación quirúrgica que se pretende mediante la acción de tutela; en segundo lugar, que vistas las especiales condiciones de la paciente, -menor de edad (al momento de presentación de la acción de tutela) y con retardo mental moderado- impone necesariamente que para que dicho procedimiento quirúrgico se pueda realizar dentro los lineamientos legalmente permitidos, debe para ello mediar una decisión judicial que así lo autorice.

Vista la negativa de la EPS de prestar la atención médica solicitada sin el previo cumplimiento de tales requerimientos judiciales, la accionante considera que se están desconociendo los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana -entendida como la protección especial a las personas con una debilidad manifiesta.

9.2. Análisis de la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

En el caso sub examine se estudia la situación de Manuela Echavarría Vélez, a quien su madre solicita se le realice el procedimiento médico de ligadura de trompas o Pomeroy, por haber sido diagnosticada con retraso mental moderado, el cual fue negado por el médico adscrito a la EPS basado en el argumento de no contar con la autorización de un Juez de Familia.

En efecto, la Sala encuentra que como se advirtió en otros casos resueltos por esta Corporación, es de vital importancia que el consentimiento para intervenir médicamente el cuerpo de una persona, sea otorgado por la misma persona, y que dicho consentimiento sea dado de manera libre, razonada y autónoma. De esta manera, se aprecia prima facie, el principio de la autonomía y autodeterminación personal es un criterio fundamental para adelantar cualquier tipo de procedimiento médico o quirúrgico.

Sin embargo, cuando dicho consentimiento no puede ser otorgado por quien va a ser intervenido médicamente, tal anuencia podrá ser dada por un tercero, para lo cual deberá igualmente corresponder a una aceptación cualificada, la cual deberá estar sustentada en información previa que de manera clara y respetuosa le haya sido suministrada por el cuerpo médico, para que quien otorgue en nombre de otro su consentimiento, pueda tomar una decisión con un criterio razonable, objetivo y médicamente sustentado.

Pero si sumado a ésta situación, quien requiere un tratamiento médico o intervención quirúrgica que puede afectar de manera drástica y severa un derecho personalísimo, como sucede en el presente caso, en el que se va a tomar una decisión que anulará de manera definitiva la posibilidad de que una persona pueda procrear y tener familia, es imprescindible que luego de verificada la incapacidad del paciente para otorgar su consentimiento, y que el cuerpo médico ha informado a su representante legal acerca del procedimiento en sí, de los riesgos propios de la intervención y de las consecuencias definitivas que el mismo generará en la vida de la persona, sin descartar los efectos emocionales y psicológicos que este podría crear en la identidad de la paciente, se procederá a tramitar la autorización judicial que en estas circunstancias se considera necesaria.

En efecto, si bien en el presente caso, el consentimiento previo para autorizar un procedimiento médico o quirúrgico, no pretende constituirse en una respuesta médica directa que pretenda como fin primordial, tratar la patología que afecta a la menor, si busca sin embargo, garantizar que las limitadas condiciones de vida de la paciente, o su precario estado de salud, no se vean afectados de manera negativa con cargas físicas adicionales que hagan indigna su existencia y que por demás pueda comprometer su salud y su propia vida.

Así, la decisión de que sean sus padres como representantes legales quienes otorguen su consentimiento, impone de todos modos, la obligación de parte de la EPS de informarles de manera profesional, y científica acerca de los efectos inmediatos y a futuro de la decisión que van a tomar, vista la autorización del procedimiento médico de ligadura de trompas al cual desean someter a Manuela. Así mismo, es un deber del representante de Manuela Echavarría Vélez, recibir toda la información y asesoramiento médico científico que les sea brindado por su EPS a efectos de que tengan la mayor claridad posible, y los elementos de juicio suficientes, que aseguren su pleno y real conocimiento de la situación médica a la

cual van a exponer a su hija.

Sin embargo, encuentra esta Sala de Revisión, que de los hechos de la demanda de tutela como del escaso material probatorio existente en el expediente, se puede advertir que si bien Manue21la Echavarría Vélez padece de una discapacidad por retraso mental, no existe un concepto médico, científico y especializado en el expediente que permita asegurar que su retraso mental, sea de tal gravedad que impida, que a futuro, pueda llegar a tener un nivel de consciencia y autonomía personal que le permita entender y comprender su condición de mujer; así como tampoco se evidencia que se hubiese surtido por sus padres el proceso judicial requerido para solicitar la práctica del procedimiento pretendido.

De esta manera, considera la Sala que si bien es cierto a la fecha, Manuela Echavarría Vélez, ya cuenta con dieciocho (18) años de edad, motivo por el cual la señora María Patricia Vélez Fernández no puede actuar como su representante legal, pues no existe prueba de haberse agotado el trámite judicial de interdicción y discernimiento de la guarda, no se desconoce que sí era menor de edad al momento de impetrarse la acción que hoy ocupa la atención de esta Corporación, por lo tanto es acertado que para ese instante la E.P.S. se hubiese limitado a exigir la licencia judicial para proceder a la esterilización definitiva de la incapaz, pues como se expuso este es el único requisito previsto por la ley para otorgar el consentimiento para la esterilización quirúrgica de personas menores de edad en condición de discapacidad mental.

Por lo tanto, al contar Manuela Echavarría Vélez actualmente con la mayoría de edad, deben los padres adelantar el proceso de interdicción para que sea un Juez de la República quien designe al representante legal o guardador de la joven, y así poder agotar el proceso especial, ante un Juez de Familia, quien será el que autorice la práctica del procedimiento de esterilización quirúrgica

No obstante, con el fin de proteger los derechos fundamentales de Manuela Echavarría Vélez, es pertinente que una vez se adelante el proceso de interdicción de la joven y se designe el representante o guardador de la misma, esta sea sometida a una valoración, médica especializada que permita establecer su capacidad cognoscitiva y su nivel de desarrollo mental, que indique si dicha condición de retraso mental le va a permitir a futuro, tener o no la suficiente autonomía en su voluntad para asumir una decisión de tal

trascendencia; esta valoración deberá realizarse por un cuerpo médico multidisciplinario conformado por un neurólogo, un ginecólogo, un psicólogo adscritos a la E.P.S. Salud Total y un médico de Medicina Legal, quienes se encargaran de determinar el grado de retraso mental que padece.

Luego de que el representante legal o guardador de Manuela Echavarría Vélez hayan dado su consentimiento y solicite en consecuencia la realización del procedimiento quirúrgico ya anotado, deberán iniciar el trámite judicial, que autorice el procedimiento de ligadura de trompas o Pomeroy.

Cumplidas la etapas señaladas en precedencia, y en el evento de que la autoridad judicial profiera la respectiva autorización, la E.P.S. Salud Total deberá adelantar el procedimiento quirúrgico, en los términos que los protocolos médicos internacionales exigen, en aras de garantizar una recuperación satisfactoria de la paciente, asegurando el más mínimo riesgo para su salud, vida e integridad física.

En consecuencia, y en el entendido de que las consideraciones expuestas en esta sentencia, pretenden garantizar la debida protección de los derechos fundamentales de Manuela Echavarría Vélez, esta Sala de Revisión confirmará parcialmente la decisión adoptada el veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015), por el Juzgado Primero Penal Del Circuito De Itagüí, en cuanto a la falta de legitimación en la causa por activa, no obstante se procederá a adicionar el fallo, ordenando a la E.P.S. Salud Total el tratamiento que debe suministrar a la hija de la accionante una vez se surta el proceso de interdicción y la correspondiente designación del representante legal o guardador de la joven en condición de discapacidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015) por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, que a su vez confirmó la

providencia del veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Itagüí; pero por las consideraciones aquí expuestas.

SEGUNDO.- ADICIONAR la decisión judicial que se confirma señalando que una que vez se surta el proceso de interdicción de Manuela Echavarría Vélez y se designe un representante legal o guardador de la misma, DEBERÁ Salud Total E.P.S realizarle una valoración médica especializada integrada por un neurólogo, un ginecólogo y un psicólogo de la E.P.S. accionada, quienes acompañados por un médico de Medicina Legal, deberán determinar el grado de retraso mental de la joven, esto con el fin de establecer su nivel de desarrollo mental y así tener la certeza de que su condición de retraso mental le va a permitir a futuro, tener o no la suficiente autonomía en su voluntad para asumir sus propias decisiones.

Establecido el nivel de discapacidad de la joven, y si éste fuese tan alto que se pueda asegurar que Manuela no podrá ser consiente ni tener autonomía personal para decidir por sí misma si desea o no tener hijos, el cuerpo médico de la E.P.S. de Salud Total, deberá informar al representante legal o guardador, el procedimiento quirúrgico o médico a seguir, los efectos y las consecuencias físicas y psicológicas que pueda llegar a causar.

Luego de que el representante legal o guardador de Manuela Echavarría Vélez otorguen su consentimiento para la realización del procedimiento quirúrgico ya anotado, deberán iniciar ante un Juez de Familia el trámite judicial especial, que autorice el procedimiento de ligadura de trompas o Pomeroy. En el evento de que la autoridad judicial profiera la respectiva autorización, la E.P.S. Salud Total deberá adelantar el procedimiento quirúrgico, en los términos que los protocolos médicos internacionales exigen, en aras de garantizar una recuperación satisfactoria de la paciente.

TERCERO.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo asesorar, apoyar y acompañar a los padres de Manuela Echavarría Vélez en el trámite pertinente para que adelanten el proceso de interdicción de su hija, esto con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos de la joven. Por la Secretaría General de esta Corporación, ofíciase a la entidad referida para que coordine y designe la comisión pertinente para tal fin.

CUARTO.- Teniendo en cuenta las órdenes dadas en esta providencia se dispone que esta Corporación asumirá el cumplimiento de la misma.

QUINTO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia T-459 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[2] Sentencia T-531 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynet.

[3] Sentencia T-417 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[4] Sentencia T-550 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[5] Sentencia T-531 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[6] Ver sentencia T-550 de 1993.

[7] Esta presunción fue establecida por el legislador delegado en el decreto 2591 de 1991. Sobre la misma se pronunció tangencialmente la Corte en sentencia T-001 de 1997 en la

cual la Corte resuelve el caso de abogados que presentaron acción de tutela como agentes oficiosos sin demostrar la indefensión de los agenciados, la Corte niega la tutela por que no se configura la agencia oficiosa y no se reúnen los requisitos para el apoderamiento judicial, afirmó la Corte: “Los poderes se presumen auténticos, según lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, pero, obviamente, tal autenticidad no puede predicarse de poderes no presentados, ya que el juez no está autorizado para presumir que alguien apodera los intereses de otro, sin que en el respectivo expediente ello aparezca acreditado”.

[8] En la sentencia T-001 de 1997 la Corte afirmó que por las características de la acción “todo poder en materia de tutela es especial, vale decir se otorga una vez para el fin específico y determinado de representar los intereses del accionante en punto de los derechos fundamentales que alega, contra cierta autoridad o persona y en relación con unos hechos concretos que dan lugar a su pretensión.”

[9] En este sentido la Corte ha acogido las disposiciones del código de procedimiento civil en la materia, así en la sentencia T-530 de 1998 acoge y aplica la disposición del artículo 65 inciso 1º: “En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros.”

[10] En este sentido en la en la sentencia T-695 de 1998 la Corte no concedió la tutela impetrada debido a que el abogado quien presentó la tutela pretendió hacer extensivo el poder recibido para el proceso penal al proceso de tutela. En esta oportunidad la Corte reiteró la doctrina sentada en la sentencia T-550 de 1993 oportunidad en la cual la Corte afirmó: “De otro lado, debe desecharse la hipótesis de que el poder conferido para adelantar un proceso judicial sirve al propósito de intentar la acción de tutela a que pudiere dar lugar ese proceso, por cuanto se trata de actuaciones distintas y, si bien es cierto que la tutela tiene un carácter informal, también lo es que tal informalidad no lleva a presumir la existencia de un poder que no se presentó y que es necesario allegar siempre que se ejerza la acción de tutela a nombre de otro y a título profesional” En un sentido similar ver sentencia T-002 de 2001, en la cual la Corte afirmó que la condición de apoderado en un proceso penal no habilita para instaurar acción de tutela, así los hechos en que se esta se fundamenta tengan origen en el proceso penal.

[11] En la sentencia T-530 de 1998 la Corte al revisar la decisión de una tutela promovida por el abogado de la parte civil en un proceso penal quien actuaba sin poder especial para el proceso de tutela, consideró que el a-quo no debió darle trámite al respectivo proceso debido a que el abogado no allegó el poder respectivo ni manifestó su calidad de agente oficioso. En este sentido aseveró que “Aunque podría pensarse que su calidad de representante de la parte civil en el proceso penal lo habilitaba para dicho menester, debe desecharse esta idea, en atención a que en el proceso penal el sujeto procesal es la parte civil y no su apoderado; es cierto que éste la representa conforme al poder específico que se le ha conferido; pero éste aun cuando suficiente para la actuación en el proceso penal no lo habilita para ejercitar la acción de tutela.”

[12] En la sentencia T-207 de 1997 la Corte se extendió en consideraciones acerca de la informalidad, propia de la acción de tutela y de sus implicaciones frente al ejercicio de la misma. Con respecto al apoderamiento judicial como excepción al principio de informalidad de la acción señaló: “Caso distinto es el de quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro a título profesional, en virtud de mandato judicial, pues es evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971). Ello no solamente por razón de la responsabilidad que implica tal ejercicio, que se concreta en el campo disciplinario, sino por la necesaria defensa de los intereses del cliente, a quien conviene establecer con certidumbre que quien lo apodera puede actuar, de acuerdo con la ley, ante las distintas instancias judiciales y que responderá por su gestión.”

[13] Sobre la obligatoriedad de que la representación judicial en tutela sea asumida por abogados en ejercicio no existe regulación expresa ni en la Constitución ni en los decretos reglamentarios de la acción de tutela, ante este vacío la Corte en sentencia T-550 de 1993 mediante interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, a partir de las disposiciones generales sobre representación judicial y en especial a partir de la disposición del artículo 38 del decreto 2591 de 1991 (que señala las faltas para los abogados que promuevan irregularmente acciones de tutela) concluyó que esta disposición no tendría sentido sino se entendiera que la representación judicial sólo pudiese ser adelantada por abogados titulados y en ejercicio.

[14] M.P. Mauricio González Cuervo.

[15] Ver entre otras las sentencia T-531 de 2002 y T-552 de 2006.

[16] Ver artículo 10 del decreto 2591 de 1991.

[17] Artículo 65, inciso 1º del Código de Procedimiento Civil.

[18] En este sentido, ver entre otras, las sentencias T-695 de 1998 y T-550 de 1993.

[19] En la sentencia T-530 de 1998 la Corte al revisar la decisión de una tutela promovida por el abogado de la parte civil en un proceso penal quien actuaba sin poder especial para el proceso de tutela, consideró que el a-quo no debió darle trámite al respectivo proceso debido a que el abogado no allegó el poder respectivo ni manifestó su calidad de agente oficioso. En este sentido aseveró que “Aunque podría pensarse que su calidad de representante de la parte civil en el proceso penal lo habilitaba para dicho menester, debe desecharse esta idea, en atención a que en el proceso penal el sujeto procesal es la parte civil y no su apoderado; es cierto que éste la representa conforme al poder específico que se le ha conferido; pero éste aun cuando suficiente para la actuación en el proceso penal no lo habilita para ejercitar la acción de tutela.”

[20] T-207 de 1997. M.P. Gregorio Hernández Galindo.

[21] Ver entre otras, las sentencias T-550 de 1993 y T-531 de 2002.

[22] Artículo 13 del Decreto 196 de 1971.

[23] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[24] Artículo 10, decreto 2591 de 1991, Legitimidad e interés. Segundo inciso: (...) “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

[25] Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Constitución, sobre el enunciado del mismo, se pronunció la Corte en sentencia T-011 de 1993 y afirmó que “Cuando la Constitución colombiana habla de la efectividad de los derechos (art., 2 C.P.)

se refiere al concepto de eficacia en sentido estricto, esto es, al hecho de que las normas determinen la conducta ciudadana por ellas prescrita y, además logren la realización de sus objetivos, es decir realicen sus contenidos materiales y su sentido axiológico.”

[27] En la sentencia T-029 de 1993 la Corte se pronuncia sobre la acción de tutela interpuesta por dos personas a favor de un tercero que se encontraba en estado de indigencia, con el fin de lograr la protección del derecho a la igualdad y a la vida en condiciones dignas, a pesar de que en este caso se niega la tutela, la Corte acepta el agenciamiento de derechos debido al “estado de postración e indigencia” y a las “especiales condiciones mentales” en que se encontraba el agenciado lo que le representaba encontrarse imposibilitado para velar por la protección de sus derechos fundamentales. Y seguidamente afirma que “tal protección debería proveerse cuando la soliciten personas que actúan en desarrollo del principio de solidaridad previsto en el artículo 1 de la Constitución.” Igualmente en la sentencia T-422 de 1993 la Corte confirma la sentencia del ad-quem en la que se negaba la tutela en el sentido de que efectivamente el demandante en el caso, omitió expresar en la solicitud, las circunstancias que impedían a los titulares de los derechos promover su propia defensa. Y Sin embargo después de afirmar que “el mejor vocero del derecho es quien debe en primer término buscar su protección judicial” incluye la excepción que justifica la agencia oficiosa: “salvo que se encuentre en imposibilidad circunstancial de promover su propia defensa” y recurre nuevamente al principio de solidaridad al afirmar que en este momento “la solidaridad social está llamada a abogar por su causa, que en últimas, tratándose de las violaciones a los derechos fundamentales es la de todos los miembros de la comunidad.”

[28] Sobre el requisito de manifestar que se actúa bajo tal condición y que el agenciado se encuentra en imposibilidad de promover su defensa, la Corte ha realizado interpretaciones dirigidas a restarle rigidez según las circunstancias del caso. Por ejemplo en la Sentencia T-555 de 1996 la Corte resolvió el caso de un agente oficioso (estudiante de consultorio jurídico) que promovió tutela a favor de una persona para lograr protección de su derecho a la no reformatio in pejus, y no manifestó la circunstancia de imposibilidad de promover su propia defensa en la cual aquel se encontraba. En esta oportunidad la Corte concedió la tutela bajo la idea según la cual los derechos involucrados tenían además una dimensión objetiva que hacía imperiosa su protección, por lo cual “en aquellos casos en que, como en el presente, se encuentra de por medio la efectividad de un derecho fundamental con

dimensiones de carácter objetivo y la violación a este derecho es manifiesta y constatable prima facie, el agente oficioso – en razón de la naturaleza del derecho fundamental cuya vulneración se debate – actúa, adicionalmente, en nombre de un interés general, que supera el interés individual de la persona cuyos derechos agencia.”

[29] Sobre la posibilidad de inferir la situación de imposibilidad de promover la propia defensa, la Corte se pronunció en sentencia T-452 de 2001 en este caso la Corte revisó la sentencia de un juez que negó la tutela de los derechos de un agenciado bajo el argumento de que el agente no señaló expresamente la situación en que aquel se encontraba y que le impedía promover su propia defensa, no obstante que en el escrito tal situación se mostraba como evidente. En esta oportunidad la Corte consideró la posibilidad de pronunciarse de fondo tras aceptar la existencia de una “agencia oficiosa tácita” ya que según la Corte “la exigencia de estos requisitos (la manifestación de la imposibilidad) no puede interpretarse formalmente, es decir, su cumplimiento no está supeditado a la existencia, dentro de la petición de tutela, de frases sacramentales o declaraciones expresas que den cuenta de la agencia oficiosa, pues bien puede ocurrir -como en el caso que es objeto de estudio en esta oportunidad por parte de la Corte- que las circunstancias que impiden que una persona actúe a nombre propio, justificando la intervención oficiosa de otro, sean hechos que se desprenden naturalmente de la narración hecha por el petente...” Además esto fue posible porque la Corte constató que el agenciado no corría riesgo alguno por el acto de la agencia, lo cual para la Corte sólo es posible “siempre que exista un respaldo fáctico del cual se pueda deducir -no simplemente presumir- que se está realizando un acto a favor de otro.”

[30] En la sentencia T-342 de 1994 dos personas actuando como agentes oficiosos para la defensa de los derechos fundamentales a la diversidad étnica y consecuentemente los derechos a la igualdad, autonomía, libertad de conciencia, libertad de expresión etc., de la comunidad indígena nómada Nukak Maku debido a que una asociación asentada en un lugar estratégico en el departamento del Guaviare había comenzado una serie de actividades dirigidas a la catecumenización y reducción cultural de los indígenas, La Corte decidió que la agencia oficiosa era en ese caso procedente, porque además de haberlo manifestado expresamente, “las circunstancias actuales de aislamiento geográfico, desconocimiento jurídico, incapacidad económica y limitaciones de lenguaje que presentan los integrantes de dicha comunidad, se corroboró que éstos no están en condiciones de

promover su propia defensa.” De esta forma se amplía notablemente el referente de la expresión del decreto 2591 de 1991 “no encontrarse en condiciones físicas” pues no se alude con el mismo solamente a incapacidad estrictamente física como limitación corporal, sino que alude a un marco más amplio de condiciones materiales.

[31] En la sentencia T-414 de 1999 el padre de una persona mayor de edad enferma mental, actuando como agente oficioso presenta acción de tutela con el fin de lograr la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social de su hija. La Corte frente al requisito de “las condiciones para promover su propia defensa” en el presente caso afirmó que “...para la procedencia de la agencia oficiosa es indispensable no sólo que el agente oficioso afirme actuar como tal, sino que además demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia.” (subrayas fuera de texto).

[32] En la sentencia T-422 de 1993 según la Corte “No corresponde a la esencia de la agencia oficiosa y tampoco se aviene a su naturaleza, exigir la configuración de una relación formal entre el agente y los titulares de los derechos que no están en condiciones de promover su propia defensa. Por el contrario, se trata de una relación de hecho que puede reclamar efectos jurídicos válidos y desplegar eficacia representativa si se cumplen los requisitos previstos en la ley.” Reiterada en Sentencia T-421 de 2001.

[33] En este predicado, propio de la agencia oficiosa, se concreta el principio constitucional de solidaridad de tal forma que la posibilidad de agenciar derechos ajenos está abierta para cualquiera persona, en este sentido no se requiere la existencia de relación alguna, ya sea con fundamento en la filiación, el parentesco o en relaciones contractuales específicas. Así por ejemplo en el caso de agencia oficiosa de derechos fundamentales de menores en la sentencia T-408 de 1995. La Corte concedió la tutela en un proceso promovido por la abuela de una menor quien actuaba como agente oficiosa de su nieta para proteger su derecho fundamental a no ser separada de su madre, debido a que el padre se negaba a permitirle a su hija visitar a su madre por encontrarse privada de la libertad. Frente a la posibilidad de presentar acción de tutela como agente oficioso de menores afirmó: “...cualquiera persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre

de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal.” Igualmente ver la sentencia T-029 de 1993 caso de agencia oficiosa de derechos fundamentales del indigente, o la sentencia T-422 de 1993 caso de la agencia oficiosa de los derechos de los vecinos.

[34] El requisito de ratificación se introduce de una manera incipiente pero determinante en la Sentencia T-044 de 1996. En este caso no se concede la tutela pretendida por un falso agente debido a que la agenciada no ratificó ni los hechos ni las pretensiones de la acción incoada. En la Sentencia T-277 de 1997 el agente oficioso esposo de la titular del derecho a la salud, interpone acción de tutela con el fin de que se ordenará una intervención quirúrgica, la titular con posterioridad se dirigió al juzgado y ratificó los hechos y las pretensiones, por lo cual la Corte consideró que se configuraba en el caso la legitimación en la causa, por consiguiente consideró procedente entrar al examen de fondo sobre los hechos. Para la Corte en este caso el requisito de ratificación se encuentra implícito en el requisito de “imposibilidad de promover la propia defensa” reforzado con los argumentos del respeto tanto a la autonomía personal (art., 16) como a la dignidad humana (art., 1) sobre estas consideraciones ver sentencia T-503 de 1998.

[35] En la sentencia T-088 de 1999 la Corte reiterando jurisprudencia concluyó que el abogado, quien actuaba como apoderado del interesado para obtener cumplimiento de un fallo de tutela anterior, carecía de poder especial para el caso y no actuó como agente oficioso, En esta ocasión resolvió la Corte que no vale el poder otorgado para tutela anterior por lo cual negó el amparo. Igualmente frente al tema de la ratificación afirmó que por haberse presentado en sede de revisión, además de ser improcedente en el caso, la misma era inoportuna.

[36] Así fue reconocido en Sentencia T-315 de 2000 caso en el cual el hermano de un enfermo grave presentó tutela como agente oficioso con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales de aquel al trabajo y al mínimo vital, la Corte afirmó que el hermano del agenciado actuó “válidamente como agente oficioso... lo que permite a la Sala pasar al examen de fondo de los hechos objeto de proceso.”

[37] Asumiendo una postura más estricta frente al requisito de la manifestación que debe

hacerse sobre la imposibilidad de defenderse en que se encuentra el agenciado la Corte afirmó que en su ausencia el juez debería proceder a rechazar de plano la acción, así en Sentencia T-555 de 1996 (referida en sentencias SU-707 de 1996 y T-414 de 1999) “si del escrito mediante el cual el agente oficioso demanda el amparo constitucional de los derechos de su agenciado no surge, de manera clara y expresa, que éste último se encuentra en absoluta imposibilidad de defender sus derechos por sí mismo, la acción de tutela deberá ser rechazada de plano, sin que al juez le esté autorizado entrar a estudiar ninguna de las cuestiones de fondo que se han sometido a su conocimiento.”

[38] Así en la sentencia T-573 de 2001 oportunidad en la cual la Corte confirmó la sentencia del ad-quem en el sentido de revocar la sentencia del a-quo que concedió la tutela de los derechos del agenciado, pues se comprobó que la enfermedad del agenciado no le impedía promover su propia defensa y además el agente no manifestó expresamente que el agenciado no se encontraba en condiciones para promover la acción en el escrito de acción de tutela, por lo cual consideró la Corte que en este caso se configuró “la falta de legitimación en la causa.”

[39] Sobre la importancia de consultar las circunstancias propias del caso concreto ver sentencia T-555 de 1996 sentencia T-452 de 2001 y sentencia T-573 de 2001 en esta última la Corte afirmó que el eventual análisis garantiza “no sólo la adecuada y oportuna protección de los derechos fundamentales, sino que también permite evitar que se acuda a este mecanismo cuando ello no resulta indispensable, o el presuntamente afectado no considera vulnerado o amenazado su derecho.”

[40] Aunque no en estos términos así lo afirmó la Corte en sentencia T-555 de 1996 en el sentido de afirmar que los jueces deben proveer por “llevar a cabo una defensa cabal, adecuada y oportuna de los valores, principios y derechos constitucionales, la cual no sería posible si la agencia oficiosa, en materia de tutela, se rigiera por reglas inflexibles que no respondieran a las particularidades de cada situación concreta.” Afirmación reiterada en la sentencia T-452 de 2001. Oportunidad en la cual la Corte consideró que el juez como garante del principio de eficacia de los derechos fundamentales debe adelantar una conducta activa en materia probatoria con el objeto de establecer con precisión los hechos y afirmaciones puestos a su consideración en los escritos de tutela.

[41] Una integración normativa de la figura de la agencia oficiosa del código de procedimiento civil, dirigida a incluir tales exigencias en sede de tutela resultaría abiertamente contraria a la Constitución. Dice el artículo 47: “Agencia oficiosa procesal. Se podrá promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedido para hacerlo; para ello bastará afirmar dicha circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de aquella. El agente oficioso deberá prestar caución dentro de los diez días siguientes a la notificación a él del auto que admita la demanda, para responder de que el demandante la ratificará dentro de los dos meses siguientes. Si este no la ratifica, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente, a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado. La actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda, El agente deberá obrar por medio de abogado inscrito, salvo en los casos exceptuados en esta ley.”

[42] Por lo cual se encuentra “desprovista de requisitos tales como la caución y la ratificación posterior de los interesados principales, que en otro tipo de diligencia se exigen” esto se explica también a partir de la naturaleza “informal” y “sumaria” del proceso de tutela. Así en sentencia T-452 de 2001.

[43] En este sentido la Corte en Sentencia T-422 de 1993 afirmó “La disciplina normativa de la acción de tutela se inspira en un amplio designio cautelar y elimina, en este campo, exigencias estrictas que ordinariamente se establecen para la agencia oficiosa procesal, tales como la caución y la ratificación posterior de los interesados principales. El régimen legal aplicable a la acción de tutela reduce al mínimo los requisitos de esta modalidad de intervención judicial.”

[44] Esta idea subyace en la Sentencia T-044 de 1996 caso en el cual un agente oficioso recurrió abusivamente al ejercicio de la figura con el objetivo de obtener decisión judicial favorable a sus propios intereses, en las consideraciones la Corte resaltó la finalidad de la figura de la agencia oficiosa a partir de la realización de los principios constitucionales (eficacia de los derechos fundamentales (arts., 2 y 86) y prevalencia del derecho sustancial art., 228), introdujo algunos elementos dirigidos a reconocer la exigencia de la ratificación del agenciado y reprochó la conducta del falso agente. En este caso no se concedió la tutela porque se pudo comprobar que la supuesta agenciada no tenía interés en la causa al

no encontrarse afectados o vulnerados derechos fundamentales.

[45] M.P. Mauricio González Cuervo.

[46] Así fue reconocido en Sentencia T-315 de 2000 caso en el cual el hermano de un enfermo grave presentó tutela como agente oficioso con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales de aquel al trabajo y al mínimo vital, la Corte afirmó que el hermano del agenciado actuó “válidamente como agente oficioso... lo que permite a la Sala pasar al examen de fondo de los hechos objeto de proceso.”

[47] Sentencia T-095 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[48] Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

[49] Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

[50] Constitución Política, art. 13.

[51] Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

[52] Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[53] Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[54] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[55] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[56] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[57] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[58] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[60] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[61] Sentencia 1024 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[62] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[63] Sentencia T-121 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[64] El artículo 1 de la ley en cita establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

[65] Sentencia T-121 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[66] El numeral 3° del artículo 153 de la ley 100 de 1993, define el principio de integralidad en los siguientes términos: “El sistema general de seguridad social en salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud”.

[67] Asimismo el literal c del artículo 156 de la citada ley consagra que “Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominada el plan obligatorio de salud”.

[68] Sentencia T-073 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[69] Sentencia T-922 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[70] Sentencia T-760 de 2008 M.P. María Victoria Calle.

[71] Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

[72] Sentencia T-022 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[73] Sentencia T-597 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[74] Sentencia T-059 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis

[75] Sentencias T-597 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-760 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

[76] Cfr. T-760 de 2008, precitada.

[77] Extracto de la sentencia T-061 de 2014 (M.P. Nilson Elías Pinilla Pinilla).

[78] Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-378 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-741 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-476 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[79] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[80] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[81] Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y C-112 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sala Primera de Revisión, sentencias T-370, T-385 y T-419 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Sala Octava de Revisión, sentencias T-236 y T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

[82] M.P. María Victoria Calle.

[83] Este criterio ha sido ampliamente acogido y desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Puede consultarse al respecto, entre otras, las sentencias T-271 de 1995, M.P.

Alejandro Martínez Caballero; SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; y SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-786 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; y T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[84] En varias ocasiones la Corte Constitucional ha negado el amparo de tutela, por el hecho de solicitar un servicio de salud que fue ordenado por un médico que no está adscrito a la EPS a la que la persona se encuentra afiliada. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-378 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-741 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-476 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[85] En la sentencia T-500 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), por ejemplo, la Corte consideró que el concepto emitido por un médico contratado por la accionante, según el cual era necesario practicar un examen diagnóstico (biopsia) para determinar la causa del malestar que sufría la persona (un brote crónico que padece en la frente que le generaba “una picazón desesperante”), obligaba a la EPS, que había considerado la patología en cuestión como de ‘carácter estético’ sin que hubiera ofrecido argumentos técnicos que fundamentaran dicha consideración, a evaluar la situación de la paciente adecuadamente, “(i) asignando un médico que tenga conocimiento especializado en este tipo de patologías y (ii) realizando los exámenes diagnósticos que éste eventualmente llegare a considerar necesarios”.

[87] Cfr. sentencia T-1214 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[88] Sentencia T-760/2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

[89] Corte Constitucional, Sentencia T-344 de 2002 MP Manuel José Cepeda Espinosa. Esta sentencia ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas, en las Sentencias T-053 de 2004 MP Alfredo Beltrán Sierra, T-616 de 2004 MP Jaime Araujo Rentería, T-007 de 2005 MP Manuel José Cepeda Espinosa, T-171 de 2005 MP Jaime Córdoba Triviño, T-1126 de 2005 MP Alfredo Beltrán Sierra, T-1016 de 2006 MP Álvaro Tafur Galvis, T-130 de 2007 MP Humberto Antonio Sierra Porto, T-461 de 2007 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, T-489 de 2007 MP Nilson Pinilla Pinilla, T-523 de 2007 MP Clara Inés Vargas Hernández, T-939 de 2007 MP Jaime Araujo Rentería, T-159 de 2008 MP Mauricio González Cuervo, T-418 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

[90] Según esta Declaración, el término “impedido” “designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal, a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales” (Artículo 1).

[91] Artículo 2.

[92] De acuerdo con la Convención, las personas con discapacidad “incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

[93] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[94] Al respecto véase A. Palacios, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cinca, Madrid, 2008, p. 26.

[95] Preámbulo, literal e) de la Convención.

[96] “Artículo 12. Igual reconocimiento como personas ante la ley.

1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida.

3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica

respeten los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

[97] *Ibídem*.

[98] “Por la cual se establecen mecanismos de integración ”

[99] “Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados”.

[100] M.P. Humberto Sierra Porto.

[101] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[102] M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[103] M.P. Humberto Sierra Porto.

[104] Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-378 de 1997.

[106] La Corte Constitucional colombiana ha reconocido que las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ayudan a definir el contenido y alcance de los derechos económicos sociales y culturales. Sobre este tema

pueden verse, entre otras, las sentencias T-200 de 2007 y T-1248 de 2008.

[107] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[108] Gaceta del Congreso No. 181 del 25 de abril de 2008, página 1.

[109] Ibídem

[110] Ibídem.

[111] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[112] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[113] Sentencia de la Corte Constitucional T - 401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[114] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[115] Sentencia de la Corte Constitucional SU - 339 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[116] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[117] Sentencia de la Corte Constitucional C - 182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[118] Ibídem.

[119] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. A mayor carácter invasivo del tratamiento, el paciente debe disponer de un mayor nivel de información.

[120] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. A mayores dudas sobre la aceptación clínica del procedimiento, el paciente debe disponer de un mayor nivel de información. Igualmente, la cualificación de este consentimiento informado implica que “cuando existan dudas acerca de la aceptación clínica de un procedimiento o tratamiento, debe efectuarse una junta médica con la participación de un epidemiólogo clínico, quien debe informar al paciente acerca de las características del mismo”.

[121] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil: “[C]uando existan condiciones que dificulten la realización de un procedimiento, o que disminuyan significativamente las probabilidades de éxito, el médico debe informar al paciente de dicha circunstancia”.

[122] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil: “Cuando la demora en la realización de un procedimiento ponga en riesgo la salud o la vida, el médico debe sopesar este factor y, si es del caso, entrar a protegerlos, aun sin el consentimiento expreso del paciente”.

[123] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. A mayor grado de posible riesgo o afectación de sus derechos o intereses, el paciente debe disponer de un mayor nivel de información.

[124] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. A mayor grado de posible riesgo o afectación de derechos de terceros, menor es el nivel de información del que el paciente debe disponer; Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño Incluso, sería posible obviar la autorización del paciente en este tipo de casos si las particularidades del caso lo justifican.

[125] Sentencia T-850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil “Cuando existan otros tratamientos o procedimientos que produzcan resultados similares o comparables, el médico debe informar de esta situación al paciente, si observa que hacerlo redundaría en interés del paciente”.

[126] La jurisprudencia constitucional ha entendido esta última variable en dos sentidos. Por una parte, en aquellos casos en los cuales el exceso de información es perjudicial para el paciente, en principio el médico puede restringir o limitar el nivel de información que le suministra. No obstante, la Corte Constitucional ha establecido que son eventos altamente excepcionales, que deben ser valorados en cada situación concreta por el médico. Así, en la Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero dijo que los “riesgos de daño al paciente o de afectación de su autonomía deben ser evidentes o muy probables, para que se justifique la retención de información por el médico”. Por otro lado, la Corporación también ha interpretado que esta variable cubre igualmente a los sujetos que no tienen la capacidad de comprender plenamente los efectos de la intervención médica y, por tanto, terceras personas pueden sustituir su consentimiento válidamente. (Sentencia T-850 de

2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

[127] Sentencia de la Corte Constitucional C - 182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[128] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[129] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. La Corte expresó al respecto en la citada decisión: “Y, como es natural, si el consentimiento debe ser cualificado en ciertos eventos, entonces, en tales casos, la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara, lo cual muestra que la autonomía de la persona para autorizar o no un tratamiento médico no es un concepto absoluto sino que depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria”.

[130] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[131] La Corte Constitucional ha precisado que el consentimiento informado debe tomarse por escrito en aquellos tratamientos altamente invasivos o riesgosos o que impliquen un escaso beneficio para el paciente. (Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.) Así, la exigencia de esta formalidad se presentará “en aquellos casos en que el riesgo del tratamiento dadas las condiciones clínico patológicas del paciente lo exija. Por esta razón, una simple intervención odontológica o la toma de unos puntos para cerrar una herida, no requieren la cualificación del consentimiento, a diferencia de una operación invasiva como la asignación de sexo o injustificada como lo son generalmente las cirugías estéticas”. (Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

[132] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En casos de reasignación de sexo, la Corte ha exigido reiteradamente que la manifestación de voluntad “no solo [sea] expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido” (Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero). El consentimiento escrito puede además instrumentalizarse a través de formularios especiales. (Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.)

[133] Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Respecto de la

condición de persistente del consentimiento informado se presentan dos posiciones. Una de ellas, implica que el consentimiento informado debe otorgarse en ocasiones diversas y distantes del período de duelo mientras que la otra postura indica que este consentimiento “debe perdurar durante toda la prolongación del tratamiento clínico y postoperatorio”. (Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil; Sentencia T-1052 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. La exigencia de un consentimiento cualificado, derivado de una información formalmente suministrada y sopesada, y mantenido persistentemente durante cierto tiempo ha sido requerido reiteradamente por esta Corporación (Sentencia T-412 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, reiterada en: T-865 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis). El consentimiento persistente se señala usualmente como condición de validez del consentimiento sustituto, especialmente en los casos de reasignación de sexo. (véase: Sentencia T-622 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia T-912 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño) En estas situaciones, se exige “al personal médico haber interrogado a los padres en ocasiones diversas y distantes del periodo de duelo (etapa inmediatamente subsiguiente al conocimiento del problema de ambigüedad), para que de esta forma se extraiga la genuina y reiterada convicción del interés en practicar el procedimiento al menor” (Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño).

[134] Sentencia de la Corte Constitucional C - 182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[135] Sentencia T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este fallo, la Corte Constitucional expresó: “Existen por lo menos tres situaciones claras en las cuales no se cuenta con dicho consentimiento: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad”. Esta regla fue reiterada en: Sentencia T-823 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[136] Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero: “en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional”.

[137] La Corte Constitucional ha establecido “una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas”. Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia SU-642 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[138] Sentencia de la Corte Constitucional C - 182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[139] Sentencia T-063 de 2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-131 de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo; T-740 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas; C-182 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras.

[140] Sentencia T-740 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas.

[141] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[142] M.P. Alejandro Martínez Caballero

[143] Sentencia de la Corte Constitucional SU - 337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[144] Ibídem.

[145] Ibídem.

[146] Ibídem.

[147] Ibídem.

[148] Ibídem.

[149] Ibídem.

[150] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[151] Ibídem.

[152] Sentencia de la Corte Constitucional T – 850 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[153] Ibídem.

[155] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[156] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[157] Puntualmente, en el fallo mencionado la Corte consideró que: “Ante la urgencia, debe darse prioridad a la intervención médica, sin que pueda invocarse el consentimiento futuro, pues resulta razonable suponer que la persona habría consentido en la protección de su vida, integridad física o salud”. En este orden de ideas, en el numeral 3° de la parte resolutive de la citada providencia se determinó lo siguiente: “Ordenar al Seguro Social que en lo sucesivo se abstenga de practicar tubectomías o intervenciones que afecten la autonomía personal de personas con limitaciones mentales, hasta que no se obtenga la autorización judicial respectiva o que se trata de una situación de urgencia o imperiosa necesidad”.

[158] Ibídem.

[159] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[160] Código Civil, Artículo 1503: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”.

[161] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[162] Ibídem.

[163] M.P. María Victoria Calle Correa.

[164] Artículo 68. Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

1. Las personas solteras.
2. Los cónyuges conjuntamente.
3. <Aparte en *itálica* **CONDICIONALMENTE** *exequible*> Conjuntamente los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.
4. El guardador al pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración.
5. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** *exequible*> El cónyuge o compañero permanente, al hijo del cónyuge o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad en el caso de adopción por parte del cónyuge o compañero permanente respecto del hijo de su cónyuge o compañero permanente o de un pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

PARÁGRAFO 1o. La existencia de hijos no es obstáculo para la adopción.

PARÁGRAFO 2o Si el niño, niña o adolescente tuviere bienes, la adopción se hará con las formalidades exigidas para los guardadores.

[165] “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”

[166] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[167] Ley 1412 de 2010, artículo 7°. “Prohibición. En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.”

[169] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[170] *Ibídem*.