

Derecho y familia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic
Ana María Ibarra Olguín
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

K300

C667c

La constitucionalización del derecho de familia : perspectivas comparadas / editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

1 recurso en línea (xxii, 412 páginas). -- (Derecho y familia)

ISBN 978-607-552-137-4

1. Derecho de familia – Normas constitucionales – Jurisprudencia – Ensayos
2. Convencionalismo jurídico – Derecho civil – Argentina 3. Matrimonio – Derechos humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – Estudio de casos – Estados Unidos 4. Sujetos del derecho de familia – Derecho constitucional 5. Matrimonio entre personas del mismo sexo – Brasil 6. Derecho a la identidad – Chile 7. Patria potestad – Interés superior de la niñez – Gran Bretaña 8. Derechos de los niños – Derecho procesal civil – Países Bajos – Europa 9. Familia – Constitución – México I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Ibarra Olguín, Ana María, editor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. serie

LC K670

Primera edición: enero de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 8

La constitucionalización del derecho de familia en Colombia. El alcance del derecho a la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes

Mónica Arango Olaya*

* Estudiante de Doctorado en Filosofía del Derecho de la Universidad de Oxford. La autora agradece a Daniel Mauricio Muñoz Rivas su rigurosa labor como asistente de investigación para la elaboración de este artículo.

La Constitución colombiana de 1991 en su artículo 42 reconoce a la familia como el núcleo de la sociedad, determina sus integrantes, su conformación mediante el matrimonio civil o religioso, el divorcio, al igual que los principales derechos y deberes para sus miembros. Reflexionar acerca de lo que ha supuesto que la familia esté al centro de la sociedad a partir de ese reconocimiento constitucional y, por lo tanto, que se haya constitucionalizado el derecho de familia implica necesariamente pensar cuál es el rol que le ha dado la Constitución a los niños respecto a sus padres, representantes o tutores en las relaciones familiares y cuál es el alcance de sus derechos. Veintiocho años de jurisprudencia han supuesto un giro estructural sobre el contenido del derecho a la autonomía de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), principalmente, a partir del principio de su interés superior. En este artículo sostengo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional progresivamente ha dotado el derecho a la autonomía de los menores de edad de un contenido que impone límites al ejercicio de la patria potestad. Lo precedente mediante la interpretación y aplicación del mencionado principio, explícita o implícitamente, y en conjunto con las disposiciones que reconocen a la familia

en el centro de la sociedad y los derechos de los niños como fundamentales. Así pues, el ejercicio de la patria potestad tradicionalmente concedía a los padres y tutores un poder de decisión casi absoluto, mientras que ahora la jurisprudencia constitucional otorga a los NNA de un amplio margen de participación en la toma de todo tipo de decisiones.

En otras palabras, la constitucionalización del derecho de familia en Colombia ha modificado el alcance de la capacidad relativa de los NNA de forma tal que los procesos de decisión sobre sus asuntos deben siempre tener en cuenta su opinión e incluso, en algunos casos, ésta puede primar sobre la de sus padres, tutores o representantes. Este cambio en el acercamiento a las relaciones familiares significa adoptar una perspectiva integral sobre los deberes y derechos involucrados en la toma de decisiones de los NNA y separarse de la visión de que los contornos de la capacidad de los menores de edad están exclusivamente atados a las reglas sobre la materia contenidas en los Códigos Civil y Penal, es decir, delimitados exclusivamente por la edad. Además, que el Estado debe intervenir en las situaciones en las cuales se hayan adoptado decisiones sin atender ese proceso, como una forma de proteger su interés superior.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante la interpretación y protección de los derechos que se desprenden del artículo 42 ha producido importantes cambios en torno a las relaciones familiares, particularmente, respecto del alcance de los derechos y deberes de sus integrantes, así como de la institución familiar en sí misma. Tales cambios han permeado el derecho civil y de familia de forma estructural, en un diálogo de dos vías. La primera, mediante el reclamo del reconocimiento de derechos en decisiones de tutela¹ y, la segunda,

¹ La acción de tutela está contemplada en el artículo 86 de la Constitución. El Decreto 2025 de 1991, que la regula, establece en su artículo 1o. que:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

a través del control abstracto en las acciones públicas de inconstitucionalidad.²

Los cambios más importantes que fueron fijados mediante las vías mencionadas suponen la reconceptualización de la familia como institución heteronormativa, constituida libremente entre un hombre y una mujer, para establecer el concepto de familias, que incluye una concepción mucho más amplia.³ Así, a partir del año 2011, la Corte Constitucional reconoció la constitución de la familia entre parejas del mismo sexo⁴ y desde el 2014, el matrimonio igualitario.⁵ No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido la expansión de las relaciones familiares a vínculos no sólo de consanguinidad o afinidad sino también a la familia de crianza, la familia monoparental,⁶ así como la protección especial a la

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción".

² El artículo 241 de la Constitución establece la competencia de la Corte Constitucional para conocer de las diferentes acciones públicas de inconstitucionalidad que se regulan en el Decreto 2067 de 1991.

³ La Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo dijo: "La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la constitución de la familia son naturales o jurídicos y que el cambio ahora prohijado ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la 'voluntad responsable de conformarla' también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales".

⁴ Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵ Sentencia SU-214 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁶ Sentencia C-577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. "La doctrina ha puesto de relieve que 'la idea de la heterogeneidad de los modelos familiares permite pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. Así, una mujer casada con hijos que se divorcia experimenta el modelo de familia nuclear intacta; luego, cuando se produce la ruptura, forma un hogar monoparental; más tarde, puede constituir un nuevo núcleo familiar (familia ensamblada) y, al fallecer el cónyuge o compañero, de nuevo transitar por la monoparentalidad originada en la viudez', lo que se ha denominado cadena compleja de transiciones familiares".

A este fenómeno se ha referido la Corte al indicar que "en su conformación la familia resulta flexible a diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el

jefatura femenina del hogar y los conceptos de padre y madre cabeza de familia. Esos cambios se han proyectado en el alcance y titularidad de casi todos los derechos fundamentales, en la medida en que de los vínculos familiares dependen beneficios y derechos de los ámbitos: laboral, de seguridad social, salud, sucesión, entre muchos otros. Esta constitucionalización del derecho de familia ha tenido un impacto determinante en la delimitación de los derechos y deberes de padres/tutores e hijos.

De este modo, en el marco del derecho de familia, la Corte Constitucional ha expandido el alcance de la protección de los derechos de los niños, como los sujetos más vulnerables en la esfera social y, por tanto, titulares de las protecciones más amplias y justiciables. Considero que, en este ámbito, hay dos avances que vale la pena destacar. En primer lugar, la protección de los derechos de los niños ha sido determinante en la justiciabilidad de los derechos sociales toda vez que, ante violaciones de derechos colectivos como, por ejemplo, a la educación, a la alimentación o a la salud de comunidades con niños, se ha permitido el uso de la tutela como mecanismo idóneo y preferente respecto de los mecanismos ordinarios para la defensa de tales derechos, por oposición a las acciones populares. Lo anterior ha dado lugar a decisiones estructurales o que involucran órdenes complejas para la creación de políticas públicas.⁷ Segundo, ha redefinido el alcance de los derechos de los niños a la participación en diferentes decisiones que antes estaban completamente determinadas por el ejercicio de la patria potestad, bajo la figura del consentimiento sustituto. Esta delimitación de los derechos a la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad surge de la evolución del concepto del interés superior de los niños y niñas ligado a la tensión que existe en el balance del ejercicio de la responsabilidad

acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros", de manera que "la fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia".

⁷ Véase, p. ej., Sentencias T-357 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-302 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

parental o potestad parental con la participación de los NNA en decisiones que les conciernen, de conformidad con sus capacidades evolutivas.

En este artículo quiero mostrar la evolución de la jurisprudencia en torno a la pregunta sobre cuál es el alcance del derecho a la autonomía y la tensión que supone respecto de la responsabilidad parental en el marco del interés superior de los NNA. Lo anterior, particularmente, en las decisiones que involucran su autonomía presente y futura y, específicamente, en el ámbito de las intervenciones médicas definitivas —aquellas que suponen la definición de la identidad de género, los derechos reproductivos y la eutanasia—. Considero que ese tipo de casos, por tratarse de asuntos definitivos o al menos en los cuales se involucra de forma determinante la dimensión de la vida, salud y autodeterminación, son los que han moldeado el alcance de la capacidad relativa, de lo cual también se deriva el alcance del ejercicio de derechos fundamentales para estos sujetos.

I. Los derechos fundamentales de los niños y niñas en la Constitución de 1991

El artículo 44 de la Constitución colombiana establece que los derechos de los niños prevalecen por encima de los demás y enumera sus derechos fundamentales como: "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión". Asimismo, que se les debe una especial protección "contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos", y que "la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos".

El cómo se delimita el alcance y forma de la exigibilidad de tales derechos en el ámbito de la jurisprudencia ha estado marcado por el principio del

interés superior de los NNA, que tiene su origen en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Este documento, que hace parte del bloque de constitucionalidad, establece en su artículo 3o. que "(...) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."⁸ Desde un principio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana le ha dado un valor central a esta cláusula, la cual debe guiar todas las decisiones de las autoridades públicas en relación con estos sujetos, incluyendo las decisiones judiciales.⁹

La aparición de este principio y doctrina, y la obligación de su aplicación, precede a la Constitución de 1991, puesto que el Código del Menor de 1989¹⁰ ya lo contenía. Posteriormente, también fue incluido en el Código de la Infancia y de la Adolescencia del año 2006.¹¹ La Corte Constitucional en diferentes decisiones ha explicado que:

el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se

⁸ El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como "(...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".

⁹ Sentencia T-408 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: "El interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado".

¹⁰ Decreto 27237 de 1989. Artículo 20. "Las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor".

¹¹ Ley 1098 de 2006 Artículo 6. "Reglas de interpretación y aplicación. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas".

puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.¹²

En el mismo sentido, ha dicho que el interés superior de los NNA no es una cláusula que permite cualquier decisión, y fija cuatro condiciones que deben satisfacerse, a saber:

1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir; debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar; se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.¹³

De lo anterior surge que el interés superior del menor es un principio relacional que se remite a cada caso concreto y debe analizar, en términos reales, qué decisión o condición asegura la mayor protección de los niños involucrados. No obstante, eso no significa que se trate de un concepto vacío, sino que su materialización debe: (i) atender a la realidad

¹² Sentencias T- 503 de 2003 y T-397 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Instituto de Bienestar Familiar Concepto 112 de 2013.

¹³ Sentencia T-587 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Instituto de Bienestar Familiar Concepto 112 de 2013.

del niño, niña o adolescente; (ii) ser objetivo; (iii) seguir una ponderación relacional y concreta; y (iv) debe demostrarse el beneficio de adoptar esa decisión por encima de otras. Sin embargo, el criterio sobre qué se entiende por asegurar el mayor beneficio y protección para un menor de edad no ha sido estático en la jurisprudencia constitucional y ha mutado con los años.

Desde 1992, año en el que la Corte Constitucional comienza a ejercer su jurisdicción, y hasta la mitad del 2019 se han dictado al menos 264 decisiones de tutela y constitucionalidad que utilizan el principio del interés superior de los NNA como la cláusula determinante para adoptar las decisiones contenidas en esas providencias.¹⁴ Los asuntos decididos varían y, a grandes rasgos, involucran temas de declaración de abandono o adoptabilidad de menores de edad, familia de crianza, visitas, custodia, ejercicio de la patria potestad, protección del derecho a la salud, hogar gestor, alimentación, riesgos en la sociedad, seguridad, educación, nombre, nacionalidad, personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad, mínimo vital, alimentos, unidad familiar, traslados, sustitución pensional, acceso a la administración de justicia, debido proceso, hábeas data, ambiente sano, acceso a agua potable, asociación y libertad de expresión.

Como lo advertí, en este artículo me concentraré en el análisis de los precedentes que involucran intervenciones médicas para delimitar el alcance del ejercicio del derecho a la autonomía de los niños, niñas y adolescentes. Específicamente, se trata de casos en los cuales se involucran la identidad de género, la decisión sobre intervenciones médicas como trasplantes, esterilizaciones, operaciones estéticas u otros procedimientos médicos invasivos y definitivos, el aborto y la eutanasia. Estas decisiones —por estar ligadas, en su mayoría, al alcance de la autonomía

¹⁴ Estas providencias no son las únicas que han referido el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, no obstante, se trata de las decisiones más relevantes, por el lugar que tiene el mencionado principio en la adopción de la decisión. Véase, Anexo 1.

futura— son de la mayor relevancia y muestran una tensión jurídica respecto del peso que debe tener la voluntad de los niños y la de los padres al adoptarlas. Por ello, la aplicación de este principio como guía para la protección de los niños y adolescentes genera una tensión en dos niveles. En el primero se encuentran las relaciones entre los niños y los padres y el balance entre la protección de los menores de edad, en el ejercicio de la responsabilidad parental y la protección de la autonomía de los niños y adolescentes dentro de su capacidad relativa. El segundo nivel surge de la relación que tiene el Estado con el primer nivel y los límites de su intervención para permitir o prohibir alguna de esas decisiones, en el cumplimiento de su mandato de garante de los derechos fundamentales de los niños y niñas como sujetos especialmente vulnerables y protegidos.

Es importante resaltar que en el primer nivel se ha dado una evolución determinante en cuanto a la relación y deberes de los padres con los hijos. En un principio, esta relación estuvo delimitada exclusivamente por la patria potestad mientras que, a partir del 2006, el Código de la Infancia y la Adolescencia cambió radicalmente el alcance de este concepto para introducir la *responsabilidad parental*. El artículo 288 del Código Civil define a la patria potestad como "el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone."¹⁵ Por su parte, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que la responsabilidad parental complementa la patria potestad como el deber que tienen los padres de cuidar y acompañar a sus hijos para asegurar la mayor satisfacción de sus derechos.¹⁶

¹⁵ La Sentencia C-1003 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández al resolver una demanda contra el artículo 315 del Código Civil que regula la emancipación judicial dijo: "La patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo. El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores corresponde a los padres, conjuntamente. A falta de uno, la ejercerá el otro. En efecto, la patria potestad sólo pertenece al padre y a la madre, es decir, no rebasa el ámbito de la familia, y se ejerce respecto de todos los hijos, incluyendo a los adoptivos".

¹⁶ Ley 1098 de 2006. Artículo 14. "La responsabilidad parental. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación

Así pues, la introducción de la responsabilidad parental al ámbito de las obligaciones de los padres para sus hijos cambia la noción de los padres como titulares de derechos sobre sus hijos para establecer obligaciones respecto a éstos. La jurisprudencia ha llamado *potestad parental* a esta noción. Esa modificación en las relaciones familiares genera un nuevo paradigma, en el que se da un mayor espacio a la consideración del ejercicio de derechos de los niños desde la capacidad relativa. En otras palabras, este cambio permite dar un lugar diferente a la voluntad de los niños en las cuestiones que les atañen, en tanto velar por la mayor satisfacción de sus derechos necesariamente incluye considerar su participación en las decisiones que los involucren; es decir, dar eficacia al ejercicio de sus derechos a la autonomía y al libre desarrollo de su personalidad, así sea desde una capacidad relativa.

En cuanto al segundo nivel, la jurisprudencia constitucional, al delimitar los deberes y derechos que se derivan de la potestad parental, particularmente en el ámbito de las decisiones sobre intervenciones médicas, también ha tenido en cuenta un principio y una regla adicionales, a saber: (i) el principio de beneficencia, según el cual "el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor"¹⁷ y, en razón de ello, los primeros pueden tomar decisiones por los segundos;¹⁸ y (ii) la regla de cierre

inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos".

La Sentencia C-1003 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández dijo al respecto: "El Código de la Infancia y la Adolescencia, adoptado en Colombia mediante la Ley 1098 de 2006, establece la responsabilidad parental como un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil, consagrándola además como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación, lo que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. El citado código claramente establece, que en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos del menor".

¹⁷ Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸ Sentencia T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño. "El reconocimiento de un determinado grado de autodeterminación a los menores de edad, en proporción a su desarrollo volitivo, entonces,

a favor de la intimidad de los hogares (*in dubio pro familia*) que establece que las decisiones sobre los menores de edad deben ser aquellas adoptadas por la familia.¹⁹ A mi criterio, este principio y esta regla son formas del principio del interés superior de los NNA y su contenido se ha matizado a partir de casos concretos.

Hasta mitad del 2019 la Corte Constitucional había adoptado 25 decisiones²⁰ de tutela y de constitucionalidad, las cuales evidencian el alcance de la autonomía de los menores de edad, particularmente en asuntos relativos a su cuerpo, salud e identidad. Estas providencias muestran que el nivel de participación de los NNA no es homogéneo, sino que depende del asunto tratado y que, correlativamente, existen situaciones en las que su voluntad tiene una mayor prevalencia cuando existen otras en las cuales no tiene ninguna. Por poner un ejemplo, en asuntos de intervención legal y voluntaria del embarazo no existe duda de la regla sobre la plena capacidad de las niñas y adolescentes para adoptar la decisión que les parezca sin la intervención del consentimiento sustituto; mientras que, en asuntos en los cuales se trata de intervenciones médicas para la salud física, la decisión de los menores de edad está sujeta a una capacidad relativa y delimitada por los principios explicados.

Estos precedentes denotan un cambio en el alcance del derecho a la autonomía de los niños, niñas y adolescentes que en un principio no tenían mayor participación en las decisiones que los atañen, principalmente en aquellas sobre su cuerpo en cuestiones medicamente invasivas, para privilegiar un modelo que: (i) exige la participación de los niños y niñas

hace surgir un problema constitucional importante, como es la tensión entre el principio de autonomía, que privilegia las decisiones del menor de edad en capacidad de decidir, y el principio de beneficencia, que permite a los padres tomar determinaciones en nombre de su hijo y con el fin de protegerlo de acciones u omisiones que vulnere su vida y su salud".

¹⁹ Sentencia C-182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: "Igualmente, en el caso de los menores de edad la jurisprudencia ha formulado reglas como la exigencia para los padres del consentimiento informado cualificado y persistente y la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares (*in dubio pro familia*), que en últimas privilegia el ejercicio de la responsabilidad parental y, por lo tanto, también está sujeta a sus límites".

²⁰ Si bien pueden existir otras decisiones, se citan las más relevantes para delimitar los conceptos advertidos.

en el proceso de decisión; (ii) da un mayor o menor valor a sus deseos de conformidad con sus capacidades evolutivas; y (iii) preserva de forma más clara la posibilidad de ejercer su autonomía futura, postergando las decisiones que sea posible posponer. Veamos.

II. Identidad de género e intervenciones de reconfiguración genital

La **Sentencia T-477 de 1995**²¹ fue la primera decisión que abordó asuntos sobre reasignación de sexo e identidad de género en menores de edad. En la providencia se analizó el caso de un niño que sufrió una mutilación genital a los seis meses de edad. Debido a ello, sus padres decidieron realizarle una operación de reasignación al sexo femenino que fue rechazada por el niño años después, pues a pesar de sus genitales femeninos se percibía con la identidad masculina, por ello, reclamó una reconstrucción genital para ese sexo. La Corte protegió los derechos a la identidad, a la dignidad, a la autonomía y a la salud del niño y señaló que "el expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo". Asimismo, precisó que el paciente tenía la posibilidad de decidir y para el caso de niños, niñas y adolescentes se debían tener en cuenta tres aspectos para analizar su consentimiento: (i) la urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor (una reasignación de sexo por mutilación no ostenta el carácter de urgente); (ii) la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño; y (iii) la edad del niño o niña.²²

²¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² Sentencia T-477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero: "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 estos 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. (...)

Posteriormente, la **Sentencia SU-337 de 1999**²³ unificó la jurisprudencia sobre la reasignación genital para niños mayores de cinco años de edad para precisar las reglas de la Sentencia T-477 de 1995. El caso revisado versó sobre una niña diagnosticada con "seudohermafroditismo masculino", que presentaba genitales masculinos poco desarrollados. Cuando su madre solicitó la modificación genital, la niña tenía ocho años de edad, por lo cual, y con fundamento en el precedente anotado, la Corte concluyó que no cabía el consentimiento sustituto y que se debía integrar un equipo interdisciplinario para que apoyara a la niña para establecer el momento en el que gozaría de autonomía suficiente para prestar el consentimiento informado.²⁴ En tal sentido, en la providencia se dijo que: (i) el consentimiento sustituto cabía para casos de niños menores de cinco años de edad siempre que fuera cualificado y persistente; (ii) el grado de autonomía exigido dependía de la naturaleza de la intervención médica, los posibles riesgos y beneficios; y que (iii) siempre se debía ponderar en el caso concreto el principio de autonomía con el de beneficencia, de conformidad con los tres criterios fijados en la Sentencia T-477 de 1995.

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.
(...)

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor".

²³ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ Sentencia SU- 337 de 1999 M.P. "En este caso, como la niña hermafrodita ya ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo, no es legítimo el consentimiento sustituto paterno para que sea operada, pues los riesgos son excesivos, no aparece clara la utilidad de practicar esa cirugía antes de que el propio paciente pueda autorizarla, y la menor ya goza de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida. En esa situación, tanto el principio de beneficencia como el de autonomía ordenan que, en el presente caso, las cirugías deben ser postergadas, puesto que la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares no opera para la menor XX, ya que el juez constitucional no está desplazando a la familia en sus decisiones sanitarias, sino que está potenciando, dentro del hogar, la autonomía del menor, que de todos modos ya debe ser tomada en cuenta. Por ende, la Corte concluye que, en estas situaciones, las cirugías y los tratamientos hormonales deben ser postergados hasta que la propia persona pueda autorizarlos".

Al margen de lo anterior, el Tribunal precisó que "el papel *prima facie* preponderante de los padres en la formación de sus hijos, así como la importancia de la intimidad familiar en el desarrollo del pluralismo, incluso en el campo médico, permiten agregar una especie de elemento de cierre, en los casos controvertidos, la cual equivale a una especie de *in dubio pro familia*, y puede ser formulada así: si el juez tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares, por lo cual los desplazamientos de los padres por autoridades estatales deben ser minimizados". No obstante, dijo que los niños no eran propiedad de sus padres y que el reconocimiento de su autonomía en desarrollo exigía que las decisiones sobre la identidad sexual se debían postergar hasta que los niños pudieran prestar un consentimiento informado, con fundamento en el interés superior de los menores de edad.

Asimismo, la providencia explicó que el concepto de "autonomía" no era equivalente al de "capacidad negocial", esto es, la capacidad de realizar negocios jurídicos, cuyas reglas se encuentran en el Código Civil. Por ello, afirmó que la capacidad de otorgar el consentimiento era un asunto que debía validarse caso a caso y de conformidad con el tipo de intervención sanitaria.²⁵

²⁵ Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero "19-La necesidad misma del consentimiento y su distinta cualificación, según la naturaleza de la intervención médica, se encuentran entonces inevitablemente ligadas al problema del grado de autonomía que deben tener los pacientes para aceptar o rechazar un determinado tratamiento. En efecto, la exigencia de un consentimiento informado presupone que la persona goza de suficiente autodeterminación para comprender su situación y decidir conforme a ese entendimiento. Y, como es natural, si el consentimiento debe ser cualificado en ciertos eventos, entonces, en tales casos, la competencia del paciente para decidir debe ser mayor y aparecer más clara, lo cual muestra que la autonomía de la persona para autorizar o no un tratamiento médico no es un concepto absoluto sino que depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria. La evaluación de la capacidad del paciente deriva entonces de la decisión concreta que éste debe tomar, pues una persona puede ser considerada competente para aceptar unas intervenciones médicas pero carecer de la suficiente autonomía para decidir otros asuntos sanitarios. Por ejemplo, un menor puede gozar de la capacidad necesaria para rechazar su participación en un experimento riesgoso, y que tiene pocos beneficios médicos para él; en cambio, esa misma persona podría ser juzgada incompetente para rechazar un tratamiento, que presenta escasos peligros y es vital para su salud. (...) "La autonomía necesaria para tomar una decisión sanitaria no es entonces una noción idéntica a la capacidad legal que se requiere para

La Corte reiteró este precedente en las **Sentencias T-551 de 1999**,²⁶ **T- 692 de 1999**,²⁷ **T-1390 de 2000**,²⁸ **T-1025 de 2002**,²⁹ **T-1021 de 2003**³⁰ y **T-912 de 2008**,³¹ al permitir en los primeros tres casos el consentimiento sustituto para dos niñas menores de dos años con "hiperplasia suprarrenal" y una más con ambigüedad genital; negar el consentimiento sustituto en los casos cuarto y sexto para impedir que los padres decidieran sobre la modificación genital de dos niños mayores de cinco años diagnosticados con hiperplasia suprarrenal y hermafroditismo verdadero. Finalmente, en el quinto caso vuelve a permitir el consentimiento sustituto con un niño de nueve meses con "hermafroditismo verdadero"; reiterando en todos los casos la necesidad de que tal consentimiento fuese informado, cualificado y persistente.

Cabe resaltar que la Sentencia T-912 de 2008 se refiere específicamente a la tensión entre los principios de autonomía y beneficencia (como interés superior de los niños):

[L]a Corte ha decantado las especificidades que están inmersas en el análisis de la tensión constitucional existente entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia: En asuntos como el que ahora estudia la Corte, el primero privilegia las decisiones del menor de edad en capacidad de decidir, mientras el segundo, permite a los padres tomar determinaciones en nombre de su hijo con el fin de protegerlo de acciones que vulneran su vida y su salud. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que si bien un niño, en algunos casos, puede no tener capacidad suficiente para expresar su voluntad en la realización

adelantar válidamente un negocio jurídico, conforme al derecho civil, o para ejercer el voto, de acuerdo a las disposiciones que regulan el acceso a la ciudadanía. En efecto, una persona puede no ser legalmente capaz, pero sin embargo ser suficientemente autónoma para tomar una opción médica en relación con su salud".

²⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³¹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de procedimientos de salud, en determinadas ocasiones su criterio resulta relevante e ineludible al momento de tomar una decisión que afectará de manera directa su vida futura.

Posteriormente, si bien la **Sentencia T-622 de 2014**³² reiteró las reglas referidas sobre la capacidad relativa de los niños mayores de cinco años, la decisión abordó el concepto de "consentimiento asistido", como el proceso mediante el cual un grupo interdisciplinario apoya a los NNA y a sus los padres para otorgar su consentimiento informado y especificó que, en los casos en los cuales la capacidad evolutiva de los niños fuera suficiente, su decisión primaba sobre la de sus padres. El asunto revisado se refirió a la solicitud de la madre de un niño de 11 años, diagnosticado con ambigüedad sexual e inicialmente registrado como mujer, pero que él afirmaba identificarse como hombre, para que le realizaran un procedimiento de modificación genital al niño, acorde con esa identificación. La Corte concedió el amparo al derecho a la autonomía y ordenó que las evaluaciones psicológicas continuaran a cargo de un grupo interdisciplinario para conseguir el consentimiento informado del niño y sus padres. En la sentencia se resumieron y formularon las siguientes reglas:

- (i) El consentimiento informado es un requisito esencial para la legitimidad constitucional de la práctica de procedimientos médicos;
- (ii) La voluntad de los niños y niñas debe prevalecer sobre el consentimiento de los padres cuando éstos tengan la madurez suficiente; "la autonomía personal prima sobre el principio de beneficencia".
- (iii) En los casos en que procede el consentimiento sustituto, éste debe ser cualificado y persistente mediante un proceso en conjunto con un equipo médico e interdisciplinario;
- (iv) El consentimiento sustituto emitido por los padres o tutores no es absoluto y debe siempre analizarse de conformidad con la capacidad relativa de los menores de edad y en proporción directa con su nivel de desarrollo;

³² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- (v) La capacidad legal y la autonomía para autorizar un tratamiento médico no son equivalentes, un niño de cinco años está en capacidad de adoptar una decisión sobre ciertos tratamientos, particularmente en aquellos de reasignación genital e identidad de género;
- (vi) En los eventos en los que se involucre la identidad de género, la reasignación genital o tratamientos hormonales, las intervenciones invasivas requieren "un apoyo permanente psicoterapéutico y la constitución de un equipo interdisciplinario que incluya no sólo profesionales de la medicina sino también un trabajador social, para acompañar al menor y a sus padres en todo el proceso clínico" para proteger los derechos a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad.

Desde la primera sentencia sobre identidad de género y modificación genital, la Corte Constitucional entendió que en esos casos no procedía el consentimiento sustituto de los padres y que se debía tener en cuenta la autonomía futura de los niños y su voluntad. En tal sentido, esas decisiones modificaron la noción de patria potestad como el ejercicio del consentimiento exclusivo por parte de los padres sobre los asuntos de sus hijos. Esta determinación reconfigura el concepto de la capacidad relativa hacia la procedencia del consentimiento sustituto de los padres, en casos de menores de cinco años, con el acompañamiento de un grupo interdisciplinario; y, después de esa edad, hacia un proceso en el que la voluntad del niño es determinante y se valora de conformidad con sus capacidades evolutivas. No obstante, en este tema particular, se da por entendido que los niños tienen la capacidad de identificar su género desde los cinco años y así, ejercer un grado de autonomía definitivo para su futuro. Lo anterior se traduce en la valoración del derecho a la autonomía de los niños por sobre el principio de beneficencia.

En este aspecto resulta particularmente interesante la valoración de la autonomía futura, toda vez que se entiende que los "derechos" de los padres sobre sus hijos —o la posibilidad de adoptar decisiones con el objetivo de asegurar su bienestar— sólo pueden estar guiados por el principio de su

mejor interés, que se traduce en garantizar la autonomía futura de los NNA, y que en un asunto tan determinante como la identidad de género debe valorar necesariamente su voluntad.³³ Este enfoque matiza la regla de cierre *in dubio pro familia*, para delimitar que la decisión de cierre en la familia debe incluir la participación de los niños en la decisión, de conformidad con sus capacidades evolutivas, por oposición a valorar exclusivamente la determinación de los padres.³⁴ Esa transformación presenta al consentimiento sustituto como un consentimiento asistido que involucra a los niños, pero también apoyos exteriores. La Sentencia T-1025 de 2002 dice al respecto:

En ciertos casos, es pertinente darle prevalencia a la preservación de los derechos fundamentales de los niños a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, mediante la participación de los padres o representantes legales de los infantes mayores de cinco años, en la adopción de la decisión sobre la práctica de la cirugía de asignación de sexo. De modo que, conforme a la evolución de las facultades del menor, se forme un consentimiento asistido, en aquellos eventos en los cuales: (i) exista un acuerdo médico en torno a la alternativa clínica adecuada

³³ Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero. "Los niños no son propiedad de sus padres, sino que tienen una individualidad y dignidad propias, y constituyen una autonomía en desarrollo. Los derechos de los padres sobre sus hijos tienen entonces como único fundamento la protección de los intereses superiores del menor, a fin de que éste logre desarrollarse como persona autónoma. El artículo 18 de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada y ratificada por Colombia, establece que, si bien incumbe "a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño", lo cierto es que "su preocupación fundamental será el interés superior del niño." Por ende, los padres no pueden someter a sus hijos a cirugías y tratamientos riesgosos, de los cuáles no se derive un beneficio directo para la salud del infante, por cuanto tal decisión afecta el interés superior del menor".

³⁴ Sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. "La Corte considera que el consentimiento asistido es procedente, siempre que sea coadyuvado por la expresa voluntad del menor, quien, por ejemplo, entre los 6 y 7 años goza de un cierto grado de discernimiento y de madurez que le permite consentir en una operación de tal magnitud. Sólo en esta medida se protege al menor en su autonomía y en la formación de su propia personalidad, alrededor de los conceptos de soberanía personal y autodeterminación.

Sin embargo, como no todo menor tiene el mismo nivel de juicio para coadyuvar la decisión, es imprescindible que la valoración de su voluntad se haga de una manera inversamente proporcional a la edad de dieciocho años, pero destacando que dicho criterio no es indicador tajante ni exclusivo de madurez".

para el menor; y (ii) siempre que la identidad de género del infante se encuentre marcada o acentuada social y psicológicamente. Esta prevalencia tiene como fundamento la adecuación de las variables de impacto y/o riesgo frente a las de edad y/o madurez.

De otra parte, también debe resaltarse que los criterios y reglas anteriores niegan su aplicación mecánica y siempre exigen un ejercicio de valoración caso a caso y mediado por profesionales de la salud. Aun cuando la evolución de estas reglas entiende que el interés superior de los NNA está delimitado por la garantía de la autonomía futura, por lo cual es necesaria la participación de los niños en las decisiones o se debe asegurar que puedan participar eventualmente en ellas, es necesario plantear una reflexión en dos puntos. Primero, acerca del supuesto del cual parten todos estos casos, esto es, la exigencia de la determinación de la identidad de género y sexual de los niños desde el modelo binario hombre/mujer. Todos los casos parten de que no es posible que un niño, o una persona, tenga una identidad diversa como, por ejemplo, la intersexual, y que su mejor desarrollo o mejor interés está en su definición como hombre o como mujer a partir de la adecuación genital. Este acercamiento, sin duda, debe ser reevaluado, en tanto en cuanto la definición de la identidad sexual es mucho más amplia que la determinación tradicional binaria excluyente.

Segundo, este supuesto es lo que permite el consentimiento sustituto para los niños menores de cinco años. Esa última línea plantea varios problemas puesto que al considerar, aunque no lo plantee así, como urgente la determinación genital binaria excluye al niño de la oportunidad de participar eventualmente sobre una decisión determinante para su identidad y autonomía. Una alternativa sería, en los casos en los cuales sea posible, no permitir ese tipo de intervenciones sino después de los cinco años, momento en el cual es posible la participación de los NNA en la decisión. Esto consideraría de mejor manera su autonomía futura, al darles la oportunidad de participar en un asunto relativo a su identidad de género.

III. Intervenciones médicas invasivas

En el ámbito de las intervenciones médicas invasivas en niños, la Corte se ha pronunciado en cuatro oportunidades, tres decisiones de tutela y una de constitucionalidad. Las primeras tres se refieren a procedimientos médicos necesarios y urgentes para salvaguardar la vida y la salud de los NNA, en las cuales se le ha dado prevalencia a la decisión de los padres sobre la realización de dichos procedimientos, por encima de la voluntad de los menores de edad, y en uno de los casos, inclusive, del ejercicio a la libertad de culto. En estos casos, la prevalencia de la decisión de los padres de nuevo privilegia la autonomía futura como expresión del interés superior del niño. La cuarta decisión aborda la posibilidad de prestar el consentimiento sustituto en casos de intervenciones y procedimientos estéticos y remite a las reglas de consentimiento sustituto conjunto, pero lo determinante es que establece que una prohibición total de prestar consentimiento a este tipo de intervenciones, aun cuando son estéticas, es inconstitucional, por anular la capacidad de decisión de los NNA sobre asuntos relativos a sus cuerpos.

La **Sentencia T-474 de 1996**³⁵ estableció que cabía el consentimiento sustituto de un adolescente de 15 años con cáncer que se negaba a que le realizaran una cirugía de rodilla, por involucrar una transfusión de sangre. El menor de edad era Testigo de Jehová y afirmó que "bajo ninguna circunstancia aceptaría recibir sangre vía endovenosa debido a que la religión que profesa". La Corte concluyó que "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

³⁵ M.P. Fabio Morón Díaz.

tienen el derecho y el deber de participar en ellas". Por ello, afirmó que cabía el consentimiento sustituto cuando la decisión del niño ponía en peligro su vida y adoptar una decisión contrario a esa se fundamentaba en garantizar su bienestar.

Posteriormente, en la **Sentencia T-412 de 2004**³⁶ la Corte determinó que ante la posibilidad de realizar dos cirugías diferentes a un niño de tres años diagnosticado con "hemiparesia mixta", una menos invasiva que la otra, procedía el consentimiento sustituto de los padres para realizar la menos invasiva, aun cuando la orden hubiera sido otorgada por un médico con el cual no tuviera convenio la Administradora del Régimen Subsidiado en Salud (ARS) a la que estaban afiliados. En la providencia enfatizó sobre la importancia de que el paciente y los padres tuvieran toda la información sobre los riesgos, beneficios e implicaciones del procedimiento para poder ejercer el consentimiento sustituto. Así mismo, se privilegió la regla de cierre a favor de la familia para decidir sobre el procedimiento que consideraban el mejor.³⁷

Por su parte, en la **Sentencia T-055 de 2009**³⁸ la Corte fue más clara en determinar que, para el caso de una niña de 14 años de edad que solicitaba la realización de un *bypass* gástrico por sufrir de obesidad mórbida, el proceso decisorio debía ser conjunto, entre los padres y la niña. Así, se sostuvo que la complejidad del procedimiento y los riesgos del mismo exigían la intervención de los padres.³⁹ No obstante, la providencia ordenó

³⁶ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁷ Sentencia T-412 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. "Si bien la determinación de la escogencia del procedimiento médico adecuado compete a los facultativos de la entidad de seguridad social a la que esté inscrito el paciente, esta decisión no es en absoluto incontrolable. Por tratarse de un padecimiento que afecta a un menor de edad en condición de discapacidad, y que puede acarrear importantes consecuencias en la vida del niño, la información que se debía dar a la madre debía ser la más completa, y la Corte no entra a decidir sobre cuál sea el mejor procedimiento, esto les corresponde a los padres del infante, en ejercicio del derecho a la autonomía personal, de la cual se deriva el consentimiento sustituto informado y calificado".

³⁸ M.P. Jaime Araujo Rentería.

³⁹ Sentencia T-055 de 2009 M.P. Jaime Araujo Rentería. "Dada la complejidad y peligrosidad del procedimiento denominado *bypass* gástrico, esta Corte —como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia— ha exigido que, para que éste se practique, debe existir consentimiento

que se conformara un grupo interdisciplinario para que se le diera toda la información necesaria a la niña para que junto con sus padres dieran el consentimiento informado.

Finalmente, en la **Sentencia C-246 de 2017**⁴⁰ el Tribunal Constitucional determinó que la prohibición de procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de 18 años⁴¹ no violaba los derechos a la intimidad ni a la autodeterminación bajo el entendido de que "la prohibición allí prevista no se aplica a los adolescentes mayores de 14 años que tengan la capacidad evolutiva, para participar con quienes tienen la patria potestad en la decisión acerca de los riesgos que se asumen con este tipo de procedimientos y en cumplimiento del consentimiento informado y cualificado". La mayoría de la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que si bien la norma perseguía fines constitucionales y, por lo tanto legítimos, como la protección de los niños, niñas y adolescentes, era desproporcionado prohibirles a los mayores de 14 años de edad participar en decisiones sobre su cuerpo, en conjunto con sus padres o tutores, cuando su capacidad evolutiva lo permitiera, por sacrificar de forma indebida su derecho a la intimidad.

Asimismo, la providencia reiteró la regla de que a mayor capacidad, los menores de edad tienen mayor posibilidad de disponer de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, "pero siempre guiada por la salvaguarda de su mejor interés y en concordancia con el ejercicio de la patria potestad y la responsabilidad parental". En tal sentido, se dijo que la posibilidad de otorgar el consentimiento sustituto debía tener en cuenta: "(i) la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses [los de los niños]; (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la

informado por parte del paciente que se va a someter él. En el presente caso, teniendo en cuenta que quien va a recibir la operación es una menor de edad, dicho requisito de consentimiento informado requiere la intervención de los padres de la menor en el proceso de toma de decisión; consentimiento supletivo de los adultos que se encuentran a cargo de la paciente que es una niña".

⁴⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴¹ Ley 1799 de 2016. Artículos 3o. y 5o.

autonomía actual y futura del menor de edad; y (iii) su edad". No obstante, reconoció que el consentimiento sustituto no se construye como la decisión exclusiva de los padres o tutores, sino que, dependiendo del caso concreto, la voluntad de los NNA debe tener mayor o menor peso en el marco del consentimiento cualificado, informado y persistente. De igual forma, precisó que la regla de cierre a favor de las familias, como una expresión de la responsabilidad parental, debía tener en cuenta la opinión de los menores de edad.⁴²

Cabe resaltar que la providencia determinó que la intervención estatal de prohibir completamente la posibilidad de decidir sobre la realización de intervenciones quirúrgicas estéticas, configuraba un paternalismo de género en la medida en que el impacto de la prohibición recaía de forma desproporcionada sobre las niñas. Esto, por tratarse de procedimientos que, en general, y por motivos sociales y culturales se realizan las mujeres por el deseo de modificar el cuerpo —por ejemplo, el incremento de los senos, las liposucciones y las operaciones de nariz— que proviene de imposiciones sobre la idea de belleza al que deben ajustarse las mujeres. La providencia reconoció que los procedimientos implicaban riesgos; explicó, no obstante, que el mecanismo mediante el cual debían modificarse los estereotipos de género negativos de los cuales surge ese fenómeno no podía anular la voluntad de las adolescentes, sino

⁴² Sentencia C-246 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. "De este modo, en algunos casos la figura ha sido abordada desde la construcción de un consentimiento conjunto, en otros ha prevalecido la autonomía del menor de edad y en otros ha prevalecido la determinación de los padres en ejercicio de su responsabilidad parental. En este sentido, la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad y comprende la obligación de orientación, cuidado y acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes en formación e implica la responsabilidad de los padres de garantizar sus derechos. Esto comprende la facultad de tomar decisiones por sus hijos con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos. (...) En suma, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, las niñas y los adolescentes en el ámbito de las intervenciones sanitarias no es absoluto, pero tampoco lo es la regla del consentimiento sustituto. (...)

La decisión acerca de acceder o no a una intervención en el ámbito de la salud debe en principio tomar en cuenta la capacidad del menor de edad, siempre debe escucharse, pero la decisión final sobre el acceso o no a la intervención sanitaria depende de si se demuestra la capacidad para tomar o participar de la decisión frente a lo cual, en caso de no ser así, prima la decisión de los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental."

que el Estado debía utilizar herramientas alternativas para prevenirlos, como la educación e información.

Las anteriores decisiones muestran cómo, incluso bajo la consideración de escuchar la opinión de los adolescentes involucrados en las decisiones, no siempre su voluntad va a prevalecer, cuando ésta vaya en contravía de la maximización de la protección de su bienestar y autonomía futura. Es decir, la evolución del contenido del interés superior de los niños no supone la prevalencia de sus decisiones, sino su participación en las mismas. Más allá, el último de los precedentes establece la regla de la imposibilidad de imponer prohibiciones que desconozcan completamente la participación y adopción de decisiones definitivas por parte de NNA y la construcción del consentimiento sustituto como un proceso conjunto, mediado por los riesgos o beneficios en cada caso concreto.

1. Esterilizaciones de niñas y adolescentes⁴³

Los casos revisados por la Corte Constitucional sobre esterilizaciones a niñas menores de edad tienen dos complejidades adicionales en relación con el ejercicio de la autonomía y la tensión respecto al ejercicio de la potestad parental en el marco del mayor beneficio para los niños, niñas y adolescentes. Primero, en general, estas solicitudes, en la revisión de casos concretos, se refieren a niñas en situación de discapacidad mental y, segundo, contienen una marcada dimensión de género, toda vez que siempre se trata del ejercicio del consentimiento sustituto en la esterilización de niñas. Esta realidad requería que los casos se hubieran abordado desde una perspectiva de género. Sin embargo, la Corte en ninguno de éstos menciona este enfoque como un elemento determinante o relevante para adoptar las decisiones. Al margen de lo anterior, las sentencias más tempranas parten de admitir el consentimiento sustituto cuando se tuviera

⁴³ Las sentencias reseñadas sólo reflejan las decisiones que abordan casos de niñas menores de edad, por ello existen otras decisiones que tratan casos de esterilización en mujeres en situación de discapacidad mental que no se citan en este acápite.

una autorización judicial que evidenciara la imposibilidad de otorgar el consentimiento en un futuro. Aun cuando tal determinación parte de la prevalencia de la autonomía futura, las decisiones posteriores han revaluado esa determinación para establecer que, incluso en casos de mujeres mayores de edad, no es posible otorgar el consentimiento sustituto para permitir la esterilización de mujeres en situación de discapacidad mental. Ese razonamiento se fundamenta en el modelo social de discapacidad y en que, en la mayoría de los casos de discapacidad mental, si no es que en todos, es posible otorgar el consentimiento de conformidad con apoyos y ajustes razonables.

En este tema, la Corte Constitucional ha proferido siete providencias de tutela que abordan el consentimiento sustituto de niñas y adolescentes para su esterilización y dos sentencias de constitucionalidad que revisaron disposiciones sobre la prohibición de la esterilización de menores de edad.

La **Sentencia T-248 de 2003**⁴⁴ estableció que no era posible ejercer el consentimiento sustituto en el caso de una niña diagnosticada con epilepsia, retardo mental y trastorno del déficit de atención, a quien su psiquiatra tratante le había ordenado la realización de una ligadura de trompas. En la decisión se enfatizó el deber de proteger la autonomía personal y la necesidad de obtener una autorización judicial para realizar la intervención quirúrgica, que debía demostrar que la paciente "tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones". Asimismo, indicó que el consentimiento sustituto era posible, en aquellos casos en los cuales: (i) existiera una razón médica; y (ii) estuviera demostrado que la persona "no alcanzar[ía] el grado de autonomía que le permita comprender y dar o no su consentimiento para una intervención quirúrgica". También dijo que "ante la duda sobre la capacidad de otorgar un consentimiento futuro, deb[ía] asumirse que tal posibilidad exist[ía]".

⁴⁴ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

El Tribunal Constitucional reiteró las anteriores reglas en la **Sentencia T-1019 de 2006**,⁴⁵ en la cual determinó que para que procediera el consentimiento sustituto para esterilizar a una niña diagnosticada con retraso moderado y secuelas de parálisis cerebral debía existir una autorización judicial que estableciera la imposibilidad de prestar el consentimiento futuro. Sin embargo, la providencia precisó que:

[...] en el caso de los menores de edad, y de las personas discapacitadas mentalmente, o incluso en aquellos casos en donde estos dos factores confluyen en una misma persona, el consentimiento sustituto surge como un criterio fundamental para garantizar la efectiva protección del derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de quien no está en capacidad para decir de manera autónoma de qué manera podrá proteger tales derechos. En el caso de los menores de edad que como en este caso tienen igualmente una limitación mental, los padres, así como los representantes legales de los incapaces, pueden autorizar los procedimientos o tratamientos médicos que se requieran.

A su vez, la *ratio decidendi* de esta providencia fue reiterada en la **Sentencia T-560A de 2007**⁴⁶ que abordó una situación similar.

Posteriormente, en la **Sentencia C-131 de 2014**⁴⁷ se declaró que la prohibición de esterilización de menores de edad, contenida en el artículo 7o. de la Ley 1412 de 2010, respetaba los derechos a la autonomía

⁴⁵ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁶ M.P. Rodrigo Escobar Gil. El caso que decidió la Corte se refiere a una niña de 14 años de edad diagnosticada con "retardo mental moderado y profundo", al que el médico tratante le ordenó la realización de una ligadura de trompas. La EPS se negó a realizar dicho procedimiento hasta que no se tuviera la autorización judicial. No obstante, la madre solicitó se ordenara la autorización de la cirugía. La Corte revocó la decisión de instancia que concedió el amparo por encontrar que, en efecto, no existía la autorización judicial requerida. "Para la Corte es claro que si bien algunas decisiones acerca de la vida de los menores de edad pueden ser adoptadas por sus padres, como consecuencia de su falta de capacidad de ejercicio y del desarrollo de la patria potestad, dichas figuras propias del derecho civil no resultan trasladables por completo al campo del derecho constitucional, en particular en lo referente a las intervenciones médicas a las cuales debe someterse una persona, especialmente, cuando las mismas tienen un alto impacto en la definición de la personalidad del individuo, como ocurre, por lo general, con los denominados procedimientos invasivos."

⁴⁷ M.P. Mauricio González Cuervo.

de los niños, niñas y adolescentes al posponer la decisión de éstos para cuando tuvieran plena capacidad, lo cual no violaba la capacidad relativa de los niños entre 14 y 18 años, como lo alegaba la demanda. Sin embargo, aclaró que el consentimiento sustituto procedía: (i) en casos de riesgo para la vida, con certificación médica de tal riesgo; y (ii) cuando se tratara de niños en situación de discapacidad mental profunda y severa, con autorización judicial que determinara la imposibilidad de consentir en el futuro. El razonamiento se enfocó en el carácter definitivo de la intervención y en que la decisión interfería con la posibilidad de procrear y fundar una familia biológica. Por ello, consideró que aun cuando se trataba de una medida proteccionista, el interés que perseguía la prohibición era válido e importante constitucionalmente, en razón de la protección a la posibilidad de fundar una familia biológica. Así, explicó que la edad era un criterio adecuado para establecer el momento en el cual era posible tomar una decisión de tal trascendencia. La decisión señaló las siguientes conclusiones y reglas sobre la tensión entre la capacidad jurídica y el derecho a la autonomía de los NNA:

1) La institución de la capacidad jurídica busca permitir el desarrollo de las personas en el marco de las relaciones que surgen de la sociedad. Es también un instrumento de protección de sujetos que, por varias razones, como la edad, no están en condición de asumir determinadas obligaciones.

2) En términos generales, la regla es la de presumir la incapacidad del menor de edad.

3) La capacidad se encuentra estrechamente relacionada con el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad:

--- A menor edad y mayor implicación de la decisión en relación con el goce efectivo de los derechos fundamentales, se presume la incapacidad total o relativa del menor, por lo cual mayor será la intensidad de las medidas de protección restrictivas de sus libertades. Ej/ Temas de salud que impliquen un riesgo para la vida o integridad para los menores de edad.

--- Cuando se trata de menores adultos o púberes, se hace necesario armonizar el goce efectivo de sus derechos y el respeto por su libertad de autodeterminación. (...) En estos eventos, se prefieren las medidas que de modo indirecto busquen desincentivar determinada conducta sin imponer de manera coactiva un modelo ideal, especialmente cuando el menor es consciente de los efectos que su comportamiento implica para su vida.

4) Los menores adultos tienen capacidad relativa para contraer matrimonio o de conformar uniones maritales de hecho y, por ende, de tomar decisiones sobre si tener o no hijos, siendo esta expresión del libre desarrollo de la personalidad.

5) Se constata una tendencia a proteger la decisión que mejor preserve la integridad de las condiciones físicas necesarias para que la persona que aún no cuenta con la autonomía suficiente para tomar decisiones sobre su propia vida y salud, pueda decidir cómo va a ejercer dicha libertad en el futuro. Es lo que la jurisprudencia ha denominado como protección mediante la figura del consentimiento orientado hacia el futuro.

La **Sentencia T-740 de 2014**⁴⁸ es particularmente relevante, pues, a pesar de reiterar la jurisprudencia precedente cualifica aún más las reglas referidas. La providencia determinó que el consentimiento sustituto no procedía para la esterilización de una niña de doce años declarada interdicta y a quien el médico tratante le había ordenado el procedimiento de ligadura de trompas de Falopio. De este modo, la Corte consideró que la interdicción no era suficiente como autorización judicial para realizar el procedimiento y que debía darse un proceso específico para analizar si la niña tendría o no autonomía futura para adoptar la decisión. Asimismo, dijo que en ningún caso era posible admitir la esterilización de niñas menores de 14 años, en virtud de la ley y la jurisprudencia.⁴⁹

⁴⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁹ Sentencia T-740 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. "(i) Si existe un riesgo a la vida de la paciente como consecuencia del embarazo y la imposibilidad de evitarlo eficazmente por otros

No obstante, el razonamiento fue más allá, y con fundamento en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, precisó las obligaciones del Estado de reconocer "la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones". En la sentencia se afirmó lo siguiente:

(i) existe un mandato internacional según el cual se deben adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, para lo cual se deben utilizar todas las herramientas de apoyo para emitir las (modelo de apoyo a la toma de decisiones), incluida la toma de decisiones en los procedimientos como el de esterilización quirúrgica;

(ii) la esterilización puede constituir un acto que vulnera los derechos de las mujeres y niñas en situación de discapacidad, cuandoquiera que, arguyendo razones de salud o consentimiento sustituto de terceras personas, no se consulte su consentimiento;

medios, se preferirá salvaguardar la vida e integridad de la menor en condición de discapacidad siempre que esta, de manera reflexiva y consiente, no decida lo contrario.

Esta subregla presupone los siguientes requisitos: (i) que la decisión sea consentida por la menor; (ii) que un grupo interdisciplinario certifique que la misma conoce y comprende las consecuencias de la intervención quirúrgica; (iii) que exista un concepto médico interdisciplinario que establezca que la operación es imprescindible para proteger su vida porque no exista otra alternativa; y (iv) que, en todo caso, se otorgue autorización judicial para garantizar el respeto de los derechos del menor, con especial énfasis en determinar la posibilidad para consentir o no el procedimiento médico. (...)

(ii) la circunstancia de discapacidad severa o profunda en la que puede presentarse la situación de inexistencia de capacidad para emitir consentimiento futuro, caso en el que parte de la jurisprudencia constitucional ha considerado que no se atenta contra el derecho a la autonomía del menor porque este no la puede ejercer, dado que el menor no comprende las implicaciones de la operación ni el significado de la maternidad o paternidad.

En este caso la intervención quirúrgica se ha estimado procedente bajo el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que la solicitud sea presentada por ambos padres —titulares de la patria potestad—; (ii) que exista certificación médica interdisciplinaria en la que conste que existe un grado profundo y severo de discapacidad; y (iii) que se autorice el procedimiento por el juez competente, quien en cada caso tomará la decisión que mejor salvaguarde los derechos del menor evaluando (i) y (ii). (...)

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que la sentencia C-131 de 2014 precisó que la posibilidad de realizar el procedimiento de esterilización no incluye a los niños en situación de discapacidad menores de 14 años, debido a que, antes de esta edad, se presume que ellos no han alcanzado la madurez biológica suficiente para someterse a este tipo de procedimientos".

(iii) la esterilización quirúrgica que prescinde del consentimiento informado, puede no resultar en mecanismo de protección, sino en un factor de vulnerabilidad frente a situaciones tales como el abuso sexual; y

(iv) el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, así como otorgar todos los apoyos necesarios para poder emitirlos.

Este acercamiento resulta particularmente relevante, pues está ligado a los conceptos de capacidad jurídica, y contribuye a la línea jurisprudencial vigente que desmitifica la concepción de que las personas en situación de discapacidad mental no tienen capacidad para decidir sobre sus asuntos.

Por su parte, la **Sentencia C-182 de 2016**⁵⁰ declaró la constitucionalidad del artículo 60. (parcial) de la Ley 1410 de 2010, que permite la esterilización de personas en situación de discapacidad cuando existe autorización judicial y con el consentimiento sustituto del representante legal, al considerarlo una regla de excepción sujeta a unos requisitos.⁵¹ En consecuencia, la providencia condicionó la constitucionalidad

⁵⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵¹ Sentencia C-182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado "Excepcionalmente, la jurisprudencia constitucional ha admitido el consentimiento sustituto en situaciones de emergencias médicas, para los menores de edad —en concordancia con los principios sobre las capacidades evolutivas de los niños y su mejor interés— y en situaciones donde la persona ha sido declarada en interdicción o inhabilitada, en este último caso el consentimiento sustituto sólo aplica para los asuntos por los que la persona fue inhabilitada. Así, la jurisprudencia constitucional ha determinado que los requisitos de la interdicción y la autorización judicial específica para la esterilización quirúrgica de personas en situación de discapacidad mental mediante el consentimiento sustituto son ajustados a la Constitución.

De acuerdo con este marco constitucional, la norma no viola los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a conformar una familia y a ejercer la capacidad jurídica cuando admite el consentimiento sustituto en la esterilización de personas en situación de discapacidad como una excepción sujeta a dos requisitos: la declaratoria de interdicción y una autorización judicial autónoma. Lo anterior, siempre que se trate de una medida de carácter excepcional, que ha consultado otras alternativas menos invasivas y bajo la verificación de unos requisitos específicos en la autorización judicial: la imposibilidad del consentimiento futuro y la necesidad médica".

de la norma en el entendido de que "la autonomía reproductiva se garantiza a las personas declaradas en interdicción por demencia profunda y severa y que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada una vez se hayan prestado todos los apoyos para que lo haga".

Sobre el ejercicio de la autonomía de los niños y niñas, específicamente, la sentencia explicó que el consentimiento sustituto no se construía como la decisión de los padres o representantes legales, sino que se debía tener en cuenta la opinión de los menores de edad y, dependiendo de los factores analizados, se debería dar un peso proporcional a su voluntad de conformidad con sus capacidades evolutivas.⁵² Es decir, reiteró la línea jurisprudencial reseñada sobre la exigencia de que los NNA participen de las decisiones sobre su cuerpo que involucran la autonomía futura.

La *ratio decidendi* de esta providencia fue reiterada en las **Sentencias T-303 de 2016**⁵³ y **T-573 de 2016**,⁵⁴ en las cuales se negó la posibilidad del consentimiento sustituto para los casos de esterilización de niñas menores de edad en situación de discapacidad que no estaban en los supuestos excepcionales admitidos. Sin embargo, la última decisión se apartó de la sentencia de constitucionalidad reseñada y dijo que, en estos

⁵² Sentencia C-182 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. "Para el caso de los menores de edad, el consentimiento sustituto no se construye como la decisión del padre o del representante legal, sino que, dependiendo de los factores, se otorga un mayor o menor peso a la posición del menor de edad. De esta forma, en algunos casos la figura ha sido abordada desde la construcción de un consentimiento conjunto entre la opinión del menor de edad y sus padres, en otros ha prevalecido la autonomía del niño y en otros la de los padres en ejercicio de su responsabilidad parental, como aquella facultad bajo la cual al ser éstos quienes están a cargo de la protección y garantía de los derechos de sus hijos, están en una posición de decidir sobre la dirección en la que esto pueda concretarse. No obstante, lo anterior, la opinión del menor de edad siempre debe ser tenida en cuenta. Igualmente, en el caso de los menores de edad la jurisprudencia ha formulado reglas como la exigencia para los padres del consentimiento informado cualificado y persistente y la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares (*in dubio pro familia*), que en últimas privilegia el ejercicio de la responsabilidad parental y, por lo tanto, también está sujeta a sus límites".

⁵³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chlajub.

⁵⁴ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

casos, se debía dar plena aplicación a la Convención sobre los Derechos de las personas Discapacitadas de Naciones Unidas. En tal sentido, siempre se debía presumir la capacidad y en ningún caso se podía permitir el consentimiento sustituto.⁵⁵ Por su parte, la **Sentencia T-690 de 2016**⁵⁶ reiteró las dos decisiones anteriores en diferentes aspectos. Por una parte, adoptó órdenes para preservar el ejercicio de los derechos reproductivos de la niña de 16 años en situación de discapacidad mental involucrada en el caso, pero por otra, declaró improcedente el amparo, por considerar que la vía para reclamar la esterilización no era la tutela, por requerirse una autorización judicial.

De lo anterior se deduce que la Corte ha avanzado gradualmente en sus decisiones hacia la última posición que otorga un pleno valor al ejercicio del derecho a la autonomía futura de NNA en situación de discapacidad mental. De este modo, en un primer momento, la jurisprudencia constitucional permitió el ejercicio del consentimiento sustituto bajo la condición de la autorización judicial en los casos mencionados. En un segundo momento, permitió el consentimiento sustituto para la esterilización de mujeres en situación de discapacidad mental, sólo en casos excepcionales y ante una serie de requisitos que imponían barreras importantes para el ejercicio anterior. Y, finalmente, ha adoptado una posición de prohibición absoluta del consentimiento sustituto. Sin embargo, esta última posición se da en sentencias de tutela que desconocen el segundo momento que fijó esas reglas mediante una sentencia de constitucionalidad. Esto es relevante en la medida en que las decisiones

⁵⁵ Sentencia T-573 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. "La Sala entiende que ninguna circunstancia habilita la adopción de decisiones que incumben a las personas en situación de discapacidad por vía del consentimiento sustituto, y que, en todo caso, debe presumirse su capacidad jurídica para tomar decisiones de forma libre y autónoma, mediante los apoyos, ajustes razonables y salvaguardas que el Estado debe facilitarles para el efecto.

En consecuencia, en aquellos casos en los que la persona no logre manifestar su voluntad sobre la posibilidad de que se le practique un procedimiento de esterilización, una vez se le hayan otorgado todos los apoyos y salvaguardias para que lo haga, el procedimiento no debería practicarse. Reivindicando en ese sentido el principio "Nada sobre nosotros sin nosotros" que inspiró la incorporación del modelo social de la discapacidad".

⁵⁶ M.P. Alberto Rojas Ríos.

de constitucionalidad tienen un carácter de cosa juzgada con efectos *erga omnes*, mientras que las decisiones de tutela sólo son aplicables a los casos concretos, a menos que, mediante una línea jurisprudencial sostenida configuren jurisprudencia en vigor, lo cual hasta el momento no ha sucedido. En tal sentido, puede afirmarse que no es claro el valor como precedente vinculante de la última posición y que las decisiones que la contienen desconocen la cosa juzgada de la Sentencia C-182 de 2016.

2. Interrupción legal y voluntaria del embarazo

En todos los casos que involucran decisiones vitales sobre la autonomía futura de los NNA, el caso de la interrupción voluntaria y legal del embarazo es la más radical, al permitir, sin matices, que las niñas ejerzan su plena autonomía para decidir sobre la continuación del embarazo y sin mediar grupos interdisciplinarios que contribuyan a proveer información y analicen las capacidades evolutivas para adoptar la decisión.

La **Sentencia C-355 de 2006**⁵⁷ despenalizó el aborto en tres circunstancias y siempre bajo la condición de la voluntad de la mujer: "(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto". En lo relevante, la decisión determinó que el artículo 123 del Código Penal que criminalizaba el aborto sin consentimiento realizado en niñas menores de 14 años era inconstitucional al "despoj[ar] de relevancia jurídica el consentimiento del menor" y, por lo tanto, violaba los derechos al libre desarrollo de la personalidad, autonomía y dignidad de las niñas, al anularlos totalmente.

⁵⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

Adicionalmente, indicó que el Legislador podía reglamentar la representación, curatela o tutela de las niñas pero sin "menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años de edad".

Al adoptar la anterior decisión, la Corte precisó que puesto que la jurisprudencia constitucional había establecido que la edad no podía ser un criterio absoluto al establecer la autonomía para autorizar tratamientos médicos invasivos, tampoco lo podía ser en este caso. Por lo tanto, esta sentencia inaugura una línea jurisprudencial que determina la regla de que las niñas y adolescentes tienen plena capacidad para decidir sobre la interrupción legal del embarazo y su autonomía no está mediada por el consentimiento sustituto.⁵⁸

Sobre la línea jurisprudencial que inaugura esta providencia cabe resaltar dos decisiones. La primera se refiere a la **Sentencia T-388 de 2009**,⁵⁹ en la cual, al resolver un caso sobre interrupción voluntaria del embarazo de una menor de edad, se enfatizó que estaba prohibido imponer barreras adicionales u obstáculos para acceder a la provisión de una interrupción voluntaria del embarazo más allá de lo previsto en la Sentencia C-355 de 2006, y señaló como una barrera inadmisibles "impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción".

La segunda es la **Sentencia C-246 de 2017**,⁶⁰ ya reseñada, en la cual el Tribunal Constitucional estableció que la prohibición de realizar operaciones estéticas para niñas y niños menores de edad era inconstitucional, por anular la posibilidad de otorgar el consentimiento sobre cuestiones

⁵⁸ Las Sentencias que hacen parte de esta línea son: T-209 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-388 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-585 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-841 de 2011 Humberto Antonio Sierra Porto, T-627 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y T-697 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

relativas a asuntos íntimos como el cuerpo y se trataba de una medida paternalista de género, toda vez que la medida tenía un impacto desproporcionado en las niñas. Aun cuando lo dicho en este aspecto no hace parte de la *ratio decidendi* de la providencia, en relación con la autonomía reproductiva se dijo que:

[...] los menores de edad tienen plena autonomía para decidir de manera libre y voluntaria sobre la interrupción de un embarazo en los casos permitidos en el ordenamiento. En ese sentido, la autonomía reproductiva debe entenderse dentro de la protección reforzada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes contemplada en el artículo 44 de la Carta. Así, solo se necesita de la voluntad de la niña para practicarse la interrupción voluntaria del embarazo, lo que requiere, como lo ha explicado la jurisprudencia, que la menor de edad reciba información de manera clara, transparente y atendiendo sus capacidades sobre los riesgos que podrían presentarse en la salud si accede al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, los procedimientos más apropiados para llevarla a cabo y las obligaciones de acceso y servicio en cabeza del Estado, entre otros elementos.

Como ya lo he advertido, esta línea jurisprudencial es la que da mayor prevalencia a la decisión de las niñas en relación con su proyecto vital y, por ello, permite su ejercicio pleno del derecho a la autonomía sin interferencias ni condicionamientos.

3. Eutanasia

La Corte Constitucional ha abordado en dos sentencias la posibilidad de la eutanasia en niños. En el primero de los casos, la **Sentencia T-544 de 2017**,⁶¹ que involucraba a un niño de 13 años diagnosticado con parálisis cerebral severa desde su nacimiento y con patologías adicionales (entre otras, un retraso mental severo con problemas de comunicación),

⁶¹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

se determinó una carencia actual de objeto, en la medida en que el niño había fallecido para el momento en que se resolvió la tutela. Al margen de lo anterior, la Corte se pronunció sobre el fondo del asunto para determinar la violación del derecho de petición presentado debido a las graves complicaciones de salud que el niño padecía, cuando la Empresa Prestadora de Salud (EPS), a la cual estaba afiliado éste, no respondió la solicitud de los padres de aplicar el protocolo⁶² para ejercer el derecho a la muerte digna. En la providencia, el Tribunal reiteró su jurisprudencia sobre el derecho a morir dignamente y la viabilidad del consentimiento informado en esos casos⁶³ y dijo explícitamente que los menores de edad también eran titulares de este derecho. En cuanto a los requisitos para ejercer el consentimiento sustituto reiteró las reglas sentadas en la Sentencia C-246 de 2017 y precisó que, por una parte, éste podía ser otorgado por los NNA de conformidad con sus capacidades evolutivas y, por otra, que en casos de no existir la anterior posibilidad, los padres podían ejercer el consentimiento sustituto.

Cabe resaltar que la decisión también reiteró las reglas contenidas en la **Sentencia T-510 de 2003**⁶⁴ sobre el entendimiento que debía dársele

⁶² Resolución 1216 de 2015 del Ministerio de Salud.

⁶³ Sentencia T-970 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. "La Sala Novena de Revisión estableció los requisitos para la viabilidad del procedimiento de eutanasia: En primer lugar, el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores, el cual implica, de un lado, la calificación de la enfermedad por un especialista, es decir que medie un concepto médico en relación con el carácter terminal de la enfermedad y, por otra parte, la consideración del paciente en relación con los intensos dolores y sufrimientos que provoca la enfermedad, y la incompatibilidad de estos con su dignidad [...]

En segundo lugar, el consentimiento libre, informado e inequívoco. En relación con el carácter libre este pretende que el ejercicio del derecho a la muerte digna sea consecuencia de la decisión voluntaria, genuina y despojada de injerencias o presiones de terceros, el carácter informado busca que la persona enferma conozca toda la información relevante para la toma de la decisión y el carácter inequívoco pretende asegurar el carácter definitivo de la decisión del paciente.

En relación con el consentimiento además de la cualificación descrita se precisó que, de acuerdo con el momento en el que se exprese, puede ser previo o posterior. El consentimiento previo se emite antes de padecer la enfermedad terminal y el posterior cuando la voluntad de ejercer el derecho a la muerte digna se manifieste luego de ocurrido el suceso patológico. Asimismo, se previó el consentimiento sustituto, el cual procede en los eventos en los que el paciente que sufre la enfermedad terminal se encuentra en imposibilidad fáctica para manifestar su voluntad. En estos eventos, la familia podrá sustituir el consentimiento y se llevará a cabo el mismo procedimiento, pero el comité interdisciplinario deberá ser más estricto en el cumplimiento de los requisitos".

⁶⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Esta providencia es una sentencia hito sobre las reglas para entender el principio del interés superior del menor en un caso de adopción.

al interés superior de los niños. Esa providencia dispuso que el mencionado principio involucraba criterios de decisión generales que imponía para los jueces lo siguiente:

- (i) Garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes;
- (ii) Asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos;
- (iii) Protegerlos de riesgos prohibidos;
- (iv) Equilibrar sus derechos y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que, si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y adolescentes;
- (v) Garantizar un ambiente familiar apto para su desarrollo;
- (vi) Justificar claramente la intervención del Estado en las relaciones familiares; y
- (vii) Evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados.

De otra parte, la decisión adoptó órdenes complejas para que se investigara la negligencia en la aplicación de la Resolución vigente sobre el procedimiento de solicitud para ejercer el derecho a morir dignamente, se elaborara una sugerencia de protocolo para ejercer este derecho para los NNA y se presentara un proyecto de ley al Congreso de la República para que se reglamentara el derecho a morir dignamente, entre otras.⁶⁵

⁶⁵ La Sentencia T-721 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo resumió las órdenes adoptadas en la Sentencia T-544 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado de la siguiente manera: "la Corte ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud adelantar las investigaciones a que haya lugar frente a las conductas asumidas por la E.P.S. Salud; al Ministerio de Salud y Protección Social, para

El segundo de los casos, resuelto en la **Sentencia T-721 de 2017**,⁶⁶ se trataba de una niña de dos años con epilepsia quien, después de una cirugía para tratar el anterior padecimiento, quedó en situación de discapacidad severa. Como consecuencia de eso, la madre inició un procedimiento de declaratoria de interdicción en el que se le señaló como curadora principal. En razón a los múltiples padecimientos de la niña y su imposibilidad de mejoría, los padres solicitaron la aplicación de la eutanasia. La niña murió antes de que se profiriera el fallo; no obstante, como en el caso anterior, la Corte se pronunció sobre fondo del asunto y declaró la violación de los derechos de petición y a morir dignamente, por considerar que la EPS había fallado en el trámite de la aplicación del protocolo para el procedimiento eutanásico, que debía responder a los principios de celeridad y oportunidad respecto a la peticiones. La providencia reiteró dicha sentencia sobre las reglas del consentimiento y el derecho a morir dignamente, así como su titularidad para los NNA. Más allá de eso, también retomó lo dicho sobre el consentimiento de los menores de edad y la necesidad de regular el derecho a la muerte digna de estos sujetos desde un enfoque diferencial, debido a que esa ausencia normativa había configurado, en ambos casos, un mayor sufrimiento para los pacientes.⁶⁷

que en 4 meses disponga lo necesario para que los prestadores del servicio de salud cuenten con Comités Interdisciplinario similares a los reglamentados en la Resolución 1216 de 2015, para garantizar el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes; sugerir un protocolo médico a discutirse por expertos de diferentes disciplinas que sirva como referente para la realización de los procedimientos tendientes a garantizar el derecho en comento; presente un proyecto de ley, dentro del año siguiente a la expedición de la providencia, que proponga la regulación del derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y niños, niñas y adolescentes. Se reitera el exhorto al Congreso de la República, para que en 2 años emita la regulación del derecho a morir dignamente, considerando lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional y se invita a la Defensoría del Pueblo, para que dé a conocer el contenido de la providencia y el cumplimiento de las órdenes impartidas, con el fin de generar conciencia de derechos, agencia ciudadana y debate público".

⁶⁶ M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁶⁷ Sentencia T-721 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. "En segundo lugar, la Corte encontró violentado el derecho a la muerte digna del menor Francisco, por la desidia de la EPS, aunada a la falta de reglamentación de esta materia en el caso de estos sujetos de especial protección, que impidieron corroborar si se cumplían los requisitos determinados para llevar a cabo el procedimiento de eutanasia. Sobre este particular la Corte dijo que: "es necesario precisar que el derecho a la muerte digna no solo comprende el acto médico de eutanasia sino que para su efectividad abarca también el trámite oportuno y expedito de las solicitudes elevadas por los pacientes dirigidas a obtener la

Aun cuando la jurisprudencia sobre el derecho a morir dignamente de los NNA es poca, las decisiones que hay también valoran el interés superior de los menores de edad y la posibilidad de que los padres adopten decisiones definitivas, en casos extremos, mediante el consentimiento sustituto. No obstante, esa determinación no quiere decir que la voluntad de los niños se haya anulado, sino que en esos casos concretos, los niños no tenían la posibilidad de participar en la decisión, por su edad y condición de salud.

IV. Conclusiones

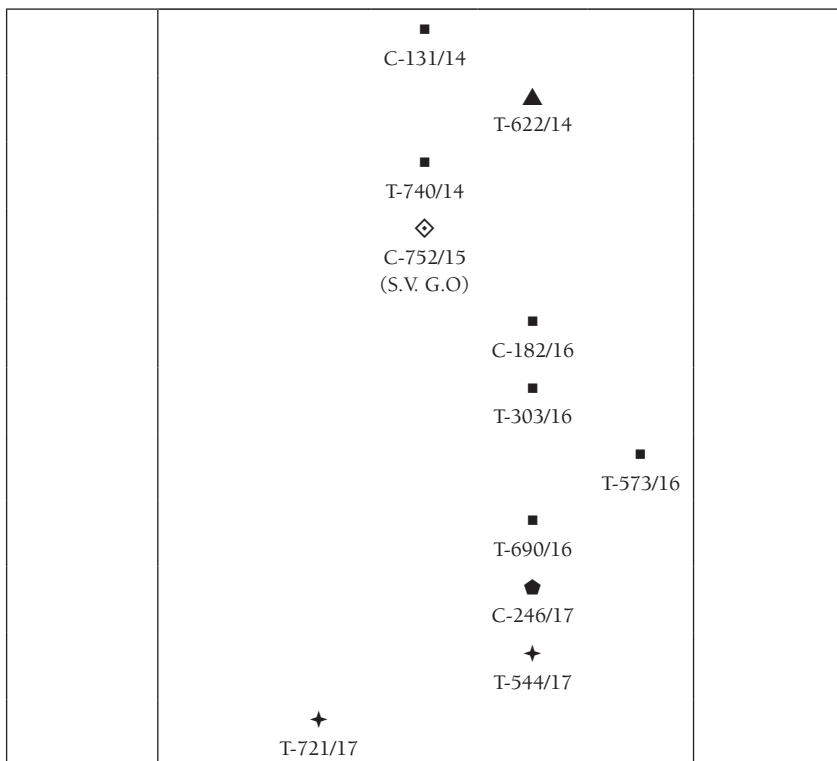
El siguiente cuadro muestra el lugar en el cual se encuentran las decisiones reseñadas entre los dos extremos planteados, de una parte, la prevalencia de las decisiones de los padres en el ejercicio de su potestad parental y, de otra, la mayor participación y prevalencia de la voluntad de los NNA en la adopción de las decisiones que involucran su autonomía futura. Es decir, la tensión jurídica entre el alcance del consentimiento sustituto, como manifestación de la responsabilidad parental, y el derecho a la autonomía de los NNA en las decisiones reseñadas. La línea

garantía del derecho en mención. El trámite de la petición no necesariamente conlleva la práctica del procedimiento si se determina que no concurren los requisitos, pero desde el momento en el que el paciente o, como sucedió en este caso, sus representantes expresan la intención de ejercer el derecho, su garantía demanda una atención seria, integral y expedita la (*sic*) solicitud."

En ese orden de ideas, destacó la necesidad de adoptar decisiones inmediatas para contrarrestar las barreras para materializar el derecho fundamental a la muerte digna de niños, niñas y adolescentes, y en tal sentido advirtió del vacío normativo que agudizó el sufrimiento del menor, urgiéndose "la intervención del juez constitucional para evitar que otros NNA sean víctimas de un trato cruel e inhumano derivado de la negación de su derecho a morir dignamente, el cual incluye determinar si concurren las condiciones para hacer efectivo el procedimiento de eutanasia." Por lo anterior, se resaltó la necesidad de regular el derecho a la muerte digna de los niños, niñas y adolescentes, aplicando un enfoque diferencial, por profesionales expertos: "(i) Para obtener y valorar el consentimiento, de acuerdo con el nivel de desarrollo psicosocial, emocional y cognitivo, la obligatoriedad del consentimiento concurrente de los padres y las particularidades del consentimiento sustituto expresado por padres o representantes legales —para cual debe diseñarse un mecanismo—, caso en el cual la valoración que se haga deberá ser más estricta y poner en conocimiento de las autoridades competentes cualquier conducta de investigación o sanción penal; (ii) la comparecencia de expertos en medicina, derecho y psicología en los Comités Científicos Interdisciplinario; (iii) tener en cuenta como criterios transversales a toda la normatividad que se expida: a) prevalencia de la autonomía del paciente, b) celeridad, c) oportunidad e d) imparcialidad".

evidencia la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para dar progresivamente un mayor valor a la voluntad de los menores de edad en decisiones que comprometen su autonomía futura o al menos garantizar su participación en el proceso.

<p>Tensión jurídica entre el alcance del consentimiento sustituto, como manifestación de la responsabilidad parental, y el derecho a la autonomía de los NNA, en el contexto de procedimientos médicos.</p>		
<p>La Corte Constitucional da mayor alcance al consentimiento sustituto prestado por los padres de los niños, niñas y adolescentes, en ejercicio de la su potestad parental y con fundamento en el principio de beneficencia y el interés superior de los niños.</p>	<p>T-476/96</p> <p>T-551/99</p> <p>T-692/99</p> <p>T-1390/00</p> <p>T-1021/03</p> <p>T-248/03</p> <p>T-412/04</p> <p>T-1019/06</p> <p>T-560A/07</p> <p>T-1025/02</p> <p>SU-337/99</p> <p>T-912/08</p> <p>T-055/09</p> <p>T-477/95</p> <p>C-355/06</p>	<p>La Corte Constitucional da mayor alcance al consentimiento informado de los niños, niñas y adolescentes, como garantía al principio de autonomía y de su interés superior.</p> <p>Línea de IVLE.</p>



▲	Procedimientos relacionados a la identidad de género y la modificación genital
○	Libertad de culto vs. Vida
■	Procedimientos de esterilización definitiva
◇	Otros procedimientos invasivos
★	Interrupción legal y voluntaria del embarazo
⬠	Procedimientos estéticos
✦	Eutanasia

El mapa jurisprudencial anterior muestra que la jurisprudencia constitucional en Colombia ha reconfigurado el concepto de capacidad relativa de los NNA y así, las relaciones familiares, para modificar el alcance del ejercicio del derecho a la autonomía de los menores de edad y delimitar los deberes correlativos al ejercicio de la potestad parental. Esta modificación cambia de forma estructural la relaciones familiares al apartarse de

la concepción tradicional del derecho civil y de familia sobre el ejercicio de la patria potestad y la capacidad relativa de los NNA. En tal sentido, separa los conceptos de la capacidad jurídica del ejercicio de derechos fundamentales. Este giro, como resultado de la constitucionalización del derecho de familia, tiene un impacto particular en el alcance del derecho a la autonomía de los NNA. El cuadro y análisis de las decisiones demuestran que éste no es homogéneo en todos los asuntos revisados ni parte de criterios estáticos o inflexibles. Por el contrario, su delimitación desde el principio del interés superior de los NNA ha permitido cambios radicales que se separan de la concepción tradicional de incapacidad de los menores de edad, o de que su mejor interés es que se adopten decisiones por éstos, para establecer que su mejor interés se encuentra en asegurar que los NNA tengan una participación efectiva en las decisiones que involucran su autonomía futura, de conformidad con sus capacidades evolutivas y en la medida de las posibilidades.

En consecuencia, estos precedentes han modificado el alcance de la capacidad relativa y, en consecuencia, los límites y contenido del *consentimiento sustituto* para comprenderlo como un ejercicio conjunto entre padres y niños y asistido, para algunas situaciones, mediante apoyos interdisciplinarios. Esa reconfiguración implica que los resultados de ese proceso no son siempre los mismos y ofrecen diferentes posibilidades como el mayor o menor peso de la voluntad de los menores de edad en la toma de decisiones. No obstante, las sentencias referidas sí fijan de forma clara, uniforme y contundente la regla que establece que los procesos decisorios deben necesariamente incluir y escuchar la opinión de los niños, niñas y adolescentes y darle, en algunos casos, plena prevalencia como en las decisiones sobre la terminación legal del embarazo o en las cuestiones de identidad de género. No obstante, lo anterior no significa que esas decisiones no puedan ser superpuestas por las de los padres o tutores cuando su voluntad vaya en contravía de la garantía de su bienestar y protección.