

3.3

ASPECTOS MÉDICO LEGALES EN ANTICONCEPCIÓN EN COLOMBIA

Edgar Noreña Mosquera

Ginecólogo y Obstetra

Universidad de Antioquia

Abogado - Universidad de Sabaneta.

Especialista en economía y finanzas de la salud

Derecho médico

Universidad Pontificia Bolivariana

INTRODUCCIÓN

La constitución colombiana considera como derechos fundamentales, entre otros, los referentes a los derechos sexuales y reproductivos, los cuales abarcan tanto a los adultos como a los menores de edad a partir de los 12 años.

En esta esfera se enmarca el todo lo relacionado con la anticoncepción. Pero no siempre estamos ante una situación clara de opción terapéutica y son varias las situaciones complejas en las que nuestra decisión va en contra dicha disposición constitucional, con la posibilidad de vernos inmersos en una mala praxis, con posible repercusión en los tribunales civiles, constitucionales o de ética médica

Trataremos de dar claridad al respecto, presentando una casuística real de consultas que han generado dificultad médico-legal en su atención, principalmente con los derechos de la población adolescente, algunas con repercusión en los tribunales por mala praxis.

Para comprender un poco el alcance de los derechos de los menores, hay que recabar en la historia reciente de Colombia.

Antes de la constitución de 1991, Colombia era un estado de derecho, esto es, un estado donde primaba la ley en su sentido literal; de ahí el aforismo “Dura lex, sed lex”- dura es la ley, pero es la ley” que, en últimas, implicaba el imperio de la ley en un contexto de aplicación inevitable, aunque resultare desfavorable al ciudadano.

Con la reforma constitucional Colombia se convierte en un **estado social de derecho**, donde, si bien es cierto la ley sigue siendo un marcador del orden del país, la **dignidad humana** se establece en el lugar más preponderante para la toma de distintas decisiones judiciales, se le brinda una protección especial al considerarse uno de los más importantes derechos fundamentales del ser humano, a la par como el derecho a la vida.

La constitución y el desarrollo legislativo posterior privilegian la primacía de los derechos de los menores y adolescentes, aun por encima de los demás. Por esto, las consideraciones en cuanto a los derechos que le asisten a ellos en la toma de decisiones en referencia a sus derechos sexuales y reproductivos, derechos inmersos en otro de los derechos fundamentales contemplados por la constitución: el libre desarrollo de la personalidad.

Con respecto a la disposición de los derechos que asisten a las personas, hay que aclarar los siguientes conceptos jurídicos:

La capacidad legal es aquella que aplica a los individuos mayores de 18 años; esto les permite ser titulares de derechos y obligaciones, por lo que pueden crear o terminar obligaciones jurídicas de forma voluntaria y autónoma. Esta capacidad legal está íntimamente relacionada con la voluntad de la persona, entendida como la facultad psíquica que le permite elegir libremente y sin imposiciones entre realizar o no un determinado acto, dependiendo sólo del deseo y la intención de realizarlo o no, por el simple hecho de ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, con la única limitante que explícitamente establezca por la ley.

La ley colombiana determina que toda persona sea capaz, por el solo hecho de alcanzar la mayoría de edad, exceptuando a aquellas que la ley expresamente considera o declara incapaces (Código civil, Art., 1503).

Esta pérdida de capacidad de los menores la establece la ley para protegerlos, dada su condición psíquica en formación y desarrollo, de forma que su decisión no afecte su patrimonio, para lo cual debe recurrir a la autorización de su tutor o representante legal.

No obstante, la legislación le confiere a los menores de 18 años pero mayores de 14, una cierta capacidad de ejercicio jurídica, donde pueden tomar sus propias decisiones, esto es, consentir por su propia voluntad sin necesidad de un tercero, sea padre o representante legal, siempre y cuando no se compromete su patrimonio o su vida; en relación a esta última consideración, menciono la Sentencia T- 474 de 1996 de la corte constitucional que autoriza la transfusión de un menor adulto testigo de Jehová, a pesar de la negativa de este. La posición de la corte constitucional en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos de los menores se encuentra especialmente enmarcada en la sentencia C - 131 de 2014.

Los menores de 14 años se presumen incapaces absolutos, pero la ley 1098 de 2006 o ley de infancia y adolescencia da un trato de menor adulto a los menores de 14 años, pero mayores de 12 años, concediéndole entonces una capacidad relativa.

Los menores de 12 años se consideran incapaces absolutos, por tanto cualquier acción que se tome con respecto de ellos debe ser respaldada con el consentimiento sustituto de sus padres o representante legal.

1. Marcela es una estudiante universitaria de 20 años, sin hijos. Considera que dentro de su proyecto de vida no hay cabida para estos por lo que le solicita orden de tubectomía.

- Prima el principio y derecho constitucional de la autonomía de la voluntad, de un adulto completamente capaz, que le permite decidir sobre su propio cuerpo.

Para el caso, la autonomía reproductiva es un derecho que tiene esta mujer para decidir si desean o no quedar embarazadas; o si desea postergar su embarazo, porque considera que no es el momento adecuado en su proyecto de vida. También la facultad para decidir con cuál método anticonceptivos la hará.

El principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud. Sentencia SU 337-99

2. Cindy de 17 años, desplazada, residente en Manrique oriental. Ya tiene 2 hijos y 2 cesáreas previas. Ahora con embarazo de término, desea cesárea tubectomía.

La Ley 1412 de 2010, reglamenta la anticoncepción quirúrgica en Colombia, define que es gratuita (sin cuotas moderadoras o similares) la práctica de la vasectomía y la ligadura de trompas, a todos los sectores de

la población que así lo soliciten a la entidad respectiva.

El artículo 7º considera la siguiente prohibición “En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad”.

La corte constitucional considera que al impedir la esterilización antes de los 18 años, se asegura que una decisión de tal trascendencia solo podrá ser tomada cuando se llegue a la mayoría de edad en la que se presume la capacidad de las personas de tomar diferentes tipos de decisiones y asumir responsabilidades y deberes adicionalmente enfatiza que existen otros métodos igualmente eficaces pero no permanentes para evitar la concepción. Sentencia C-131 de 2014.

3. Doña remedios acude a su consulta con su hija Úrsula de 21 años, que tiene síndrome de Down, retardo mental leve y epilepsia refractaria. Sabe que su hija tiene relaciones y, de hecho, ya presento un aborto en circunstancias no claras. Acude a usted para que le practique una ligadura de trompas, porque cree que es una irresponsabilidad que su hija tenga hijos.

Úrsula tiene 21 años, por tanto se presume capaz. Dado que tiene una condición mental de minusvalía que pudiera interferir con su comprensión real de una que tenga injerencia con su patrimonio u otros actos jurídicos, la madre podría solicitar la representación legal de su hija a un juez de familia mediante un proceso de interdicción, previa justificación médica.

La ley 1412 en su artículo 6 que “Cuando se trate de personas con *discapacidad mental*, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial”

Para la práctica de anticoncepción quirúrgica a una persona discapacitada mental se plantean 2 momentos.

- Primero debe ser declarado interdicto por parte de un juez de familia,
- luego de esto el representante legal debe solicitar nuevamente a un juez de familia que le autorice dicho procedimiento.

Al respecto, la jurisprudencia colombiana ha sido muy cauta para autorizar anticoncepción quirúrgica a una persona con discapacidad mental, como lo serían las que padecen síndrome de Down.

Amparados en el derecho internacional, la corte ha considerado que estas personas deben ser sujetos de una atención integral holística, porque supone que se debe superar la visión de enfermedad y afrontarla como una situación especial; considera que para estos casos se debe realizar una atención integral dado que dichas personas eventualmente se pueden superar, integrarse de manera efectiva en la sociedad y querrían formar una familia porque “gozan de derechos sexuales y reproductivos y del derecho a fundar una familia y de asumir la progenitura responsable, siempre que así lo quieran”. Esa maximización de la autonomía o autodeterminación de la persona, ha llevado a que la Corte, en los distintos casos que le ha correspondido definir, no haya autorizado la esterilización definitiva de una mujer con algún grado de discapacidad y considera que se le deben brindar otras alternativas. (Sentencias T-850 de 2002, T-248 de 2003, T-492 de 2006, T-1019 de 2006, T-560A de 2007 y C-182 de 2016)

Ahora, hay excepciones a lo planteado en los párrafos anteriores. Supongamos que doña Remedios acuda con su hija Úrsula de 17 años con discapacidad mental solicitando anticoncepción quirúrgica.

En principio sabemos que no sería posible, pero la corte, recientemente, ha considerado que **una menor** de edad podría eventualmente someterse a una anticoncepción quirúrgica en las siguientes circunstancias. Sentencia C-131/2014: **Se exceptiona a la prohibición de someter a estos menores en condición de discapacidad en dos casos:**

- (i) cuando exista un riesgo inminente de muerte de la madre a raíz del embarazo certificada por los médicos y autorizada por el menor, previa autorización judicial; Vemos que debe tener 3 condiciones: que exista riesgo para la vida de una menor mujer, debe ser autorizada por la menor y también por un juez de familia.
- (ii) cuando se trate de una discapacidad profunda severa, certificada médicamente, que le impida al paciente consentir en el futuro, de modo que en estos casos deberá solicitarse autorización judicial. Aquí debe certificarse una discapacidad profunda; ambos padres, titulares de la patria potestad sobre los hijos, deberán solicitar autorización judicial para realizar la operación salvo que resulte imposible la solicitud de alguno de los padres por ausencia o abandono.

4. Catalina de 14 años, estudiante de noveno año, acude sola a su consulta por deseo de colocarse, como método de planificación familiar, un dispositivo intrauterino. (lo que implica un procedimiento médico quirúrgico)

Uno de los ámbitos del contenido esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad se enmarca en el derecho de la libertad sexual.

La constitución política extiende el derecho a la libertad sexual a los adolescentes entre 14 y 17 años, es decir, se les faculta para que libremente puedan auto determinarse en el ámbito de su sexualidad sin que el estado o cualquier otra persona (entiéndase acá incluidos sus padres o representantes legales) pueda intervenir en su libre ejercicio, reconociéndoles el derecho a decidir la realización o no del acto sexual, así como con quién, cómo y en qué momento hacerlo.

Asimismo, el Código infancia y adolescencia colombiano considera que son sujetos titulares de derechos los adolescentes los cuales, para efectos de la ley, se entenderá a las personas entre 12 y 18 años de edad.

El artículo 33, del código, en referencia al derecho a la intimidad considera

“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia”.

El artículo 34 le faculta al derecho a la información, para asegurar el respeto de sus derechos “y para proteger la seguridad, la salud y la moral, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan” incluyendo los del sector salud, al cual obliga mediante el numeral 7 del artículo 46: “Garantizar el acceso gratuito de los adolescentes a los servicios especializados de salud sexual y reproductiva”, donde esta obligación no se debe entender solamente en la gratuidad sino en la atención efectiva de la población adolescente sin injerencia de persona alguna, incluido sus padres o cualquier otra persona.

Ya desde la norma técnica de atención del aborto inseguro en Colombia promulgada en 2006, se le da potestad al menor para autorizar tratamientos e intervenciones, aun cuando éstos sean particularmente invasivos (práctica de aborto legal) ya que la edad no es un criterio que tenga un carácter absoluto. En ese sentido, se descarta que criterios de carácter meramente objetivo como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el

alcance del consentimiento libremente formulado por menores de autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. Sentencia C-355/06.

Adicionalmente la Convención de los Derechos del Niño en virtud del bloque de constitucionalidad y aprobada por Colombia en la ley la Ley 12 de 1991, en su artículo 12, se infiere la capacidad de consentir y por ende de autorizar un acto médico por parte del menor al expresar que “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”

En conclusión, el menor adulto y, por analogía, dada la ley de infancia y

adolescencia y la convención de los derechos del niño, los mayores de 12 años, pueden ejercer libremente su derecho a la libertad sexual, donde el único consentimiento válido que se requiere es el del mismo menor. Para el caso de la menor puede consentir el uso de un dispositivo intrauterino o un implante sub-dérmico. Si bien se mencionó que el menor de 14 años, pero mayor de 12 años, también tiene protección constitucional de sus derechos sexuales, a manera de recomendación inicialmente se le debería ofrecer preparados hormonales.

Como recomendación final, no se le puede negar atención a un menor de edad que asiste sola a consulta de planificación, porque se le estarían violando sus derechos sexuales y reproductivos. Si bien es cierto que el Fepasde ha recomendado que ante “tal situación, se corre el riesgo que tanto pacientes como familiares,

realicen interpretaciones erróneas de los procedimientos y puedan dificultar la defensa de los profesionales de la salud siempre se debe permitir la presencia del familiar o acudiente durante la atención a menores de edad”; si el menor no lo quiere así, prima su deseo. Si el médico o enfermera que atienden al menor consideran que es necesario la presencia de un tercero se recomienda que solicite colaboración de otro trabajador de la salud, sea colega o auxiliar de enfermería (el portero no cuenta) y en el caso de que sea necesario realizar algún tipo de procedimiento que se relacione con el área genital, sí es muy adecuado la compañía de un trabajador del área de la salud para evitar se malinterprete su práctica.

Hay otros casos problemáticos, pero por limitación editorial se discutirán en la ponencia

Bibliografía

1. Ley 57 de 1887. Código civil república de Colombia.
2. Constitución política de Colombia. 1991.
3. Ley 1098 de noviembre 8 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia.
4. Ley 1412 de 2010. Anticoncepción quirúrgica.
5. Ley 1438 de 2011. Reforma del sistema general de seguridad social y salud.
6. Ministerio de la protección social, Resolución 1448 del 8 de mayo de 2006.
7. Sentencias Corte constitucional república de Colombia.
 - Sentencias: C-131/2014. Derechos sexuales de los menores
 - Sentencia SU-337/99. Consentimiento informado.
 - Sentencia C-182 de 2016. T-063-2012. Anticoncepción en discapacidad mental
 - Sentencia T- 474 de 1996. Consentimiento. Transfusión menor adulto testigo de Jehová
 - Sentencia C-355/06