

T-474-96

Sentencia T-474/96

#### INDEFENSION ENTRE PREDICADORES Y FIELES-Alcance

No se encuentra que en el ejercicio de divulgación y transmisión de los fundamentos y principios de una determinada religión, y en el ejemplo que sus miembros den a quienes desean atraer siendo fieles a un determinado paradigma de vida, puedan evidenciarse “ataques o agravios” contra los cuales el individuo que goza de suficiente capacidad, esto es suficiente juicio y discernimiento, carezca de medios de defensa judicial; tales prácticas son, sencillamente, manifestaciones del derecho fundamental a la libertad de cultos, a profesar libremente una religión y a difundirla en forma individual y colectiva. De la relación que surge entre predicadores y fieles, no necesariamente se puede concluir que se configura un estado de indefensión del receptor, que sirva de fundamento a la acción de tutela y haga procedente que se conceda.

#### SUBORDINACION ENTRE PREDICADORES Y FIELES-Alcance

En las relaciones que surgen entre un individuo que goza de suficiente capacidad, esto es de suficiente juicio y discernimiento para autodeterminarse en asuntos que comprometen su fuero interno, los cuales conduce según los principios y dogmas que eligió para guiar sus relaciones trascendentales, y los jerarcas o guías espirituales de una determinada iglesia, el primero no se encuentra, necesariamente, en situación de subordinación, pues no está supeditado, so pena de sanción impuesta por el Estado, a cumplir un determinado ordenamiento jurídico o social; acogerse a un determinado ordenamiento moral es decisión que emana de su más íntima convicción, que lo obliga en la medida que establece compromisos consigo mismo, cuyo incumplimiento le producirá aflicción, además de reprobación y repudio que en muchos casos se traducirán en sanciones que le impondrán, no el Estado, sino él mismo y la congregación a la que pertenece.

#### MENOR ADULTO EN LIBERTAD DE CULTOS-Alcance de su capacidad

Habrà de entenderse vàlido el reconocimiento que el legislador le hizo al menor adulto para

determinar las directrices de orden moral que guiarán su propio destino, permitiéndole expresar sus creencias religiosas y someterse voluntariamente a la práctica de sus preceptos, actuando y absteniéndose de hacerlo según se lo señalen sus dogmas y principios, siempre que ello no implique atentar contra su integridad, contra la de terceros o contra la de la comunidad en general.

#### LIBERTAD DE CULTOS-Difusión y divulgación de principios

Al predicar los fundamentos de su fe con el objeto de atraer creyentes para la misma están actuando legítimamente. Dicha labor materializa algunos de los derechos fundamentales de esas personas, entre ellos el derecho a elegir, practicar y difundir su religión, el derecho a la libertad de conciencia y de cultos y el derecho a la libertad de expresión.

#### CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE PLENAMENTE CAPAZ-Alcance por tratamiento médico

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

#### CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE MENOR ADULTO-Participación de los padres/ESTABLECIMIENTO DE SALUD-Protección vida de menor testigo de Jehová/DERECHO A LA VIDA-Protección menor testigo de Jehová

Si bien el menor adulto goza de una capacidad relativa, ésta no es suficiente para optar por una alternativa que pone en serio peligro su vida, pues aún no puede presumirse que ella sea el producto de su propia y autónoma reflexión, guiada únicamente por su razón y entendimiento, motivo por el cual las decisiones que tengan que ver con su salud, que comprometan su vida, deben ser compartidas con sus padres o representantes quienes tienen el derecho y el deber de participar en ellas. La institución de salud responsable de la

atención médica del menor, debió cumplir con sus obligaciones dando prelación a la defensa y protección del derecho a la vida del paciente, para lo cual, ante la negativa del joven de recibir un tratamiento que se le recomendó como urgente y necesario dada la gravedad de su estado, debió consultar y contar con la opinión de por lo menos uno de sus padres, y dado el conflicto de posiciones entre uno y otro acoger y aplicar aquella que le garantizara al menor el acceso inmediato a todos los tratamientos y recursos científicos disponibles para salvar su vida, con mayor razón cuando el organismo especializado al que consulto, se había pronunciado señalando que se acogiera la decisión del padre.

#### LIBERTAD DE CULTOS-Prevalencia del menor

El menor adulto que decidió por voluntad propia acoger una determinada religión y cumplir con los preceptos que ella le impone, tiene derecho a cumplir las obligaciones de carácter moral que asumió; ahora bien, si tales preceptos interfieren decisiones sobre su salud e integridad física, afectando incluso sus expectativas de vida, tendrá derecho, no a decidir por sí solo, sino a participar en las decisiones que tengan que ver con su salud y con los tratamientos médicos que se le recomiendan, expresando libremente su opinión, dado que es un asunto que lo afecta directamente, opinión que deberá ser tenida en cuenta y valorada de manera tal que se le garantice la coexistencia y realización plena de sus derechos fundamentales. Dada su condición de menor de edad, en caso de contradicción entre las decisiones que el menor pretenda adoptar en desarrollo de su derecho a la libertad religiosa y las que emanen de su padres, dirigidas a salvaguardar su derecho fundamental a la vida, prevalecerán las segundas, de cuya realización efectiva será responsable el Estado.

#### DERECHO A LA VIDA DEL MENOR ADULTO-Capacidad compartida

La capacidad relativa que se le reconoce al menor adulto debe ser complementada y perfeccionada, hasta hacerse plena, con el ejercicio por parte de los padres o representantes del derecho-deber que a ellos se les reconoce, de guiar y orientar a sus hijos o representados en el ejercicio de sus derechos, “de modo conforme a la evolución de sus facultades”. Se trata de lo que podría denominarse una capacidad compartida, pues no se puede simplemente desconocer de plano las opiniones del menor adulto, adoptando decisiones que tendrían que imponerse por la fuerza, a lo mejor transgrediendo otros derechos del mismo; si se presenta contradicción entre las decisiones que tome el menor, que pongan en peligro su

derecho fundamental a la vida, y las decisiones de sus padres para preservarla, le corresponde al Estado, garantizar la primacía del derecho fundamental a la vida del menor.

#### DERECHO A LA VIDA DEL MENOR ADULTO-Prevalencia consentimiento del padre

Cuando se trata de intervenciones o tratamientos urgentes y necesarios dirigidos a preservar la vida del menor próximo a cumplir la mayoría de edad, ante la gravedad “extrema” de su estado de salud, imponer la decisión del padre, aún en contra de la voluntad del hijo menor, en el sentido de autorizar que la ciencia recurra y aplique los procedimientos que estén a su alcance para salvarle la vida, no implica usurpar o interferir su autonomía, sino viabilizar una posibilidad de carácter científico que contribuya a preservar su vida, deber y derecho del padre y obligación del Estado.

Referencia: Expediente T-100472

Actor: Humberto Cáceres Villamizar

Magistrado Ponente:

Dr. FABIO MORON DIAZ

La Sala de Revisión de Tutelas, integrada por los H. Magistrados FABIO MORON DIAZ, VLADIMIRO NARANJO MESA y JORGE ARANGO MEJIA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre el proceso de acción de tutela presentado por HUMBERTO CACERES VILLAMIZAR, a nombre de su menor hijo ALFONSO CACERES ROJAS, contra LUIS CAMACHO y otro.

#### I. ANTECEDENTES

##### LA PRETENSION Y LOS HECHOS

El señor HUMBERTO CACERES VILLAMIZAR, en su calidad de padre y representante legal del menor ALFONSO CACERES ROJAS, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, y en las disposiciones del Decreto 2591 de 1991, interpuso acción de tutela contra LUIS CAMACHO Y OTRO, con el objeto de proteger los derechos fundamentales a la vida, honra, y salud de su menor hijo ALFONSO CACERES ROJAS, los cuales considera amenazados

con la actuación de los demandados, por los motivos que a continuación se exponen:

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

Dado que dicho tratamiento no arrojó los resultados esperados y que la enfermedad continuaba extendiéndose, los médicos concluyeron que lo más conveniente era amputar la pierna derecha del paciente, procediendo a solicitar la respectiva autorización, la cual fue otorgada tanto por el paciente, menor de edad, como por su padre (folio 51 del expediente), intervención que debía complementarse prosiguiendo con el tratamiento de quimioterapia, el cual, se les explicó, hacía previsible la necesidad de efectuar transfusiones de sangre.

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

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

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

Una vez se le amputó la pierna al menor, éste quedó bajo la responsabilidad del oncólogo de

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

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

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

## II. LA DECISION DE INSTANCIA.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga (Santander), en fallo proferido el 27 de mayo del año en curso, rechazó por improcedente la acción de tutela de la referencia, sustentando su decisión en los siguientes argumentos:

Señala, en primer lugar, que los derechos para los cuales el actor solicita protección, específicamente el derecho a la vida y el derecho a la salud de su menor hijo, son derechos fundamentales consagrados en la Constitución, y como tales susceptibles de ser protegidos por vía de tutela, mucho más si se tiene en cuenta que su aplicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, prevalece, dado que su titular es un menor de edad.

La solicitud del demandante, señala el juez de conocimiento, se dirige específicamente a lograr que el Instituto de Seguros Sociales de Santander "...haga caso omiso de la carta firmada por su hijo Alfonso Cáceres y otros miembros del culto religioso denominado Testigos de Jehová..." en la cual su hijo, argumentando sus creencias religiosas, se niega a recibir transfusiones de sangre, las cuales en opinión de los médicos que lo tratan son esenciales para su tratamiento, decisión que pone en serio peligro su vida.

El juez de tutela, con base en las pruebas recopiladas, verificó que el paciente es en efecto menor de edad, y que se encuentra inscrito en el seguro social, seccional de Santander, en el programa de medicina familiar, en calidad de beneficiario de su padre, actor de la tutela, por lo que en forma continúa, desde mediados de 1995, ha recibido de dicha entidad la atención médica que su patología requiere.

Anota el juez de conocimiento, que en el caso que se analiza la tutela fue incoada contra particulares, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, ella sólo es procedente si se cumple alguno de los siguientes presupuestos: a) que se trate de particulares encargados de la prestación de un servicio público; b) que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; y c) que respecto de ellos el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. Descartados los presupuestos a y b, señala el juez, le corresponde analizar la tercera hipótesis.

En el culto de los testigos de Jehová, anota el juez de conocimiento, existe una organización jerárquica, cuyos máximos representantes son, según el actor, las personas que elaboraron y presionaron a su hijo a firmar el documento que contiene la directriz que el menor dió a los

médicos, en el sentido de que bajo ninguna circunstancia aceptaría transfusiones de sangre. No encuentra el a-quo elemento alguno que permita aceptar como cierta tal afirmación y del cual se pueda concluir que exista una relación de subordinación o indefensión del menor con los compañeros de culto que le sirvieron de testigos en el escrito el que consignó su negativa a recibir transfusiones de sangre, lo que hace que no se configure el presupuesto que al no darse hace improcedente la acción de tutela en el caso específico, mucho más si se tiene en cuenta que "...la decisión que ellos [los jerarcas de la iglesia de los testigos de Jehová] toman no es obligatoria ni vinculante para los padres del menor, pues al ser éstos los titulares de la patria potestad de Alfonso es a sus padres a quienes les corresponde decidir sobre la conveniencia o no del tratamiento médico, pues se trata de la vida de su hijo..."

Finalmente, afirma que ante la presencia de un conflicto de derechos constitucionales fundamentales, la vida y la libertad de cultos, ha de protegerse aquel de más valor, en este caso la vida, ya que es la base para el ejercicio de los demás derechos y, por ende, merece toda la protección que el Estado pueda proporcionarle. Además, por tratarse de un menor, prevalece la decisión de sus padres sobre la que él individualmente pueda tomar, pues son ellos los titulares de la patria potestad y, en virtud de ella, deben escoger lo más conveniente para la salud de su hijo.

Por todo lo anterior y no obstante rechazar por improcedente la acción de tutela, como antes se dijo, ordenó al Instituto de Seguros Sociales continuar con el tratamiento médico proporcionado a ALFONSO CACERES ROJAS, según la autorización de sus padres.

### III. COMPETENCIA

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto- Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar la sentencia de la referencia. Su examen se hace en virtud de la selección que de las sentencias de tutela práctico la Sala correspondiente, y del reparto que se efectuó de conformidad con el reglamento de esta Corporación.

### IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el caso que se plantea, el actor, padre del menor a nombre de quien interpuso la tutela, solicita la protección de los derechos a la vida y a la salud de su hijo, los cuales considera

gravemente amenazados por dos particulares, que según él, utilizando la influencia que ejercen sobre su hijo dada su calidad de jerarcas de la iglesia a la que éste pertenece, los Testigos de Jehová, lo presionaron para que por escrito manifestara a las directivas y médicos de la clínica de la que es paciente, que bajo ninguna circunstancia aceptaría recibir transfusiones de sangre, las cuales pide sustituir con otros tratamientos, negativa que en opinión del especialista que tiene a su cargo el caso, les impide realizar el tratamiento de quimioterapia que dada la gravedad de su estado la junta de médicos le recomendó como urgente y necesario.

El actor reivindica su derecho a ejercer la patria potestad en el caso del menor enfermo, la cual, dice, le fue otorgada en el proceso de separación de su esposa, y en consecuencia reclama que sea la decisión que él adopte la que acojan las directivas y médicos de la clínica, no obstante la negativa de su hijo, por lo que solicita con carácter urgente que el juez de tutela ordene que se proceda al tratamiento que propone el oncólogo, con base en la autorización que al efecto él, como padre del menor afectado, le otorgó a las autoridades de la clínica.

La decisión del juez de conocimiento, en el caso que se revisa, la cual no fue impugnada por el actor, fue declarar improcedente la acción de tutela interpuesta contra particulares, con base en varios supuestos que servirán de base a la Sala para determinar si dicha decisión se ajustó o no a las disposiciones constitucionales y legales.

4.1. PRIMER SUPUESTO. En el caso propuesto la tutela contra particulares es improcedente, dado que no se configura el presupuesto que invocó el actor para interponer la acción: el estado de indefensión o subordinación de su menor hijo respecto de los pastores o guías de la iglesia a la que pertenece.

El Juez que conoció de la acción de tutela de la referencia, decidió declararla improcedente por considerar que no se cumplía el presupuesto que invocó el actor al acudir a la tutela, para solicitar el amparo de los derechos fundamentales de su menor hijo a la vida y a la salud, los cuales considera vulnerados y amenazados por parte de los particulares demandados, respecto de los cuales, en su criterio, su hijo se encuentra en estado de indefensión. La Sala deberá determinar si efectivamente tal presupuesto, el estado de indefensión o subordinación<sup>1</sup>, no se configura en el caso que la ocupa.

#### 4.1.1. De cuándo es procedente la acción de tutela contra particulares.

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

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

- a. Que el particular esté encargado de un servicio público;
- b. Que el particular afecte gravemente el interés colectivo;
- c. Que el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

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

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

Es claro que en el caso analizado no se configura ninguno de los presupuestos a los que se refieren los literales a y b arriba enunciados, por lo que se concluye, de acuerdo con lo

expresado por el actor en su escrito de demanda, que la tutela fue interpuesta por él al considerar que su hijo, menor de edad, es “víctima” de las creencias de los particulares demandados, respecto de los cuales, entiende, aquel se encuentra en estado de indefensión.

4.1.2 La relación que surge entre predicadores y fieles no necesariamente coloca al receptor en situación de indefensión o subordinación.

Es pertinente aclarar, que si bien el escrito en el cual el actor consignó su demanda resulta confuso en su redacción, de él se desprende, y así lo entendió el juez de tutela de primera instancia, que éste atribuye la decisión de su hijo, de no aceptar transfusiones de sangre, a la injerencia e influencia que, según él, los demandados ejercen sobre el menor aprovechando su jerarquía dentro de la organización religiosa a la que pertenecen, acusándolos de haberle efectuado a su hijo “un lavado de cerebro”.

“EL juez u organismo judicial ante el cual se invoca un derecho primario, como los que busca proteger el artículo 86 de la Carta, debe entrar en el fondo del asunto para examinar, con criterio de justicia material, las circunstancias en medio de las cuales se ha producido el acto o la omisión que puedan estar causando la perturbación o el riesgo del derecho fundamental para definir si el daño o la amenaza existen; para establecer sobre quien recae la responsabilidad del agravio y para impartir, con carácter obligatorio e inmediato, las órdenes encaminadas a restaurar la vigencia real de las garantías constitucionales” (Corte Constitucional, Sentencia T-034 de 1994, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

La Sala procederá entonces a determinar si efectivamente, en el caso propuesto, se configura una relación de subordinación o indefensión entre el menor para quien su padre solicita el amparo y los particulares contra los que éste interpuso la acción, con el objeto de establecer si se cumple o no el presupuesto invocado para que procediera la acción de tutela. Para ello es necesario previamente remitirse a los pronunciamientos que sobre dichos conceptos ha emitido esta Corporación:

a. La situación de indefensión

“La situación de indefensión a que alude el numeral noveno del artículo 42, significa que la persona que interpone la tutela carezca de medios de defensa contra los ataques o agravios

que, a sus derechos constitucionales fundamentales, sean realizados por el particular contra el cual la impetra.

“El estado de indefensión o impotencia se analizará teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas y de los hechos relevantes (condiciones económicas, sociales, culturales, antecedentes personales etc.)

“Evidentemente el concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular habrá de determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos.” (Negrillas fuera de texto). (Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón)

En el caso analizado, el menor para quien se solicita protección es un menor adulto próximo a cumplir los dieciocho años, que decidió acoger la fe de los Testigos de Jehová y los preceptos que la misma le impone, entre ellos no aceptar bajo ninguna circunstancia transfusiones de sangre por considerar dicha práctica pecaminosa; tal decisión, de acuerdo con lo expresado por el actor, lo ha puesto en continuo contacto con los pastores o guías espirituales de esa organización religiosa en su ciudad, quienes precisamente suscribieron en calidad de testigos el escrito que el menor dirigió a los médicos y directivas de la clínica en la que era atendido, a través del cual voluntariamente rehusó ese específico tratamiento.

La mayoría de religiones aceptan, forman y tienen líderes, pastores, sacerdotes o guías, a quienes corresponde, como misión principal, atraer a su respectiva fe creyentes, para ello, por lo general, recurren a la divulgación de sus principios por distintos medios siendo el más usual el ejercicio de la predicación. En el caso de los Testigos de Jehová éstos rechazan las organizaciones de tipo clerical, dado que, señalan, la Biblia “...no apoya la idea de un clero con títulos y una clase laica a la cual dirigiera el clero su predicación”, en su criterio “...la predicación y la evangelización es una de las responsabilidades más importantes de todos los miembros de la congregación cristiana”, sin embargo, aceptan que en cada una de sus iglesias, grandes o pequeñas, se escojan de entre sus miembros algunos ancianos, [aquellos ungidos por el espíritu], para que “alimenten y supervisen el rebaño”.<sup>2</sup>

Este ejercicio de predicación en ningún caso genera obligaciones o decisiones vinculantes y exigibles desde el punto de vista jurídico, cosa distinta es que quien acata los preceptos de una determinada fe, los asuma como normas de tipo moral que como tales comprometen su

fueron internos y ocasionan en quienes las aceptan la necesidad de ejercer respecto de sí mismos auto-coacción en caso de transgresión o incumplimiento.

Por lo dicho, no encuentra la Sala que en el ejercicio de divulgación y transmisión de los fundamentos y principios de una determinada religión, y en el ejemplo que sus miembros den a quienes desean atraer siendo fieles a un determinado paradigma de vida, puedan evidenciarse “ataques o agravios” contra los cuales el individuo que goza de suficiente capacidad, esto es suficiente juicio y discernimiento, carezca de medios de defensa judicial; tales prácticas son, sencillamente, manifestaciones del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 de la Carta Política, a profesar libremente una religión y a difundirla en forma individual y colectiva.

Quiere decir lo anterior, que de la relación que surge entre predicadores y fieles, no necesariamente se puede concluir que se configura un estado de indefensión del receptor, que sirva de fundamento a la acción de tutela y haga procedente que se conceda.

#### b. La relación de subordinación

“...Entiende esta Corte que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate”. (Negrillas fuera de texto) (Corte Constitucional, Sentencia T- 290 de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

En un Estado democrático cuyo eje principal y razón de ser es el individuo en tanto ser autónomo, la adopción por parte de éste de una determinada religión, se erige como derecho fundamental inalienable, insuspendible e intangible, por lo que debe ser el producto de una decisión personalísima y libre de cualquier presión externa; ello no es óbice para, como sucede en muchos casos, la misma sea orientada por la práctica que de ella hagan quienes conforman el entorno de la persona, por ejemplo los padres y quienes conforman la familia;

la adopción de un credo religioso, cualquiera sea, es pues una consecuencia del ejercicio de varios derechos fundamentales: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libertad de cultos y el derecho a la libertad religiosa, entre otros.

A una religión el individuo plenamente capaz se adscribe por íntima convicción, porque sus fundamentos y preceptos lo satisfacen en cuanto coinciden o se ajustan a su concepción del bien y del mal, de tal manera que el compromiso que establece es en sentido estricto trascendental, consigo mismo y con la identidad superior que identifica su fe; no se trata, desde el punto de vista jurídico, de la celebración de un contrato que genere para las partes derechos y obligaciones exigibles por vía coactiva externa, el individuo al asumir una determinada religión no establece una relación jurídica de dependencia que desencadene para él la obligatoriedad de un determinado orden jurídico o social cuyo incumplimiento le acarree sanciones impuestas por el Estado; si éstas se producen se originarán en el reproche y coacción que él mismo individuo y la comunidad religiosa a la que pertenece le impongan.

De lo anterior se concluye que en las relaciones que surgen entre un individuo que goza de suficiente capacidad, esto es de suficiente juicio y discernimiento para autodeterminarse en asuntos que comprometen su fuero interno, los cuales conduce según los principios y dogmas que eligió para guiar sus relaciones trascendentales, y los jerarcas o guías espirituales de una determinada iglesia, el primero no se encuentra, necesariamente, en situación de subordinación, pues no está supeditado, so pena de sanción impuesta por el Estado, a cumplir un determinado ordenamiento jurídico o social; acogerse a un determinado ordenamiento moral es decisión que emana de su más íntima convicción, que lo obliga en la medida que establece compromisos consigo mismo, cuyo incumplimiento le producirá aflicción, además de reprobación y repudio que en muchos casos se traducirán en sanciones que le impondrán, no el Estado, sino él mismo y la congregación a la que pertenece.

4.1.3. Qué pasa si el individuo receptor del ejercicio de la predicación, que decide acoger los fundamentos y principios de una determinada religión y practicar sus dogmas y mandatos, es un menor de edad como ocurre en el caso que ocupa a la Sala?.

Acaso puede afirmarse que éste, el menor de edad, necesariamente, dada la presunción de

incapacidad que se le aplica en razón de su condición se encuentra en situación de indefensión o de subordinación respecto de los jefes o guías de la iglesia a la que voluntariamente se vinculó?

Para responder estos interrogantes es necesario analizar el tema de la capacidad del menor en la legislación colombiana.

a. La incapacidad del menor no es absoluta. En el Estado Social de Derecho éste puede ejercer su autonomía "...dentro de la esfera de lo permitido".

Quiso el legislador introducir en nuestro ordenamiento jurídico una categorización de los menores, que encuentra sustento en la concepción del individuo como sujeto en el que predomina la razón, incurso en un permanente proceso de evolución, que como tal pasa por diferentes etapas delimitadas por el transcurrir del tiempo, aceptando que en condiciones de normalidad las facultades de juicio y discernimiento responsable de esos menores se incrementan, alcanzando plena madurez al abandonar éste la minoría de edad, objetivo que alcanza al lograr el pleno dominio de su entendimiento. Tal concepción la sintetiza Kant de la siguiente manera:

"La minoría de edad es la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de la minoría de edad, cuando la causa de ella no radica en una falta de entendimiento, sino en la decisión y el valor para servirse de él con independencia, sin la conducción de otro"<sup>3</sup>

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

b. La categorización del menor de edad en la legislación colombiana.

La Convención Universal Sobre los Derechos del Niño suscrita en 1989 y ratificada por el Congreso Nacional a través de la Ley 12 de 1991, establece que un niño es todo ser humano

menor de dieciocho años de edad, salvo que la ley interna de cualquiera de los Estados signatarios disponga cosa distinta.

El ordenamiento superior colombiano tan sólo hace referencia a la mayoría de edad para efectos del ejercicio de la ciudadanía, así el parágrafo del artículo 98 de la Carta Política establece que “mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años”; el contenido de dicha norma superior coincide con lo dispuesto al efecto por el legislador en el artículo 1 de la ley 27 de 1977 que señala: “Para todos los efectos legales, llámese mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido dieciocho (18) años”.

Ahora bien, esa mayoría de edad implica para el individuo el reconocimiento por parte del Estado y de la sociedad de la que hace parte de su capacidad plena, de su plena autonomía como sujeto de derechos y obligaciones; no obstante, teniendo en cuenta que tal condición no se adquiere de manera automática dada la naturaleza evolutiva del ser humano, sino que es el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente, el mismo legislador, siguiendo una tradición histórica que se remonta al derecho romano de los tiempos de Justiniano,<sup>4</sup> acepta que el acceso al estadio en el que el individuo es plenamente capaz es gradual, de ahí que la legislación colombiana distinga entre menores y menores adultos, señalando que en esta última categoría se encuentran las mujeres entre los 12 y los 18 y los hombres entre los 14 y los 18 años de edad, los cuales al tenor de lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto 2820 de 1974, que modificó el inciso tercero del artículo 1504 del Código Civil, son relativamente incapaces, establece dicha norma:

“Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.”

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

- a. Infantes o niños: aquellos que no han cumplido los siete años de edad.
- b. Impúberes: varones entre los 7 y los 14 años y mujeres entre los 7 y los 12 años (salvo para efectos penales casos en los cuales se extiende hasta los 14 años)

c. Menores adultos: varones mayores de 14 años y mujeres mayores de 12 años, siempre que sean menores de 18 años.

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

c. Al menor adulto se le reconoce una capacidad relativa

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

Ahora bien, ese reconocimiento de la capacidad de autodeterminación de los individuos, que como se ha dicho es gradual, en el Estado Social de Derecho está relacionado de manera estrecha con el concepto de libertad que subyace en dicho tipo de organización política, la cual se traduce en actuar dentro de “la esfera de lo permitido”, que es, en definitiva, “...aquélla en la que cada cual actúa sin constricción exterior, lo que es tanto como decir que actuar en esta esfera es actuar sin estar determinado más que por uno mismo.” 5

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

La capacidad del menor se reconoce en menor o mayor grado según se encuentre en una u otra etapa de la vida, más o menos cerca del límite establecido por la ley a partir del cual ella se presume, y se relaciona con la complejidad de los asuntos para los cuales se requiere y

con el grado de evolución del sujeto individualmente considerado; por ello, a medida que avanza el tiempo, se amplía el espectro de asuntos en los cuales puede y debe decidir por sí mismo para orientar, sin la conducción u orientación de otro su propio destino.

No puede asimilarse entonces, en lo que se refiere a decisiones que afectan el sistema de valores de un individuo, especialmente cuando ellos se relacionan con el ejercicio de derechos inalienables, esto es aquéllos que posee desde el mismo momento de su existencia, un menor infante con un menor adulto, pues el grado de capacidad de uno y otro es sustancialmente diferente; ahora bien, así como el Estado le reconoce al menor adulto suficiente capacidad y autonomía para consentir o no en un asunto tan delicado como dar en adopción a sus propios hijos, lo que quiere decir que participa activamente en decisiones que afectan el destino de un tercero, y tal consentimiento se entiende válido y no contrario al ordenamiento superior<sup>6</sup>, por cuanto el legislador tiene facultad para “disponer lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”, con mayor razón habrá de entenderse válido el reconocimiento que el legislador le hizo al menor adulto para determinar las directrices de orden moral que guiarán su propio destino, permitiéndole expresar sus creencias religiosas y someterse voluntariamente a la práctica de sus preceptos, actuando y absteniéndose de hacerlo según se lo señalen sus dogmas y principios, siempre que ello no implique atentar contra su integridad, contra la de terceros o contra la de la comunidad en general; tal reconocimiento tiene origen en la incorporación que el Congreso hizo a la legislación interna de la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional aprobado a través de la ley 12 de 1991.

4.1.4. La difusión y divulgación de los principios y fundamentos de un determinado credo religioso, constituye una conducta legítima de los predicadores.

Desvirtuada la situación de indefensión o subordinación del menor adulto, en la medida en que la ley le reconoce suficiente capacidad para ejercer sus derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión<sup>7</sup>, queda por dilucidar si el ejercicio de difusión y divulgación de los principios y fundamentos de su fe, por parte de los pastores, guías, o sacerdotes de una determinada religión, dirigidos a incorporar otros creyentes, cuando están dirigidos a un menor adulto, constituye o no una conducta ilegítima. La respuesta definitivamente es no, pues dicha labor materializa algunos de los derechos fundamentales de esas personas, entre ellos el derecho a elegir, practicar y difundir su religión, el derecho a

la libertad de conciencia y de cultos y el derecho a la libertad de expresión.

Quiere decir lo anterior, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, el juez de conocimiento en el caso específico que se revisa, no podía conceder la tutela interpuesta contra los particulares que demanda el actor, pues de una parte éstos, al predicar los fundamentos de su fe con el objeto de atraer creyentes para la misma están actuando legítimamente, y de otra, tal conducta no se puede interpretar como un ataque o agravio contra el joven para quien se solicita el amparo, el cual como ha quedado establecido, si bien es menor de edad, es un menor adulto al que la ley le reconoce suficiente capacidad para decidir por sí mismo la religión que quiere practicar, derecho que se le reconoce expresamente en los artículos 12, 13 y 14 de la Convención Sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso Nacional a través de la Ley 12 de 1991.

No se configura entonces el presupuesto en el cual el actor funda su petición de amparo, indispensable según lo establece el artículo 86 de la C.P. para que prospere la tutela contra particulares, pues la labor de prédica de los guías espirituales del menor adulto, dirigida a convencerlo de los fundamentos de la fe que ellos practican, en ningún momento puede entenderse como un ataque o agravio contra el cual el menor adulto no disponga de medios de defensa, ni como el pilar o sustento de una relación jurídica de dependencia que lo coloque en situación de subordinación.

Ahora bien, el hecho de que no se configure el presupuesto que haría viable la procedencia de la tutela contra los particulares contra los cuales el actor dirigió la acción, no implica necesariamente que no exista perturbación o riesgo de los derechos fundamentales para los cuales éste solicitó protección a nombre de su menor hijo, por lo que el juez está en la obligación de “entrar en el fondo del asunto para examinar con criterio de justicia material” y definir “si el daño o amenaza existen” y si es del caso “establecer sobre quién recae la responsabilidad del agravio”, e impartir de manera inmediata “las órdenes encaminadas a restaurar la vigencia real de las garantías constitucionales”<sup>8</sup>.

**4.2 SEGUNDO SUPUESTO.** En el caso propuesto la acción de tutela es procedente contra el Instituto de los Seguros Sociales, entidad pública responsable de los servicios de salud que requiere el menor para el cual el actor solicita protección, por cuanto dicha institución, o la que ella contrato, debió atender las directrices y la autorización del padre, titular de la patria

potestad, dando en todo caso prevalencia al derecho a la vida del menor.

Teniendo en cuenta que la petición central del actor es que con base en la autorización que él le otorgó a la clínica y a los médicos que tratan a su hijo, se le ordene a dicha institución y a sus profesionales practicar, aún en contra de la voluntad del menor, los tratamientos que consideren necesarios, incluido el de transfusión de sangre, dado que esa decisión le corresponde exclusivamente a él, como titular de la patria potestad, deberá establecer la Sala si la amenaza a los derechos fundamentales para los cuales el actor solicita protección, se origina o no en las actuaciones del Instituto del Seguro Social, entidad pública responsable de los servicios de salud del menor enfermo, que con base en la manifestación escrita del menor, de que no recibiría bajo ninguna circunstancia transfusiones de sangre, firmada por él y dos testigos distintos a sus padres, suspendió el tratamiento que le había recomendado.

Así lo entendió el juez de conocimiento, quien decidió “declarar improcedente” la acción contra los particulares demandados, y ordenó al Instituto de los Seguros Sociales “continuar con el tratamiento médico pertinente de Alfonso Cáceres Rojas conforme a la autorización de sus padres”

Para dilucidar este aspecto, la Sala analizará el alcance y las limitaciones del ejercicio de la patria potestad en los casos en los cuales el menor adulto reclama su derecho a decidir por sí mismo, si acepta o no un determinado tratamiento médico que es contrario a sus creencias religiosas.

4.2.1 El ejercicio de la patria potestad le permite a los padres orientar y participar en las decisiones de sus hijos menores adultos, y a exigir que se de prevalencia a las que ellos adopten, en caso de enfrentamiento o contradicción que ponga en peligro el derecho fundamental a la vida de sus hijos.

La patria potestad se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad sobre la persona de los hijos, ella se define “como el conjunto de derechos que las leyes atribuyen a los padres sobre los hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que la ley les impone. Por su naturaleza, la patria potestad está conformada por poderes conjuntos de los padres que les permiten cumplir los deberes de criar, educar y establecer a los hijos y se reducen fundamentalmente al poder de representar a los hijos menores en todos los actos jurídicos que a ellos convienen y, con algunas limitaciones al derecho de

administrar y gozar del usufructo de los bienes que éstos posean. Como no sea en cuanto son complemento de los deberes que han de cumplir los padres, de ninguna manera pueden ser confundidos los unos con los otros.”<sup>9</sup>

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

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

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

4.2.2. ¿Cuáles son entonces los límites a la intervención de los padres, en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

Dada la complejidad de las actuaciones que se analizan, la Corte ha señalado que no es

viable establecer criterios o reglas generales aplicables a todos los casos, al contrario, cada situación específica exige “una adecuada ponderación...de los principios en conflicto”, que en el caso que se analiza conduce al estudio de un tema igualmente complejo: el consentimiento del paciente menor adulto en el caso de tratamientos médicos. Para abordar este tema es pertinente analizar, por lo menos de forma somera, algunos de elementos que configuran las teorías que prevalecen sobre el particular:

“...en materia jurídica existen dos orientaciones en el Derecho Comparado extraordinariamente diferentes en lo relativo al consentimiento: La tradición jurídica latina ha tendido históricamente a la irrelevancia del consentimiento y a justificar la decisión discrecional y a veces arbitraria del médico. Por el contrario, la tradición anglo-americana es contraria a la imposición. Ya Locke en sus Dos Tratados sobre el Gobierno Civil enunciaba el derecho a la salud y manifestaba que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad.”<sup>10</sup>

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

Habilitar al médico para imponerle su criterio al paciente, sería tanto como despojar al individuo de su autonomía, trasladándola a otro en razón de su calificación profesional, lo que es inadmisibles en la concepción de hombre que subyace en este tipo de organización política.

En el caso objeto de revisión, si se tiene en cuenta que el menor adulto es titular del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 de la Constitución, que le permite profesar y

practicar libremente su religión, cuyos preceptos, según él, lo obligan a rehusar transfusiones de sangre, y que lo es también de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de cultos y de conciencia, entre otros, el consentimiento que éste emita, cuando se trata de tratamientos de los cuales depende su vida, deberá ser complementado con el consentimiento de sus padres, como en efecto ha ocurrido, pues de lo que se trata es de garantizarle la máxima protección a su derecho fundamental a la vida.

En efecto, para proceder a amputarle la pierna derecha al menor enfermo, la clínica se respaldó en el consentimiento no sólo del padre sino también del menor; de igual forma procedió cuando el menor decidió abandonar voluntariamente la clínica, para lo cual dicha entidad exigió que él y su madre firmarán la salida voluntaria que los exoneraba de responsabilidad. No ocurrió lo mismo, y eso es inexplicable, cuando el menor manifestó que bajo ninguna circunstancia aceptaría recibir transfusiones de sangre, evento en el cual la clínica se conformó con la manifestación del menor, sin tener en cuenta, como si lo hizo en las anteriores situaciones, la opinión de sus padres o por lo menos de uno de ellos, otorgando validez a la firma de “dos testigos” que no tenían ninguna facultad para participar de la decisión.

Si bien el menor adulto goza de una capacidad relativa, ésta no es suficiente para optar por una alternativa que pone en serio peligro su vida, pues aún no puede presumirse que ella sea el producto de su propia y autónoma reflexión, guiada únicamente por su razón y entendimiento, motivo por el cual las decisiones que tengan que ver con su salud, que comprometan su vida, deben ser compartidas con sus padres o representantes quienes tienen el derecho y el deber de participar en ellas.

En esa perspectiva, el Instituto de los Seguros Sociales o la entidad que éste contrató, institución de salud responsable de la atención médica del menor para el cual se solicita protección, debió cumplir con sus obligaciones dando prelación a la defensa y protección del derecho a la vida del paciente, para lo cual, como lo hizo en otras oportunidades (amputación de la pierna y salida voluntaria de la clínica), ante la negativa del joven de recibir un tratamiento que se le recomendó como urgente y necesario dada la gravedad de su estado, debió consultar y contar con la opinión de por lo menos uno de sus padres, y dado el conflicto de posiciones entre uno y otro acoger y aplicar aquella que le garantizara al menor el acceso inmediato a todos los tratamientos y recursos científicos disponibles para salvar su vida, con

mayor razón cuando el ICBF, organismo especializado al que consulto, se había pronunciado señalando que se acogiera la decisión del padre.

El Instituto de los Seguros Sociales y la clínica a través de la cual dicha entidad atiende al menor enfermo, se equivocaron al suspender el tratamiento que le estaban suministrando, poniendo en peligro la vida del paciente, con base en la sola manifestación de éste de que se rehusaba a recibir transfusiones de sangre, sin tener en cuenta la opinión de los padres y dando relevancia a la firma de terceros que no tenían ninguna legitimidad para intervenir, en un documento que suscribieron en calidad de testigos, el cual por lo demás, de conformidad con lo dicho, podría calificarse de "incompleto", pues al no tener el menor suficiente capacidad para adoptar por sí mismo una decisión que compromete su integridad física y su vida, ésta debió complementarse con la de sus padres o representantes

En la decisión adoptada por el Juez de tutela, en el sentido de ordenar al Instituto de los Seguros Sociales que prosiguiera con el tratamiento conforme a la autorización de los padres, se evidencia que el a-quo concluyó que la amenaza de los derechos fundamentales del menor a nombre de quien se interpuso la tutela, se originó en las decisiones de dicha entidad, adoptadas con base en la negativa del menor y sin tener en cuenta la opinión y autorización que en el caso específico dió el padre.

4.3. TERCER SUPUESTO. En el caso propuesto el derecho a la vida del menor adulto para el cual se solicita protección, prevalece sobre su derecho adoptar y practicar una determinada religión.

Ha quedado establecido que en el ordenamiento jurídico vigente la incapacidad del menor adulto no es absoluta, que es relativa según sea que en condiciones de normalidad esté más o menos cerca de la mayoría de edad, lo que a su vez implica que su incapacidad será inversamente proporcional a su edad hasta llegar a los dieciocho años.

En el caso específico que se trata, el menor adulto a nombre de quien se interpuso la acción de tutela, de conformidad con la ley tiene derecho a adoptar por sí mismo una determinada religión, y a obligarse a cumplir los preceptos que ella le imponga, así mismo a exigir de terceros que acaten y respeten sus decisiones, siempre que con ellas no atente contra su integridad física y moral, contra la de terceros o contra la de la comunidad en general.

Ahora bien, qué pasa si esas decisiones del menor adulto son contrarias a los principios y creencias de sus padres, podrán éstos imponer las suyas en ejercicio de la patria potestad que ejercen?

Con base en lo expuesto sobre la capacidad relativa que el Estado gradualmente le reconoce al menor, es viable concluir que en el caso específico que ocupa a la Sala, el menor adulto para el cual se solicita protección, al que apenas le faltan seis meses para alcanzar la mayoría de edad<sup>11</sup>, goza de capacidad suficiente, esto es de suficiente juicio y discernimiento<sup>12</sup>, y así lo establece la ley en el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la ley 12 de 1991, para decidir, como lo ha hecho, si se acoge o no a una determinada religión y a sus preceptos; ahora bien, si en cumplimiento de tales preceptos pretende adoptar decisiones que ponen en peligro su propia vida, como es rehusar un tratamiento médico que en opinión de los especialistas es esencial dada la gravedad de su estado, el Estado tiene la obligación de proteger ese derecho fundamental a la vida sin el cual no sería posible la realización de los demás derechos que consagra la Carta Política, mucho más si se tiene en cuenta que se trata de un adolescente en proceso de formación, sujeto a la natural presión que causa la posibilidad cercana de la muerte, agobiado por la incertidumbre y ansioso de encontrar respuestas y alternativas que por lo menos alivien la angustia espiritual que muy seguramente lo embarga.

La situación que afronta el menor para el cual se solicita protección, no permite concluir que éste se encuentre en condiciones de asumir de manera objetiva su enfermedad y mucho menos que se encuentre en capacidad y disposición de tomar decisiones originadas en un libre y autónomo ejercicio de reflexión dirigido por su propio entendimiento; su condición lo hace vulnerable, por lo que más que nunca necesita de la orientación de sus padres y de su participación en la toma de decisiones que comprometen el más fundamental de sus derechos: el derecho a la vida.

Con base en esa interpretación dicha entidad condiciona la solución del problema al aspecto estrictamente cronológico, a partir del cual el individuo adquiriría su autonomía y ésta se le reconocería para todos los efectos, única y exclusivamente el día que cumpliera la mayoría de edad, salvo que éste se haya emancipado; en consecuencia, para dicha entidad las decisiones relacionadas con la religión que adopte un menor y con su salud, cualquiera sea su edad, le corresponden, sin más, a los padres si éstos tienen la patria potestad, o a uno de

ellos en ausencia del otro, incluso en aquellos casos en que se contradicen con las adoptadas por el hijo, sin considerar las especificidades de cada caso particular y las singularidades que surgen cuando se trata de un menor adulto, al cual el legislador le reconoce una capacidad relativa, y desconociendo lo establecido en el numeral 1 del artículo 14 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada a través de la ley 12 de 1991, cuya aplicación, como lo ha señalado esta Corporación, es obligatoria para Colombia en cuanto Estado signatario:<sup>13</sup>

“Artículo 14.

“1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión.

“...”

De lo anterior se concluye que menor adulto, próximo a cumplir los dieciocho años, que decidió por voluntad propia acoger una determinada religión y cumplir con los preceptos que ella le impone, tiene derecho a cumplir las obligaciones de carácter moral que asumió; ahora bien, si tales preceptos interfieren decisiones sobre su salud e integridad física, afectando incluso sus expectativas de vida, tendrá derecho, no a decidir por sí solo, sino a participar en las decisiones que tengan que ver con su salud y con los tratamientos médicos que se le recomiendan, expresando libremente su opinión, dado que es un asunto que lo afecta directamente, opinión que deberá ser tenida en cuenta<sup>14</sup> y valorada de manera tal que se le garantice la coexistencia y realización plena de sus derechos fundamentales.

Por eso, al realizar dicha valoración, dada su condición de menor de edad, en caso de contradicción entre las decisiones que el menor pretenda adoptar en desarrollo de su derecho a la libertad religiosa y las que emanen de su padres, dirigidas a salvaguardar su derecho fundamental a la vida, prevalecerán las segundas, de cuya realización efectiva será responsable el Estado.

En estos eventos se produce una situación sui-generis, en la cual la capacidad relativa que se le reconoce al menor adulto debe ser complementada y perfeccionada, hasta hacerse plena, con el ejercicio por parte de los padres o representantes del derecho-deber que a ellos se les reconoce, de guiar y orientar a sus hijos o representados en el ejercicio de sus derechos, “de

modo conforme a la evolución de sus facultades”. Se trata pues de lo que podría denominarse una capacidad compartida, pues no se puede simplemente desconocer de plano las opiniones del menor adulto, adoptando decisiones que tendrían que imponerse por la fuerza, a lo mejor transgrediendo otros derechos del mismo; si se presenta contradicción entre las decisiones que tome el menor, que pongan en peligro su derecho fundamental a la vida, y las decisiones de sus padres para preservarla, le corresponde al Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 5, 11 y 44 de la Carta Política, garantizar la primacía del derecho fundamental a la vida del menor, en el caso específico que se trata haciendo prevalecer el consentimiento emitido por el padre.

“El primero de los derechos fundamentales es el derecho a la vida. Es un derecho inherente al individuo, lo que se pone de presente en el hecho de que sólo hay que existir para ser titular del mismo. De otra parte, se tiene que no se puede ser titular de derechos sin la vida presente, pasada o futura. Así, resulta la vida un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos. (Corte Constitucional, Sentencia T-452 de 1992, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz).

Así como ésta Corporación ha señalado que “... no puede excluirse...de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres”<sup>15</sup>, en el caso contrario, esto es, cuando el menor en contra de la voluntad de sus padres y argumentando sus creencias religiosas pone en peligro su propia vida, rehusándose a recibir un tratamiento médico que los especialistas consideran esencial para preservarla, el Estado y la sociedad tienen el deber de intervenir para proteger el primero de sus derechos fundamentales: el derecho a la vida, sin el cual no sería posible la realización de ninguno de sus otros derechos.

No se trata de desconocer la condición de autonomía relativa del menor adulto, se trata de evitar que so pretexto de la misma, el menor, en condiciones extremas de vulnerabilidad (peligro inminente de muerte), adopte decisiones que atenten contra él mismo y contra su integridad, y de reivindicar el derecho-deber que asiste a los padres, de guiar y orientar el ejercicio de los derechos de sus hijos menores conforme a la evolución de sus facultades, propendiendo siempre por su bienestar y evitando que se transgredan o pongan en peligro sus derechos fundamentales, el primero de ellos el derecho a la vida.

4.3.1. La participación de los padres en la toma de decisiones que se relacionen con el

derecho a la vida de sus menores hijos, no puede implicar el desconocimiento del principio superior que le garantiza al menor el derecho a una vida digna.

El menor adulto en el caso específico que revisa la Sala, adoptó como fe la de los Testigos de Jehová, no obstante que la orientación que le dieron sus padres no corresponde a la misma; él acogió los preceptos de esa religión y está convencido de sus dogmas y principios, conforme a sus creencias él puede recibir el auxilio de la ciencia para atender la enfermedad que lo aqueja, lo que no puede y por eso se rehusa, es aceptar

un tratamiento específico, la transfusión de sangre<sup>16</sup>; esas son decisiones que en principio él como persona a la que se le reconoce una autonomía relativa, puede tomar de manera legítima, pues corresponden al ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad de religión y a la libertad de conciencia, siempre que con ellas no trasgreda el principio superior consagrado en el artículo 49 de C.P., que lo obliga a cuidar de sí mismo y de su integridad. Sin embargo, ello no quiere decir que en aras de preservarle la vida se le puedan imponer al menor decisiones que atenten contra su dignidad y que le impidan la realización de una “vida plena”,

“Se trata pues de defender la vida pero también una cierta calidad de vida. En el término “dignidad” predicado de lo “humano”, está encerrada una calidad de vida, que es un criterio cualitativo. Luego para la Carta no basta que la persona exista; es necesario que aún exista en un marco de condiciones materiales y espirituales que le permitan vivir con dignidad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

En el caso que se revisa, no encuentra la Sala que darle prevalencia de la decisión del padre, dirigida a dar vía libre a los médicos que tratan a su hijo menor, para que realicen y utilicen todos los esfuerzos y recursos científicos que estén a su alcance para salvarle la vida, de manera alguna atente contra la dignidad del mismo, al contrario ella posibilita por lo menos una alternativa a su delicado problema de salud, que le puede brindar la oportunidad de superar la enfermedad que lo aqueja.

Sólo en la medida que se le proteja su derecho fundamental a la vida, incluso de decisiones adoptadas por él mismo, para las cuales el ordenamiento jurídico aún no le reconoce plena capacidad, se le garantizarán sus otros derechos fundamentales, uno de ellos el que le permitirá, previa su propia e individual reflexión, asumir sin la conducción u orientación de

otro las decisiones sobre las cuales forjará su propio destino, responsabilidad que entonces le corresponderá de manera exclusiva "...pues nadie por él y en menor medida el Estado"<sup>17</sup>., podrá legítimamente intervenir en ellas.

Este presupuesto se encuentra consignado en el artículo 12 de la Declaración sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Ley 12 de 1991:

"Artículo 12.

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

Quiere decir lo anterior, que al menor adulto para el que se solicita protección, próximo a cumplir los dieciocho años, cuyas actuaciones reflejan un desarrollo acorde con su edad y condiciones de vida, se le debe permitir, como ya se hizo cuando se le recomendó la amputación de la pierna, o cuando él con la anuencia de su madre decidió retirarse voluntariamente de la clínica, participar en las decisiones que lo afecten directamente, mucho más si ellas tienen relación con sus derechos fundamentales a la vida y a la libertad religiosa, propendiendo siempre por lograr la coexistencia plena de todos sus derechos.

Sin embargo, si tal participación implica que se presente contradicción insuperable entre sus decisiones y las que adopten sus padres, prevalecerán aquellas que en mayor medida garanticen la protección a su derecho fundamental a la vida, en éste caso las del padre.

4.3.2. La participación del menor adulto en decisiones relacionadas con su salud puede estar válidamente determinada por el ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de cultos, siempre que ellas no pongan en peligro su vida y su integridad física.

El artículo 18 de la Constitución Política garantiza la libertad de conciencia:

"Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia."

De otra parte, la Convención Sobre Derechos del Niño establece en su ya citado artículo 14,

que los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de conciencia, aclarando en el numeral 2 de dicha norma, que "...los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres, y en su caso de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades."

Es claro que como derecho fundamental éste también se atribuye a todas las personas, cualquiera sea su condición, correspondiéndole al legislador regular su ejercicio de manera tal que se garantice la coexistencia plena de derechos. El ejercicio del derecho a la libertad de conciencia encuentra límites, en el caso de los menores de edad, en las normas que se refieren y regulan lo relacionado con su capacidad, a ellos como se dijo antes el legislador gradualmente les reconoce autonomía, hasta que ella se presume al acceder el individuo a la mayoría de edad.

La libertad de conciencia es el tal vez el derecho fundamental que más se ajusta al concepto de gradación que subyace en el reconocimiento que hace el Estado de la capacidad de los menores; es obvio que un infante, menor de siete años, no ha desarrollado suficientemente sus facultades ni su capacidad de raciocinio para determinar, de manera autónoma, cuáles son sus creencias y convicciones, las cuales por lo general le son transmitidas por las personas que conforman su entorno, quienes con sus enseñanzas y ejemplo hacen que el menor paulatinamente las interiorice y se apropie de ellas, hasta que éste, con el pleno dominio de su entendimiento, las reivindica y defiende como suyas, o las cuestiona y rechaza sustituyéndolas por otras.

Ese es precisamente el sentido de las disposiciones del artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Niño, de una parte reivindicar el derecho de los niños a la libertad de conciencia y, de otra, garantizar que las manifestaciones externas que se desprendan de dicho ejercicio, entre ellas las que coinciden con el ejercicio del derecho a la libertad de cultos, no sean objeto de violación ni por parte del Estado ni por parte de particulares; y de otra el de los padres o representantes a guiarlos, "ir delante mostrando el camino"<sup>18</sup>, en el ejercicio de esa libertad, facultad que podrán ejercer "de modo conforme a la evolución de sus facultades", lo que quiere decir que ella progresivamente se irá restringiendo a medida que el menor adquiere más autonomía. En esa perspectiva, la intervención de los padres o representantes en decisiones que exterioricen las convicciones o creencias de sus hijos o representados, sólo es pertinente y necesaria cuando está de por medio la vida y la

integridad física de los menores, aún cuando éstos sean menores adultos.

Lo anterior por cuanto la adopción de un determinado credo religioso obedece a un proceso interno del individuo, que lo conduce a acogerse a una determinada fe, la cual exterioriza adoptando un paradigma de vida que incluye acciones y abstenciones a las que moralmente se obliga, respecto de las cuales en principio cualquier imposición o coacción constituye no sólo una interferencia al ejercicio de su autonomía, sino una violación a sus derechos fundamentales a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y al libre desarrollo de su personalidad, salvo, como en el caso objeto de revisión, que con ellas ponga en peligro su propia vida, o impida o interfiera con el ejercicio de derechos de terceros y/o de la colectividad.

4.3.2. En un caso “extremo” en el que está de por medio la vida de un menor, darle prevalencia al consentimiento que otorga el padre para que le practiquen un determinado tratamiento médico, aún en contra de la voluntad del hijo, no atenta contra la autonomía del menor.

Esta Corporación ha señalado, que “...no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud...”<sup>19</sup>, pues en ese caso el padre estaría usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, transgrediendo, entre otros, sus derechos fundamentales a la libertad y a la dignidad.

Quiere decir lo anterior, que dada la situación contraria, esto es cuando se trata de intervenciones o tratamientos urgentes y necesarios dirigidos a preservar la vida del menor próximo a cumplir la mayoría de edad, ante la gravedad “extrema” de su estado de salud, como en el caso que ocupa a la Sala, imponer la decisión del padre, aún en contra de la voluntad del hijo menor, en el sentido de autorizar que la ciencia recurra y aplique los procedimientos que estén a su alcance para salvarle la vida, no implica usurpar o interferir su autonomía, sino viabilizar una posibilidad de carácter científico que contribuya a preservar su vida, deber y derecho del padre y obligación del Estado.

4.3.4. En el caso concreto se configura un “caso extremo” que legitima la prevalencia del consentimiento del padre.

La Corte en su jurisprudencia<sup>20</sup> ha señalado tres criterios de cuyo análisis comparado es viable concluir si se configura o no un caso extremo, que permita dirimir a favor de la prevalencia de la decisión del padre, el conflicto que podría surgir entre el principio que le reconoce autonomía al hijo menor adulto, que indicaría la necesidad de que éste consienta en el tratamiento que se le recomienda para que fuera legítimo constitucionalmente, y el principio según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor; en el caso que se revisa el análisis combinado de esos tres criterios permite identificar, inequívocamente, un “caso extremo” en el cual la prevalencia que se da a la decisión del padre es legítima, pues ella está dirigida a proteger el derecho a la vida de su hijo menor.

Esos tres criterios son:

a. La edad misma del menor.

Ha quedado establecido en el caso objeto de revisión, que el menor para el que se solicita protección por vía de tutela, es un menor adulto próximo a cumplir dieciocho años; así mismo, que como tal goza de una capacidad relativa, que implica que se le reconozca un amplio grado de autonomía y capacidad de autodeterminación en asuntos que lo afecten directamente; por eso, cuando se trata de practicarle tratamientos médicos, según lo ha dicho esta Corporación, para que éstos se ajusten a las disposiciones del ordenamiento superior deberán estar precedidos de su consentimiento, salvo que se trate, como en el caso que se analiza, de un “caso extremo”, en el cual el menor con su negativa compromete su integridad física y su misma vida, evento en el cual es preciso imponer la decisión del padre dirigida a protegerlo, pues sólo así se dará cumplimiento a las disposiciones contenidas en los artículos 5, 11 y 44 de la Constitución Política.

b. La urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.

La historia clínica del menor para el que se solicita protección, muestra que desde el momento mismo en que se le diagnóstico un cáncer severo, éste mostró clara disposición de

colaborar con los médicos en los tratamientos que ellos recomendaron; no hay evidencia de rechazo o resistencia por parte del paciente al tratamiento de quimioterapia, al contrario, el menor se sometió y consintió todo tipo de exámenes y tratamientos, incluida la amputación de su pierna derecha, que se sabe son dolorosos y generadores de un elevado nivel de angustia e incertidumbre; en ningún momento él se ha opuesto a la ayuda que le puede brindar la ciencia médica, y de hecho, a pesar de que los resultados no han sido satisfactorios, está dispuesto a continuar con el tratamiento “agresivo” de “quimioterapia de rescate” que se le propone, a lo que se rehusa es a las transfusiones de sangre que probablemente deban efectuarle como consecuencia de la quimioterapia, todo lo cual demuestra la importancia que para él tiene recuperarse y mantenerse vivo.

No hay duda entonces de que el tratamiento es urgente y necesario según la opinión médica especializada, pero también lo es para la estabilidad emocional del menor, que ha entendido que de él en gran medida depende que cuente con la posibilidad de un futuro.

c. la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del menor.

Es claro entonces que en el asunto objeto de revisión el juez de tutela se encontraba ante un caso extremo, que legitimaba su determinación de darle prevalencia a la decisión del padre, aún en contra de la voluntad del hijo menor adulto, en tanto ella estaba dirigida a proteger su derecho fundamental a la vida.

4.4 En el caso de cónyuges separados que reclaman ante autoridades administrativas para sí y con exclusión del otro la patria potestad de sus hijos, éstos deben acreditar esa decisión judicial adjuntando copia de la respectiva sentencia.

En el caso que se revisa, el actor pide que el juez de tutela reconozca y haga efectivo el derecho que en su opinión tiene de adoptar las decisiones relacionadas con la salud de su hijo, aún en contra de la voluntad del mismo y con prescindencia de la opinión de la madre, dado que, según dice, a él le fue otorgada la patria potestad en el proceso de separación de su esposa.

Si bien, como ha quedado establecido, la Sala confirmará la decisión del Juez de conocimiento, que acogió la solicitud del actor en la medida en que le ordenó al Instituto de los Seguros Sociales proseguir con el tratamiento que se le estaba practicando a su hijo

menor, aún en contra de la voluntad de éste, considera la Sala pertinente pronunciarse sobre la situación que alega el actor referida a que es él el único autorizado para decidir sobre la salud de su hijo, dado que en el proceso de separación de su esposa le fue otorgada la patria potestad.

El inciso segundo del artículo 288 del Código Civil establece lo siguiente:

“Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres la ejercerá el otro.” (Negrillas fuera de texto)

Es claro entonces, que el principio general que rige esta materia es que los padres comparten el ejercicio de la patria potestad, luego la suspensión o extinción de los derechos inherentes a ese ejercicio para uno de ellos, constituye una situación de excepción que bien puede originarse en la ausencia definitiva de uno de ellos, o en la configuración de uno de los presupuestos que expresamente señala la ley, caso en el cual se requerirá de una decisión de la autoridad judicial competente; sobre el tema se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al referirse a los efectos de la separación de cuerpos o del divorcio sobre la patria potestad:

“...el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos menores es función distinta de los poderes o facultades que configuran la patria potestad, encaminados éstos a que aquella función se cumpla por los padres, es que...[se] estableció que en la sentencia el Juez ha de decidir “a quien corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en todos los casos en que la causa probada del divorcio o la separación de cuerpos determine suspensión o pérdida de la misma: o si los hijos deben quedar bajo guarda. ...si la causa probada del divorcio o de la separación de cuerpos, significa por sí misma, que el padre o madre, culpables de la separación o del divorcio lo hayan sido por hechos que autorizan legalmente para suspender o declarar extinguidos los derechos inherentes a la patria potestad, el juez ha de decidir en la sentencia a quién corresponde el ejercicio de tales derechos, entendiéndose que por ser ejercida conjuntamente por los padres, será ejercida en adelante exclusivamente por el cónyuge inocente de los precedentes que determinaron esa suspensión o extinción...” 21

En el caso propuesto, dada la contradicción que se presenta entre la decisión expresa del menor adulto de no aceptar transfusiones de sangre y la de su padre de obligarlo a recibirlas,

argumentando que la decisión le correspondía tomarla a él como titular de la patria potestad, el Instituto de los Seguros Sociales, entidad pública de la cual es beneficiario el menor enfermo, le exigió al padre y actor de la tutela que presentara copia de la decisión judicial a través de la cual según él le había sido otorgada de manera exclusiva la patria potestad.

Tal exigencia de la entidad de salud la encuentra la Sala pertinente y ajustada al ordenamiento jurídico, pues ante la afirmación que sustenta la petición del actor, esto es, que en el proceso de separación de su esposa a él le había sido otorgada la patria potestad de los hijos, dicha entidad tenía la obligación de exigir copia de la decisión judicial correspondiente, pues no podía, con base en la sola manifestación del padre, aceptar y presumir que efectivamente a la madre le habían sido suspendidos sus derechos, mucho menos cuando ella había demostrado disposición de participar en las decisiones de su hijo, como efectivamente lo hizo al suscribir junto con él “la salida voluntaria” del centro hospitalario, relevando de responsabilidad al mismo. De hecho, así como la clínica procedió a la amputación de la pierna del menor con base en la autorización que para el efecto dieron conjuntamente el mismo menor y su padre, para efectos de la “salida voluntaria” se soportó en el consentimiento conjunto del menor y de la madre.

No se configura pues en lo relativo a este punto, acción u omisión por parte de la entidad pública de salud encargada del tratamiento del menor, con la cual ésta hubiera amenazado o vulnerado sus derechos fundamentales, al contrario en lo que tiene que ver con las inquietudes sobre quienes ejercían la patria potestad, ella actuó con diligencia y demostró responsabilidad.

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

#### RESUELVE

Primero. CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo proferido por el 27 de mayo de 1996 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, Santander, a través del cual negó por improcedente la acción de tutela contra los particulares demandados y en cambio la concedió contra el Instituto de los Seguros Sociales de esa ciudad, entidad a la que ordenó proseguir con el tratamiento al menor ALFONSO CÁCERES ROJAS, de acuerdo con el consentimiento que para el efecto dieron los padres.

Segundo. Librar por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1La situación de indefensión o subordinación en el caso de los menores de edad se presume (Corte Constitucional, Sentencia T-573 de 1992), lo que significa que el actor no tiene obligación de probarla al interponer la acción; le corresponderá luego al Juez, durante el proceso, establecer si efectivamente tal situación se configura y decidir sobre la procedencia o improcedencia de la acción.

2 Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, “Los Testigos de Jehová, proclamadores del Reino de Dios”, New York, U.S.A., 1993

3Kant E., Respuesta a la pregunta ¿Qué es la ilustración?, en Argumentos Nos. 14-17, Universidad y Sociedad, Santa Fe de Bogotá, 1986.

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

6 Así lo señaló la Corte Constitucional al declarar exequible el inciso segundo del artículo 94 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expidió el Código del Menor, a través de la Sentencia C-562 de 1995, cuyo M. P. fue el Dr. Jorge Arango Mejía.

7 Artículo 14 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Congreso de la República de Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

8 Corte Constitucional, Sentencia T-034 de 1994, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de octubre de 1984.

10 Pedreira Andrade, Antonio, Derecho a la Salud y Constitución Española: Problemática del consentimiento y derecho del rechazo al tratamiento en el ordenamiento jurídico sanitario. En Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia España.

11 Reposo en el expediente fotocopia del registro civil del menor ALFONSO CACERES ROJAS, a nombre de quien el actor interpuso la tutela, documento en el que se lee que éste nació el 17 de marzo de 1979.

12 Tales facultades, suficiente juicio y discernimiento, le fueron reconocidas al menor a la hora de decidir sobre la propuesta de amputación de una de sus piernas, pues se le solicitó, a él y a su padre, la respectiva autorización, configurándose la participación conjunta en la toma de tan importante decisión.

13 "Una vez perfeccionado, el tratado internacional establece, por definición, una regla de conducta obligatoria para los Estados Signatarios, plasmada en el principio pacta sunt servanda, que es un principio de seguridad, de justicia, y de moral internacionales." (Corte Constitucional, Sentencia C-276 de 1993, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

14 Artículo 12, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

15 Corte Constitucional, Sentencia T-411 de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

16 "Por qué rechazamos las transfusiones de sangre". Para los Testigos de Jehová su actitud respecto de las transfusiones de sangre se convirtió en un problema al que tenían que hacer frente, por eso a través de sus órganos de difusión, especialmente de la Revista La Atalaya,

se explicó a los fieles el punto de vista cristiano referente a la santidad de la sangre. Se les señaló que tanto la sangre de animales como la de humanos estaban bajo la prohibición divina que se impuso a Noé y sus descendientes (Gén.9:3-6); igualmente, que en el siglo primero ese requisito recibió énfasis de nuevo mediante el mandato que se dió a los cristianos de “abstenerse de sangre”. (Hech.15:28,29).” ...se mostró, a partir de las escrituras, que el único uso de la sangre aprobado por Dios se relacionaba con los sacrificios, y puesto que los sacrificios de animales que se ofrecían bajo la Ley mosaica prefiguraron el sacrificio de Cristo, el que los cristianos hicieran caso omiso del requisito de “abstenerse de sangre” sería una manifestación de flagrante falta de respeto al sacrificio de rescate de Jesucristo. (Lev. 17:11, 12; Heb.9:11-14,22). En consecuencia con este entendimiento, a partir de 1961 se expulsó de las congregaciones de los Testigos de Jehová a cualquiera que pasara por alto este requisito divino, aceptara transfusiones de sangre y manifestara una actitud impenitente. Los Testigos de Jehová preferirían no tomar acción judicial contra los médicos, pero lo harán cuando sea necesario para evitar que se les obligue a aceptar un tratamiento que les resulta moralmente repugnante.” ( “Los Testigos de Jehová, Proclamadores del Reino de Dios”, International Bible Students Association, 1993 ).

Sin embargo, en la actualidad no hay consenso sobre este particular entre los pastores de esa iglesia, pues existen corrientes que con base también en textos bíblicos sostienen que las transfusiones de sangre no son pecaminosas o prohibidas por mandato divino, al contrario dicen, “...no hay un solo pasaje en las escrituras que hable sobre transfusión de sangre, a lo que si se refieren las escrituras en el Levítico y en el Deuteronomio es a “no comer la sangre de los animales”, por norma para una buena salud, pero no para la salvación. Si se trata, señalan, de defender las transfusiones de sangre con base en textos bíblicos, bastaría con remitirse al texto primero de Corintios, Capítulo 3:16 y 17 que dice: “Somos templo de Dios y si alguno destruyera el templo de Dios, lo destruiría a él”, luego si la sangre que es alimento del cuerpo es buena y no debe desecharse, con mayor razón si se necesita para salvar una vida.

17 Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

18 Diccionario Real Academia de la Lengua

19 Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1995, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

20Ibídem.

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, abril 25 de 1985.