LECTURAS CRÍTICAS

**AUTONOMÍA EN
MENORES DE EDAD E
INCAPACES: RETO PARA
EL DERECHO**

Carolina Soto-Méndez
Universidad Cooperativa de Colombia
Sede Bogotá

Apropiación social de conocimiento | Lectura crítica

No. 15, noviembre de 2018

doi: XXXX

NOTA LEGAL

El presente documento de trabajo ha sido incluido dentro de nuestro repositorio de literatura gris por solicitud del autor, con fines informativos, educativos o académicos. Asimismo, los argumentos, datos y análisis incluidos en el texto son responsabilidad absoluta del autor y no representan la opinión del Fondo Editorial o de la Universidad.

DISCLAIMER

This coursework paper has been uploaded to our grey literature repository due to the request of the author. This document should be used for informational, educational or academic purposes only. Arguments, data and analysis included in this document represent authors' opinion not the Press or the University.

ACERCA DEL AUTOR

Carolina Soto-Méndez. Abogada, DEA en Bioética y Biojurídica de la Universidad Rey Juan Carlos. Coordinadora y profesora de la línea de investigación Derecho, Cultura y Sociedad del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia, sede Bogotá, Colombia.

Correo electrónico: carolina.soto@campusucc.edu.co

CÓMO CITAR ESTE DOCUMENTO

Soto-Méndez, C. (2018). *Autonomía en menores de edad e incapaces: reto para el Derecho*. (Documento de docencia N.º 15). Bogotá: Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia. doi: XXXXX

Este documento puede ser consultado, descargado o reproducido desde nuestro repositorio de documentos de trabajo (<http://coursework.ucc.edu.co>) para uso de sus contenidos, bajo la licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

RESUMEN

El presente texto busca poner en evidencia que las pautas legales vigentes en relación con el ejercicio del principio bioético de autonomía referente a menores de edad e incapaces, son insuficientes para el cumplimiento de dicho principio. Como punto de partida se plantean unas consideraciones sobre el principio de autonomía y los menores de edad e incapaces; en un segundo momento se exponen algunos criterios que ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana sobre el ejercicio de la autonomía en menores de edad. Finalmente, como conclusión se plantea el reto que se genera para el Bioderecho, como área del Derecho que se encuentra en desarrollo.

Palabras clave: autonomía, bioderecho, bioética, menores de edad.

INTRODUCCIÓN

Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía.
(Sentencia T- 477/95. MP: Alejandro Martínez Caballero)

La bioética (en cualquiera de sus enfoques y perspectivas) cuestiona instituciones sociales –y también jurídicas–, y suscita espacios de discusión y reflexión. Esta puso en evidencia el fraccionamiento del ser humano y dejó claro, que dicha situación ha incidido en la vida en general. No solamente se encuentra en riesgo la supervivencia del ser humano, en las situaciones cotidianas se evidencia la fragilidad de su existencia, su vulnerabilidad.

Un ejemplo del fraccionamiento del ser humano que se encuentra en el Derecho, en relación con los menores de edad e incapaces, es que las decisiones sobre la salud, el propio cuerpo y la vida se entienden como ajenas a ellos. Es decir, aunque existen lineamientos que indican que deben ser consultados sobre las mismas, en algunos aspectos no llega incluso a haber un pronunciamiento legal al respecto. Esta ruptura se observa incluso, cuando se estudia la validez y existencia de actos jurídicos para incapaces, pues no se contemplan las decisiones que hacen referencia a su cuerpo, su salud y su vida dentro de los efectos de la validez jurídica. ¿Un menor de edad (o incapaces en general) entonces no siente dolor físico?, ¿no siente miedo?, ¿no siente cansancio? Se observa entonces que la protección que ha otorgado el Derecho a dichos sujetos no comprende determinadas situaciones ni las consecuencias de sus actos; es decir, la ley termina extendiendo sus efectos al cuerpo, pues pareciera que tiene la capacidad de *inhibir* cualquier dolor físico, cualquier angustia sobre la salud de los sujetos incapaces.

Así las cosas, la tesis consiste en que la autonomía de los menores de edad e incapaces es un problema emergente para la bioética, la biojurídica y el bioderecho porque las pautas legales existentes sobre el ejercicio del principio bioético de autonomía con respecto a menores de edad e incapaces, no son suficientes para su puesta en práctica y vulneran principios consagrados en disposiciones internacionales, existe una ruptura en la comprensión de la capacidad. En Colombia, el Derecho no procura entender al ser humano de manera integral, esto es notorio en las decisiones sanitarias que se refieren a los menores de edad. Las ramas tradicionales del Derecho han sido insuficientes, por ello, le corresponde a la biojurídica y al bioderecho establecer dichos lineamientos. Para sustentar esta tesis, se parte de la explicación del concepto de autonomía en los menores de edad, cómo se observa su ejercicio con relación a los derechos sexuales y reproductivos y situaciones en la que su capacidad de decidir sea restringida o nula por cuestiones de salud o enfermedad (situaciones en las que se deba acudir a: cuidados paliativos, voluntades anticipadas, solicitud de eutanasia, negativa a tratamientos, solicitud de no resucitación, etc.).

INCAPACIDAD Y PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Los incapaces y en concreto los menores de edad, han sido tradicionalmente considerados como no aptos para la realización de actividades que produzcan efectos jurídicos, es decir, en palabras técnico-jurídicas, se ha establecido que estos no poseen la capacidad de ejercicio libre de sus derechos sin necesidad de la intervención de un tercero¹, ya que no tienen el entendimiento necesario para actuar en derecho y producir actos jurídicos (es decir, hechos con consecuencias jurídicas). Esta posición

¹ Desde el Derecho, una persona (como concepto jurídico) tiene capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Todas las personas (es decir, todos los seres humanos que cumplen con el requisito el artículo 90 del Código Civil Colombiano) tienen capacidad de goce de sus derechos, Pero solo los mayores de edad, que no tengan ninguna discapacidad mental, tienen capacidad de ejercicio, en otras palabras, que pueden ejercer sus derechos sin intervención de terceros.

del Derecho ha estado ligada al ejercicio paternalista de la medicina que entendía² al paciente³ como alguien *incapaz*, es por ello que el médico tomaba la decisión por tener la comprensión y el conocimiento necesarios para decidir de manera adecuada.

Fue en este contexto que tomó fuerza la corriente de la bioética clínica, se desarrollaron los principios de beneficencia, autonomía, justicia y no maleficencia como respuesta al paternalismo médico, y que permitieron el desarrollo efectivo de los derechos de los pacientes / usuarios de sistemas de salud⁴. No obstante, no son los únicos principios existentes. Como complemento al principio de autonomía, se ha desarrollado el principio de libertad y responsabilidad, el cual plantea que el paciente/usuario de sistema de salud puede ejercer su derecho y a su vez, se sujeta a las consecuencias de sus decisiones:

La persona es responsable, ante todo, de su propio cuerpo. La ética del médico se basa en el consentimiento del paciente y en la relación de alianza médico-paciente. El médico no debe actuar sino respetando la libertad de su paciente, quien tiene que ser responsable de su corporeidad como un valor objetivo y no como un objeto disponible. Asimismo, el médico es una persona libre y responsable que debe prestar un servicio calificado y profesional y de ninguna manera puede ser reducido a un instrumento de la voluntad del paciente. El médico es responsable del bienestar de su paciente quien por su libre elección le ha confiado al médico su curación. (García, 2010, p. 209)

Sin embargo, con respecto a los menores de edad el ejercicio de autonomía y libertad, dadas sus condiciones, se sujeta a las reglas de la patria potestad (la cual se puede extender en el caso de discapacidad mental absoluta de acuerdo al artículo 54

² No es fácil establecer una fecha en la que hubo un cambio en esta perspectiva, porque es una forma de ejercicio de la medicina que está en desuso. El tránsito entre el ejercicio paternalista de la medicina y la postura del ejercicio de la autonomía del paciente fue paulatino, y es una transición que ocurrió a finales del siglo XX, entre las décadas de 1970 y 1980, e incluso parte del decenio de 1990.

³ Para el presente texto, el uso del término paciente se refiere más al contexto histórico en el que surge la bioética clínica que a los diversos conceptos de salud que existen en la actualidad.

⁴ En adelante, se utilizarán los conceptos paciente/usuario de sistema de salud como complementarios para no adoptar una posición exclusiva con respecto a los conceptos existentes con relación al término *salud*.

de la Ley 1306 de 2009). Es decir, cualquier intervención, tratamiento o participación en una investigación biomédica debe ser autorizada por los padres o el representante legal.

Es decir que son los padres o quienes ejerzan la patria potestad los que tienen la capacidad de autorizar una intervención, tratamiento o participación en una investigación de un menor de edad, se ha de tener en cuenta la opinión del menor (asentimiento informado), sin que sea *obligatoria* la sujeción de la decisión.

No obstante, esta premisa no es absoluta y en Colombia la Corte Constitucional ha reconocido el principio de autonomía en los menores de edad. La sentencia T-477/95 precisó que en los casos de readecuación de sexo, es preciso un consentimiento informado del paciente, posición que se reiteró en sentencias como la SU-337/99, que deja en claro que en los casos de readecuación de sexo (T-477/95) y ambigüedad sexual (SU-337/99), debe respetarse el libre desarrollo de la personalidad y es al menor al que le corresponde tomar la decisión sobre su identidad sexual; para estos casos, la Corte Constitucional ordenó que debía hacerse el respectivo acompañamiento por parte de un equipo psico-social.

¿LOS CRITERIOS SON UNIFORMES?

Ocurre de manera similar con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en los menores de edad. Se ha reconocido que a este grupo poblacional se le deben garantizar los derechos sexuales y reproductivos (González, 2016), por ejemplo, en Colombia la regulación sobre la anticoncepción gira en torno a garantizar que los menores de edad tengan acceso a los mecanismos de anticoncepción, como parte del catálogo de derechos sexuales y reproductivos. Normas como la Resolución 0769 de 2008 del Ministerio de Protección Social (actualización de la norma técnica de planificación familiar); Resolución 412/00; Resolución 1973 de 2008; acuerdo

00380 del 2007 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (inclusión de anticonceptivos hormonales y condón masculino en el POS) abordan el acceso a los mecanismos de anticoncepción y en ellos no se encuentra una distinción del grupo poblacional que puede acceder a ellos. De la misma manera, existen lineamientos sobre el Modelo de Servicios de Salud Amigables para Adolescentes y Jóvenes, los Protocolos para la atención de enfermería a la salud sexual y reproductiva de la mujer y los lineamientos de la OMS para criterios médicos de elegibilidad para el uso de anticonceptivos.

En dichos documentos no hay referencia alguna sobre la participación de los padres o de quien ejerza la patria potestad, lo que da a entender que, en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, junto con los actos correspondientes para ejercerlos, los menores de edad no están sujetos a la autorización de sus padres o de quien tenga la patria potestad. Esto evidencia que dentro del ordenamiento legal existen excepciones que dan a entender que los menores de edad sí tienen un ejercicio de la autonomía como principio. Por ejemplo, en el caso del aborto, una menor de edad puede solicitar que le sea practicado sin autorización de sus padres o de quien ejerza la patria potestad, siempre y cuando se encuentre en alguno de los tres supuestos contemplados en la sentencia C-355/06 (Castro y Rodríguez, 2011, pp. 120-121). Sin embargo, para algunos autores no basta que exista una consagración en los textos legales, pues muchas veces se desconocen en la práctica, González manifiesta al respecto que:

De hecho, en demasiadas ocasiones, la propia minoría de edad funge, aun hoy, como reclamo para pretermitir los mismos derechos que se asegura defender, básicamente al negar la autonomía del menor, la capacidad del menor para ejercer sus derechos personalísimos, o desconocer el derecho del menor a ser oído, lo que sucede en relación con todos los derechos, pero primordialmente frente a sus derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva. (2016, p. 2.)

Esto evidencia que no existe unidad de criterio en el tratamiento de la autonomía como principio en relación con los menores de edad, pues en la práctica, se entiende que los derechos sexuales y reproductivos no solo son actividades relacionadas con la sexualidad, sino que incluyen toma de medicamentos (anticonceptivos) y acceso a la práctica de intervenciones (abortos), lo anterior evidencia un excesivo ejercicio del principio de autonomía. A esto se suma que la mayor parte de la documentación y reglamentación está dirigida a la protección y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (debido en parte a que los procedimientos anticonceptivos, en su mayoría, están dirigidos a las mujeres), haciendo pasar inadvertido el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los hombres.

Todo lo que se mencionó hasta ahora deja en claro que resulta urgente un aporte del bioderecho para la construcción del principio de autonomía con relación a los incapaces, en concreto, los menores de edad, puesto que por su condición de desarrollo y a partir de la concepción de autonomía en construcción, no se pueden establecer los mismos lineamientos para el ejercicio de autonomía que se confieren a las personas plenamente capaces, tal como se ha dado con respecto a los derechos sexuales y reproductivos.

A pesar de la visión autonomista que se observa en materia de derechos sexuales y reproductivos, no hay un tratamiento correspondiente en cuanto a las situaciones en las que la vida del menor está finalizando por enfermedad, la regulación sobre los cuidados paliativos establece claramente que se les debe consultar a los menores adultos⁵:

Derechos de los Niños y Adolescentes: Si el paciente que requiere cuidados paliativos es un niño o niña menor de catorce (14) años, serán sus padres o adultos responsables de su cuidado quienes elevarán la solicitud. Si el paciente

⁵ Menor adulto es una categoría jurídica que comprende a los menores de edad entre los 14 y los 18 años; algunos de sus actos pueden tener validez jurídica como lo contempla el artículo 1504 del código civil.

es un adolescente entre catorce (14) y dieciocho (18) años, él será consultado sobre la decisión a tomar. (Ley 1733 de 2014, artículo 5, numeral 3)

Con respecto a la terminación anticipada de la vida, la Resolución 1216 de 2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, no menciona si es posible o no, que un menor de edad solicite dicho procedimiento, bien sea en nombre propio o a través de sus padres o representante legal. Debería haber un pronunciamiento al respecto, ya sea negando o afirmando su posibilidad. Esto probablemente es producto de la posición que ha sostenido la Corte Constitucional en aquellos casos que se refieren al derecho a la vida y el derecho a la libertad de cultos, como aquel resuelto en la sentencia T-474/96, en la que se decidió tutelar el derecho a la vida por encima del derecho a la libertad de conciencia y de culto de un menor de edad; lo anterior establece que en casos en los que exista riesgo de vida, prevalece el consentimiento del padre destinado a salvarle la vida al menor.

En cuanto a la donación, no existen criterios para establecer la donación por parte de un menor vivo de sus componentes anatómicos. La ley 1805 de 2016 estableció que el único caso en el que los familiares pueden expresar su consentimiento para la donación cadavérica (artículo 15) es aquel de los menores de edad. Sin embargo, en la redacción del texto legal no se observa pronunciamiento alguno sobre la donación de componentes anatómicos de un sujeto vivo para el caso de los menores de edad. Entonces, cabe cuestionarse ¿cuál es el límite de la patria potestad para que un padre/madre o quien la ejerza obligue a su hijo menor a ser donante o, por el contrario, niegue dicha posibilidad?, ¿puede obligarse a un menor a someterse a procedimientos en contra de su voluntad y que no le beneficien, sino que, al contrario, lo puedan perjudicar y llegar a poner su vida en riesgo?

Así las cosas, es posible señalar dos posiciones claras en relación con los menores de edad: (i) se protege la autonomía en torno a los derechos sexuales y reproductivos; (ii) se limita o niega su ejercicio en torno a las decisiones sobre su cuerpo y vida. Es evidente que el desarrollo del principio de autonomía en relación

con los menores de edad desde el bioderecho es incipiente, no es claro si se debe entender la autonomía como principio o como desarrollo, sobre todo, porque no hay un análisis detallado de los riesgos que pueden derivar de ciertas actividades o procedimientos con relación a los derechos sexuales y reproductivos, incluso, se puede llegar a poner en riesgo la vida: en todo procedimiento existe un margen de riesgo, así se realice con las debidas condiciones clínicas, y a ese riesgo se somete una mujer menor de edad cuando se le practica un procedimiento conducente a un aborto o cuando no existe un debido asesoramiento clínico en cuanto al uso de anticonceptivos.

No obstante, existen criterios que explican que la solución se encuentra en la práctica cotidiana y social de los derechos, pues incluso, existe una consagración de los mismos en mecanismos internacionales: “No se requiere de la ley para propender por la protección del menor en estos casos, es el diálogo constructivo en el que el menor participa como un igual, el que posibilita la toma de decisiones en el mejor interés del menor en el marco de la vida familiar” (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12, reafirmado por el artículo 16 de la CDN); los padres o tutores son los primeros veedores de ese interés: orientando, acompañando y posibilitando la autonomía progresiva en función de la madurez del menor, sin injerencias externas, como prescriben los convenios citados, incluso en situaciones complejas.

Así pues, solo cuando ese diálogo no se produce o se rompe, o cuando no existe una “vida familiar” a la cual remitirse, entran en juego las reglas jurídicas que regulan el ejercicio de los derechos por parte del menor y su contrapartida en la protección, para ello se emplean dos conceptos: la regla del “menor maduro” y “el interés superior del menor” (González, 2016, p. 12).

La negación o la restricción al acceso a la información hacen que no haya un verdadero ejercicio de autonomía que lleve implícita la formación. Si bien el Derecho surge de la vida social, las prácticas cotidianas requieren un norte para su práctica, sin

lineamientos claros, las situaciones que reflejen la autonomía de los menores de edad en relación con su salud y vida, serían caóticas y paradójicamente, vulnerarían la salud y vida de dichos sujetos.

NUEVAS PREGUNTAS Y NECESIDADES, NUEVA FORMA DE RESPUESTA: A MODO DE CONCLUSIÓN

El bioderecho debe responder a las necesidades mencionadas, como también se debe profundizar en el campo de la biojurídica porque es necesario hacer un replanteamiento de conceptos sobre el Derecho, como la incapacidad y sus efectos jurídicos, porque no es solamente el inicio y final de la vida lo que se ha visto afectado por la irrupción de la biotecnología, sino el transcurso de la vida; los efectos jurídicos ya no se limitan a la actividad de negocio, las disposiciones sobre el cuerpo y la vida deben entrar en este grupo de actividades que atañen a los menores de edad y a los incapaces en general, se debe elaborar sobre la atribución para ejercer dichos derechos y establecer reglas para su ejercicio limitado.

¿Quién tiene la potestad entonces para decidir sobre la salud y la vida de los menores de edad y, en general, los incapaces, el Estado o la familia? En el fondo, esto plantea una cuestión sobre justicia social y equidad: cómo hacer para que los históricamente han sido excluidos y a los que, históricamente, se les ha negado en algunas oportunidades su condición de persona, sean incluidos y que se les reconozca la posibilidad de decidir. Es una cuestión de justicia. Es claro que la disposición sobre el cuerpo no está contemplada en la visión tradicional de la capacidad e incapacidad y sus efectos jurídicos.

REFERENCIAS

- Castro, C. y Rodríguez, C. (2011). *Guía del aborto no punible*. Bogotá: Editorial Legis.
- Congreso de la República. (2009). Ley 1306 de junio 5 por medio de 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. *Diario Oficial*
Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36400>
- Congreso de la República. (2014). Ley 1733 Consuelo Devis Saavedra mediante la cual se regulan los Servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida. *Diario Oficial*
Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201733%20DEL%2008%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202014.pdf>
- Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-477*. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia T-474*. M.P. Fabio Morón Díaz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-474-96.htm>
- Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación. (2012). *Documento Conpes 147 lineamientos para el desarrollo de una estrategia para la prevención del embarazo en la adolescencia, y la promoción de proyectos de vida para niños, niñas y adolescentes y jóvenes en edades entre los 8 y 19 años*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

Recuperado de http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3496_documento.pdf

García, D. (2010). Una aproximación al bioderecho. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 11, 203-224. Recuperado de <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH1010110203A>

González, G. (2016). Consecuencias jurídicas y políticas criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva del menor de edad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18(15), 1-31. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-15.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social. (2015). *Resolución 1216 por medio de la cual se da cumplimiento de la orden cuarta de la sentencia T-970 de 2014 de la Honorable Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad*. Recuperado de: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%201216%20de%202015.pdf