

COLEGIO COLOMBIANO DE PSICÓLOGOS

DIRECCIÓN EJECUTIVA DE TRIBUNALES DEONTOLÓGICOS Y BIOÉTICOS DE PSICOLOGÍA

Doctrina No. 3.

Consentimiento informado en el ejercicio de la psicología en Colombia¹ 05 de diciembre de 2018

Consideraciones preliminares

En desarrollo del mandato legal consagrado en el ordinal c. del artículo 12 de la Ley 1090 de 2006, artículo este que se desprende a su vez del artículo 26 Superior, los recién posesionados magistrados del Tribunal Nacional Deontológico y Bioético de Psicología², ante la ausencia de una línea jurisprudencial frente a determinados temas de álgido abordaje, se propusieron emitir doctrinas que sirvieran de guía a los magistrados de los distintos tribunales departamentales y al Nacional, que pudieran ser usadas como referentes éticos, legales y jurisprudenciales para la toma de la justa decisión de los magistrados cuando se investigara al colega por presunta mala praxis. Es así como nacen las doctrinas No. 1 y No. 2, la primera sobre el manejo y custodia de la información que recibe el psicólogo en su praxis y la segunda sobre el secreto profesional.

El trabajo de la redacción y propuesta de las doctrinas, las cuales serían sometidas a consideración de los magistrados de los tribunales departamentales y luego al escrutinio del Nacional, empezó hacia el año 2010. Se encargó de esta tarea a personas vinculadas con los tribunales deontológicos y bioéticos que previamente habían trabajado sobre los temas en

¹ El borrador de esta Doctrina, la No. 3 fue proyectada por Hernández, G., por mandato expreso de la Dirección Ejecutiva de Tribunales del Colegio Colombiano de Psicólogos, el cual fue sometido al escrutinio de los magistrados de los tribunales departamentales y del Tribunal Nacional Deontológico y Bioético de Psicología, así como de psicólogos del listado de peritos, psicólogos y abogados de diversas instituciones, psicólogos de los Capítulos de Colpsic y demás personas interesadas en el tema. Luego de recogidos, analizados e incorporados los diferentes aportes, el borrador se constituyó en la Doctrina No. 3 acogida por el Tribunal Nacional Deontológico y Bioético de Psicología mediante Acta No. 08 del cinco (05) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

² El Tribunal Nacional Deontológico y Bioético de Psicología empezó a sesionar el 6 de septiembre de 2007.

concreto, en este caso, manejo y custodia de la historia clínica, secreto profesional y consentimiento informado.

Las dos primeras doctrinas fueron recibidas y discutidas sin que se presentaran mayores diferencias conceptuales, éticas, constitucionales, legales y jurisprudenciales. Estas dos doctrinas se han ido actualizando. La Doctrina No. 1, sobre el manejo y custodia de la información que recibe el psicólogo en su praxis va por la segunda edición, mientras que la Doctrina No. 2, sobre Secreto Profesional va por su tercera edición. La Doctrina No. 3 no fue bien recibida y a pesar de la discusión ética, epistemológica y jurídica, que permitió que fuera acogida por el Tribunal Nacional, se decidió retirarla y proponer estudios que redundaran en una Doctrina No. 3 respaldada por la comunidad de psicólogos en Colombia.

Es así como surgen dos trabajos, el primero “Diseño y evaluación de un lista de chequeo para la elaboración del consentimiento informado en el ejercicio profesional de la psicología en Colombia” (2015) y el segundo “Validación de la lista de chequeo para la elaboración del consentimiento informado en el ejercicio profesional de la psicología en Colombia” (2016), los cuales se encuentran disponibles en la página web de Colpsic. Sin embargo, el estudio que se inició desde la Dirección Ejecutiva de Tribunales no sólo culminó con estos dos trabajos, sino que posibilitó discusiones, foros y conferencias que dieron como resultado otros documentos, tales como “El Consentimiento Informado en la praxis de la psicología” (2014), y las respuestas a las preguntas frecuentes Nos. 16 y 17 de los tribunales deontológicos y bioéticos de psicología, entre otros documentos.

Como consecuencia de las recomendaciones hechas por los autores de la “Validación de la lista de chequeo para la elaboración del consentimiento informado en el ejercicio profesional de la psicología en Colombia” (2016), surge esta propuesta de Doctrina, la cual se está poniendo a consideración de los magistrados de los tribunales deontológicos y bioéticos de psicología, y de los psicólogos en general, para su discusión y propuesta final.

Definiciones

La Doctrina

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua en su edición digital (2018), trae varias acepciones de la palabra doctrina, señalando que es, en primer lugar, una enseñanza que se da para instrucción de alguien. También señala que la doctrina es una norma científica o paradigma. Su tercera acepción señala que la doctrina es el conjunto de ideas u opiniones religiosas, filosóficas, políticas, etc., sustentadas por una persona o grupo. Esta acepción, no siendo la última, que recoge las dos anteriores, es la que se tendrá en cuenta en el presente documento.

La doctrina, así vista, es el conjunto de ideas o argumentos que los tribunales deontológicos y bioéticos de psicología tienen sobre lo qué es el consentimiento informado y es una propuesta a los psicólogos, sin importar el campo de la psicología en donde estos desarrollen su praxis. La doctrina no implica una directriz normativa vinculante de forzoso acatamiento por parte de los psicólogos, pues como se verá más adelante, cada caso que conoce el psicólogo es particular y es en función de esa singularidad que puede o no aplicar los preceptos de la doctrina.

Las doctrinas se constituyen en opiniones de expertos que no son vinculantes, es decir, no son de obligatorio cumplimiento, pero sí se constituyen en referentes de consulta. La doctrina es un referente de convicción para el legislador y para el juzgador, en razón a que la opinión y la crítica de los expertos en determinado tema, influyen en la formación de la opinión tanto a nivel particular, de quienes toman decisiones, como de los ciudadanos en general (Lastra, 2005).

En consecuencia, la Doctrina no es un conjunto de premisas con fuerza normativa de la cual no se puedan apartar los psicólogos en su praxis o los magistrados de los tribunales deontológicos y bioéticos en sus deliberaciones. Tanto los psicólogos en su actividad profesional, como los magistrados en sus elucubraciones, se podrán alejar de la Doctrina, si el caso así lo amerita, o por el contrario, aplicarla tal cual está presentada.

Principios éticos que guían la actuación del psicólogo

Dentro de las competencias que debe tener todo psicólogo está la competencia ética. La praxis del psicólogo no debe estar mediada por el temor a que su actuación puede o no ser cuestionada ante un tribunal de ética. Su actuación, independiente de lo que señale la ley, se debe ceñir a los principios éticos que signan su actividad profesional e investigativa. Lo que hacen los códigos deontológicos es recoger los principios éticos y convertirlos en normas positivas con el ánimo, no de sancionar al psicólogo, sino de darles herramientas a sus usuarios para que, cuando estos vean que la praxis del psicólogo se aleja de lo que mandan sus propios estatutos, se quejen ante sus propios colegas buscando que dichas actuaciones no se vuelvan a repetir.

El comportamiento ético del psicólogo nace de la convicción de estar promoviendo el bien de sus usuarios, evitándoles todo mal posible, asegurando su autonomía y evitándoles toda forma de discriminación. Es por ello que la Ley 1090 de 2006 recoge sin vacilación como principios éticos de los psicólogos en Colombia los propuestos por Beauchamp, T. L. & Childress (2002): beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia.

Es sobre la base de estos principios que el psicólogo debería guiar su praxis. Estos principios están taxativamente señalados en el artículo 13 de la Ley 1090 de 2006. En efecto, dicha norma señala que el Código Deontológico y Bioético, está destinado a servir como regla de conducta profesional, en el ejercicio de la psicología en cualquiera de sus modalidades, proporcionando principios generales que ayuden a tomar decisiones informadas en la mayor parte de las situaciones con las cuales se enfrenta el profesional de la Psicología, fundamentado en los principios de beneficencia, no-maleficencia, autonomía, justicia, veracidad, solidaridad, lealtad y fidelidad (Congreso de la República, 2006).

Si bien es cierto que el Código de Ética del psicólogo en Colombia es una ley de la República, no es menos cierto que su cumplimiento no debe obedecer al miedo de ser sancionado por los tribunales deontológicos ante su incumplimiento. Se insiste, el psicólogo debe guiar toda praxis sustentado en sólidos cimientos éticos, más allá de si su canon de deberes y obligaciones es una ley de obligatorio cumplimiento legal.

Son sus convicciones y principios éticos, y no la ley, los que deben guiar al psicólogo en su praxis profesional e investigativa. Cuando el miedo a la sanción por parte de los

tribunales deontológicos y bioéticos es lo que mueve al psicólogo, ya está faltando a los principios que signan su ejercicio profesional y científico. ¿Por qué el psicólogo ha de temerle a un tribunal deontológico y bioético de psicología? Si así fuere, quizá no está seguro de estar actuando en correspondencia con la búsqueda del bienestar de su usuario, evitándole todo daño, promocionado su autonomía y actuando con justicia.

Cuando por ignotos intereses el profesional de la psicología se abandona a los principios que signan su profesión, les debe temer a sus jueces naturales, a sus usuarios y a la sociedad en general. *Contrario sensu*, si el psicólogo actúa bajo sus principios éticos, y aun en contra de lo que señale la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, no le ha de temer a nadie, pues se entenderá que siempre actuó en procura del bienestar de su usuario, evitándole todo daño, promocionado su autonomía y obrando con justicia. Mal estaría actuando un tribunal deontológico y bioético de psicología si sanciona a un psicólogo porque actuó motivado por su convicción ética válidamente sustentada.

La actuación ética del psicólogo se verá reflejada en la historia clínica, o en sus documentos y archivos profesionales, de los casos que le son consultados, así como en sus informes, incluso los de investigación. Cuando el psicólogo se encuentra frente a un dilema ético, por ejemplo actuar sin el consentimiento de uno de los padres de un menor de edad o de revelar el secreto profesional, debe dejar consignado por qué lo hizo, cuál fue su motivación y cuál fue el principio o principios éticos en que fundamentó su decisión. Ello es aplicable a cualquier situación en la praxis del psicólogo. Lo que no puede hacer el psicólogo es actuar por ignotos intereses personales o de terceros en contra de los principios que signan su profesión, o no actuar por temor a ser sancionado.

El consentimiento informado

El consentimiento informado en psicología (CIP) no puede ser entendido simplemente como el documento en donde se expresa este. El CIP es la manifestación libre, espontánea y clara que hace el usuario del psicólogo para que, luego de la información clara, completa y cualificada que le brinda el psicólogo, éste último pueda actuar.

En ese sentido, el CIP es un proceso que consta de cuatro partes: 1. es el proceso dialógico mediante el cual el psicólogo le informa a su usuario de manera clara y detallada

acerca de los procedimientos, técnicas y estrategias que seguirá en su evaluación diagnóstica o tratamiento, sobre sus previsible resultados y los efectos colaterales adversos que se pudieran presentar, así como las posibles alternativas a la propuesta por el psicólogo; 2. es el ejercicio dialógico que le permite al usuario comprender lo que el psicólogo va a hacer y al psicólogo tener certeza de que el usuario le ha entendido; 3. es la manifestación espontánea, clara y libre de cualquier presión o de vicios del consentimiento del usuario, para que el psicólogo pueda actuar, que implica su capacidad cognitiva y jurídica, y 4. es el procedimiento conjunto llevado a cabo entre psicólogo y usuario para que el proceso de diálogo quede consignado en un documento.

El CIP no es el documento firmado por el usuario. El documento es la consecuencia lógica del proceso comunicativo en el que se consigna lo que el psicólogo va a hacer y el permiso que el usuario le otorga al psicólogo para que lo haga. Dado lo anterior, el documento en que se consigna el consentimiento, puede presentar ajustes a medida que transcurre la interacción psicólogo – usuario.

Bases éticas del consentimiento informado en psicología

El CIP descansa en el principio ético de la autonomía del usuario de los servicios del psicólogo o del participante de sus investigaciones. El respeto por la libre decisión de sus usuarios de tomar o no un determinado tratamiento psicológico, ser sometido a una evaluación o de participar en una investigación es la manifestación clara del profesional de la psicología del respeto por la dignidad humana de su consultante o participante en sus investigaciones.

El respeto por la dignidad humana del usuario de los servicios psicológicos impide que la persona sea asumida como una cosa, un ente carente de valor y autonomía. El ser humano no puede ser concebido como un objeto susceptible de ser manipulado al antojo o a voluntad del psicólogo. Una actuación así es el desconocimiento del el valor y respeto por el ser humano, por su dignidad y por el libre desarrollo de su personalidad.

El proceder ético del psicólogo está directamente relacionado con evitar cualquier práctica para la cual no esté adecuadamente capacitado, que desconozca o ponga en peligro la dignidad de las personas. La ética del psicólogo está encaminada a no desconocer la

autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la capacidad de actuar y pensar de manera libre y responsable de su usuario. Tanto la IUPsyS como la IAAP, al respecto postularon:

[...] el respeto por la dignidad de las personas es el principio ético fundamental y universal por excelencia, el cual posibilita el fundamento filosófico para los demás principios éticos relacionados con la profesión. De ahí que el profesional de la psicología debe reconocer y respetar la dignidad de las personas y de las comunidades; por lo tanto, se compromete a la práctica del consentimiento libre e informado (IUPsyS, 2008; IAAP, 2008)

El ser humano es, en tanto tal, único e irrepitible, dotado de la capacidad de razonar (Corte Constitucional, 1992), actuar, sentir, tomar decisiones y dueño de su propia existencia, con independencia de sus cualidades accesorias tales como la edad, la raza, el género sexual, su condición social, religión, etc. (Hernández y Sánchez, 2015), la cual sólo encuentra límites en los derechos de los demás. Esa capacidad de razonar, y actuar en consecuencia, se constituye en el centro fundamental de la dignidad humana, la cual deberá ser respetada por el psicólogo y le da fundamento al CIP.

En ese sentido, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-182 de 2016, señaló:

[El consentimiento informado] tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (*mandato pro libertate*), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana.

El respeto por la persona humana, dado su valor absoluto e incondicional en sí misma y la consecuente exigencia de ser tratada como sujeto y no como objeto, es decir, con autonomía (Hernández y Sánchez, 2015), es lo que se pretende asegurar con la práctica del CIP. Con esta práctica se garantiza que ninguna persona sea sometida a intervención alguna que vulnere su dignidad y sus derechos. De lo anterior se desprende una obligación ética accesoria para el psicólogo y es su deber conocer y respetar, y hacer respetar los derechos humanos de sus usuarios.

Así las cosas, el CIP encuentra su fundamento ético en el respeto a la dignidad de la persona, que subsume su libre desarrollo de la personalidad y su capacidad de elección, con la que el psicólogo va a intervenir. En ese sentido, el CIP “no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial” (Corte Constitucional, 1995 y 1996). El respeto por la dignidad de la persona, es un imperativo categórico kantiano (Andorno, 2012) ineludible para el psicólogo.

El consentimiento informado como un derecho del usuario y un deber del psicólogo

El CIP es un derecho del usuario y un deber del psicólogo. Es el derecho del usuario de los servicios del psicólogo a ser informado sobre las distintas estrategias de intervención, evaluaciones diagnósticas e investigaciones. Así lo reconoce la Ley 1090 de 2006, en su artículo 36, ordinal j, el cual señala que el psicólogo en relación con las personas objeto de su ejercicio profesional tendrá, entre otras, la obligación de comunicar al usuario las intervenciones que practicará, el debido sustento de tales intervenciones, los riesgos o efectos favorables o adversos que puedan ocurrir, su evolución, tiempo y alcance.

Por su parte, el artículo 6º de la Ley 1616 de 2013, que prescribe los derechos de las personas en el ámbito de la salud mental, en su ordinal 2, señala que es un derecho de las personas en el ámbito de la salud mental recibir información clara, oportuna, veraz y completa de las circunstancias relacionadas con su estado de salud, diagnóstico, tratamiento y pronóstico, incluyendo el propósito, método, duración probable y beneficios que se esperan, así como sus riesgos y las secuelas, de los hechos o situaciones causantes de su deterioro y de las circunstancias relacionadas con su seguridad social. Y más adelante, en el ordinal 13 de la misma normativa señala que la persona en el ámbito de la salud mental tiene el derecho a exigir que sea tenido en cuenta el consentimiento informado para recibir el tratamiento.

En otros ámbitos de la actividad del psicólogo, la ya citada Ley 1090 de 2006, en el ordinal 6º del artículo 2º, que trata de los principios que rigen dicha ley, refiriéndose al bienestar del usuario, en su parte pertinente señala:

[...] Los psicólogos mantendrán suficientemente informados a los usuarios tanto del propósito como de la naturaleza de las valoraciones, de las intervenciones educativas o de los procedimientos de entrenamiento y reconocerán la libertad de participación que tienen los usuarios, estudiantes o participantes de una investigación.

Como obligación del psicólogo, y por ende, como derecho de sus usuarios, la multicitada Ley 1090 de 2006, en el artículo 36, que lista los deberes del psicólogo con las personas objeto de su ejercicio profesional, señala en su ordinal i) que el psicólogo no podrá practicar intervenciones sin consentimiento autorizado del usuario, o en casos de menores de edad o dependientes, del consentimiento del acudiente³

En referencia a los procesos de investigación científica o académica, el ordinal 14 del artículo 6º de la Ley 1616 de 2013, señala como derecho de la persona a no ser sometido a ensayos clínicos ni tratamientos experimentales sin su consentimiento informado.

En cuanto a la investigación científica o académica, la Ley 1090 de 2006, el ordinal 9 del artículo 2º señala, en su parte pertinente, que el psicólogo aborda la investigación respetando la dignidad y el bienestar de las personas que participan y con pleno conocimiento de las normas legales y de los estándares profesionales que regulan la conducta de la investigación con participantes humanos. Este mismo precepto es retomado en el artículo 50 de la misma norma que prescribe que los psicólogos al planear o llevar a cabo investigaciones científicas, deberán basarse en principios éticos de respeto y dignidad, lo mismo que salvaguardar el bienestar y los derechos de los participantes.

El consentimiento informado como un derecho fundamental

El derecho de los usuarios a ser tenido en cuenta su consentimiento por parte del psicólogo en cualquier área de su intervención, descansa en el ordenamiento constitucional colombiano el cual señala en su artículo 1º que Colombia, entre otros principios, se funda en el respeto de la dignidad humana. Así lo señala lo señala la Corte Constitucional en Sentencia

³ El párrafo único del artículo 2.3.4.1. del Decreto 1075 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, señala: Para los fines previstos en el presente Título, la expresión "padres de familia" comprende a los padres y madres de familia, así como a los tutores o quienes ejercen la patria potestad o acudientes debidamente autorizados. Véase más adelante el apartado Fuerza interpretativa del ordinal i) artículo 36.

C-182 de 2016, al prescribir que “[...] la Corte Constitucional ha determinado que éste (el consentimiento) tiene un carácter de principio autónomo y que además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, [...]”

Por otro lado, el CIP está intrínsecamente ligado a los derechos fundamentales consagrados en los artículos 16, libre desarrollo de la personalidad y 20, derecho a recibir información veraz y oportuna. En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional al señalar que:

El consentimiento informado ha sido definido por la jurisprudencia como “una consecuencia lógica del derecho a la información y el derecho a la autonomía (C.P. artículos 16 y 20). Así, este derecho consiste en ser informado de manera clara objetiva, idónea y oportuna de aquellos procedimientos médicos que afecten en mayor o menor medida otros bienes jurídicos esenciales como la vida y la integridad personal (Corte Constitucional, Sentencias SU3371 de 999, T-1019 de 2006 y C- 182 de 2016).

Además, el CIP materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana (Corte Constitucional, Sentencia C- 182 de 2016).

De lo anterior se desprende que el consentimiento informado es un derecho fundamental por conexidad con los principios de la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, el derecho a recibir información veraz y oportuna, la libertad individual y el pluralismo. Desde el punto de vista ético, el consentimiento informado descansa en el principio ético de la autonomía, el cual es interdependiente del principio de beneficencia (Corte Constitucional, Sentencia C- 405 de 2016). Por tanto, como derecho fundamental y como principio ético, el CIP no puede ser desconocido por el psicólogo.

Sin embargo, como todo derecho, el CIP tiene límites y excepciones en tanto que en un Estado Social de Derecho, en donde la realidad prima sobre la norma pétrea, no puede haber derechos absolutos. Así lo determinó la multicitada Corte Constitucional al señalar:

[...] pues es "evidente que en un Estado de Derecho y más aún, en un Estado Social de Derecho, no puede haber derechos absolutos; el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juridicidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un antiderecho, pues ese sólo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello de los derechos de los otros y a los de la misma sociedad" (comillas dentro de texto) (1994).

El valor antijurídico de pregonar un derecho como absoluto ha sido reiterado por la Corte en cita en diferentes sentencias, (C-189 de 1994, C-475 de 1997, C-916 de 2002, C-404 de 2013 y T-690 de 2015), sin embargo, ello no es óbice para el desconocimiento de los derechos (Corte Constitucional, T-690 de 2015). Algunos derechos, incluso fundamentales, en un momento dado pueden no ser reconocidos, o tener salvedades en su aplicación, pero sólo en aquellos contextos de la prevalencia de un derecho sobre otro, bajo un ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad, la cual deberá ser sustentada por quien pretenda desconocer el derecho en pugna.

De lo anterior se concluye que el CIP es un derecho fundamental para el usuario del psicólogo y un deber para éste último, pero como todo derecho, aun siendo fundamental, no es absoluto y tiene sus excepciones o limitaciones, temas sobre los que se volverá más adelante. Asimismo, como derecho, este goza del poder dispositivo, es decir, solo puede disponer de el quien tenga la capacidad para ello.

Fuerza interpretativa del ordinal i) del artículo 36 de la Ley 1090 de 2006

La redacción del ordinal i) del artículo 36 de la Ley 1090 de 2006, el cual señala que [es un deber del psicólogo] no practicar intervenciones sin consentimiento autorizado del usuario, o en casos de menores de edad o dependientes, del consentimiento del acudiente, ha permitido suponer que cuando se lee "*acudiente*", este puede ser cualquier persona, desconociendo el derecho que tienen los padres sobre sus hijos menores de edad o en condición de dependencia por discapacidad cognitiva. El acudiente de un menor de edad no puede ser cualquier persona, tal como lo señala el párrafo único del artículo 2.3.4.1 de

Decreto 1075 de 2015, el cual señala que la expresión "padres de familia" comprende a los padres y madres de familia, así como a los tutores o quienes ejercen la patria potestad o acudientes debidamente autorizados. Nótese que la norma es clara y no permite ninguna interpretación: por "*acudiente*" se entiende los padres, o los tutores, o quienes ejercen la patria potestad o persona debidamente autorizada para ello.

Ningún menor de edad, por su manifiesta condición de inferioridad frente al adulto, y por consiguiente, en latente estado de vulnerabilidad, puede estar desprotegido, ni sus derechos pueden ser cedidos de manera libre y caprichosa. Por mandato del artículo 44 Constitucional, los menores gozan de especial protección por parte el Estado, siendo sus padres, en el ejercicio de la patria potestad, los garantes de sus derechos. En consecuencia, cuando el ordinal i) del artículo 36 de la Ley 1090 de 2006, se refiere al acudiente, se debe entender "representante legal", ya que el derecho y deber del cuidado de los menores recae en los padres quienes son sus representantes legales de acuerdo con el artículo 62 del Código Civil, o en un tercero representante legal debidamente autorizada para ello. La autorización sólo puede ser por delegación de los padres mediante poder debidamente conferido, o por orden judicial mediante la cesión de la custodia o patria potestad a un tercero decretada por un juez, o por un acto administrativo en procesos de adopción.

Así lo entendió el Ministerio de Educación Nacional en Concepto sobre término "Acudiente" del 10 de febrero de 2016 en respuesta al Radicado 2016-ER-001671, en el que luego del análisis de la normatividad vigente de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, señaló:

En este orden de ideas, cada institución educativa, dentro de su autonomía, evaluará según lo acordado con los padres de familia, en qué circunstancias se autoriza la figura de acudiente y los requisitos para que proceda dicha autorización. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad sobre la crianza, el cuidado, el proceso de formación de los menores, entre otros aspectos, recae principalmente sobre los padres de familia, en este sentido si deciden elegir un acudiente, deben hacerlo responsablemente, teniendo en cuenta las obligaciones y responsabilidades que les impone la ley.

De lo anterior se desprende que la condición de acudiente la adquiere, en primera instancia, el padre y la madre del estudiante, quienes ejercen la patria potestad de manera conjunta y por lo tanto la representación legal del menor. Si ese no fuera el caso, el acudiente será una persona debidamente autorizada para ello, ya sea por orden judicial o mandato administrativo.

Por otro lado, el mencionado ordinal i) del artículo 36 analizado, no se puede leer de manera lexical y aislada, sino que se ha de interpretar de manera sistemática y en correspondencia con las demás normas relacionadas y concordadas, tal es el caso del ya mencionado párrafo único del artículo 2.3.4.1 de Decreto 1075 de 2015. También se ha de interpretar de acuerdo con la misma Ley 1090 de 2006 y en su contexto normativo y jurisprudencial. En ese sentido basta recordar que cuando la Ley 1090 de 2006 se refiere al consentimiento de los menores de edad o personas en condición de discapacidad, en concordancia con lo señalado en el numeral 5 del artículo 2º, los ordinales c) y d) del artículo 25, lo mismo que con el artículo 52, este lo darán sus padres o representantes legales.

Asimismo, el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 señala que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha sido reiterativa al señalar la calidad de principio autónomo del consentimiento informado, el cual a su vez, como ya se señaló, materializa los principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana (Sentencia C-182 de 2016.).

Por su calidad de principio, el consentimiento informado no lo puede dar cualquier persona en nombre de otra. Intervenir en la vida de una persona sin su permiso, es una forma ilícita de actuación. Así lo señaló la Corte Constitucional (Sentencias SU-337 de 1999, T-1019 de 2006 y T-365 de 2017) al disponer que “[...] las personas son inviolables, sus

cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso (...) el individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo cual cualquier manipulación del mismo sin su consentimiento constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito (Sentencias SU-337 de 1999, T-1019 de 2006 y T-365 de 2017). Y en el caso de los menores de edad, este sólo lo podrán otorgar, por regla general, sus padres o acudiente debidamente autorizado.

Adicionalmente, la citada jurisprudencia constitucional ha señalado que en asuntos relacionados con menores de edad, procede el consentimiento sustituto de los padres, con ciertas limitaciones, como quiera que, por su corta edad, los menores no reconocen la realidad que los rodea y carecen de conciencia suficiente para autorizar tratamientos médicos sobre su propia salud (Sentencias SU-337 de 1999 y T-1019 de 2006.) Y en Sentencia T-1025 de 2002, la misma Corte señala que para la validez de una manifestación de voluntad es indispensable la capacidad jurídica, por lo que al tratarse de menores de edad, su voluntad se suple mediante el consentimiento de su representante legal, es decir sus padres o tercero legalmente autorizado. Estas reglas tienen sus excepciones como se verá más adelante.

Por lo tanto, en correspondencia con lo señalado en el numeral 5 del artículo 2º, los ordinales c) y d) del artículo 25, lo mismo que con el artículo 52, todos de la Ley 1090 de 2006; del artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 y de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, son los padres del menor los acudientes de éste, tal como lo interpreta el ya citado parágrafo único del artículo 2.3.4.1 de Decreto 1075 de 2015. De lo anterior se concluye que la expresión “*acudiente*” del literal i) del artículo 36 de la Ley 1090 de 2006 se ha de entender como “*padres, representantes legales o acudiente debidamente autorizado*”, no “*cualquier persona*”, como de manera errónea lo pretenden algunos profesionales de la psicología por ignotos intereses o por ignorancia supina.

Disposición legal y jurisprudencial para dar el consentimiento

El CIP sólo lo puede dar aquella persona que tenga capacidad o disposición jurídica para ello en virtud a que el CIP implica la expresión clara, precisa, autónoma y libre que da el usuario, luego de ser informado por el psicólogo de los pormenores de la intervención o

de la evaluación diagnóstica. En ese sentido, el CIP es el derecho que tiene el usuario de darle permiso al psicólogo para que éste actué. Así se pronunció la Corte Constitucional, en la Sentencia T-1025 de 2002 al señalar, entre otras, que “[...] para la validez de una manifestación de voluntad es indispensable la capacidad y el artículo 1504 del Código Civil establece que los menores de edad son incapaces (absolutos o relativos), entonces, no es necesario el consentimiento [...]. De esta manera, si la ley prevé que en relación con los incapaces su voluntad se suple mediante el consentimiento de su representante legal, es a él a quien le corresponde expresarlo”.

Por lo tanto, como derecho dispositivo, este permiso sólo lo puede dar la persona que goce de la capacidad jurídica para ello y tiene que estar exento de todo tipo de presión y engaño y tiene que gozar de legalidad. De lo anterior se desprende que la persona que no tenga la capacidad jurídica para disponer de su consentimiento no lo puede dar.

En ese sentido, el CIP es un acto jurídico similar a cualquier otra obligación legal, el cual debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil que prescribe que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, entre otros requisitos, que sea legalmente capaz y que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. Por lo tanto, además de ser un acto voluntario, libre y espontáneo, el consentimiento dado al psicólogo, sólo lo puede dar una persona jurídicamente capaz.

La capacidad legal de una persona, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. Al señalar la norma esta capacidad, deja entrever la “incapacidad” jurídica. Sin embargo, la misma norma no la define, pero señala que hay dos tipos de ella: la incapacidad absoluta y la relativa. Reza la norma que son absolutamente incapaces los dementes⁴, los impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender, mientras que los incapaces

⁴ El párrafo único del artículo 2° de la Ley 1306 de 2009 señala que el término "demente" se entenderá sustituido por "persona con discapacidad mental". A su vez, el mismo artículo señala que una persona natural tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio.

relativos son los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción.

De lo anterior se desprenden tres categorías relacionadas con la capacidad legal para dar el consentimiento: 1. son capaces las personas que se pueden obligar por sí mismas, sin el ministerio o la autorización de otra, es decir, los mayores de 18 años sin limitación cognitiva; 2. son incapaces relativos los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción y, 3. son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos que no se pueden dar a entender.

Esta misma norma señala, en su artículo 34, modificado por la Sentencia C-534 de 2005, que es infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años, adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

Por lo tanto, es legalmente capaz de dar su CIP toda persona natural, mayor de edad, que goce de sus facultades cognitivas y que lo haga bajo su propia responsabilidad y autonomía, libre de presiones, chantajes o situaciones similares. *Contrario sensu*, no podrá dar su consentimiento quien no sea legalmente capaz, los menores de catorce años y las personas con limitaciones cognitivas, mientras que las personas menores de edad que estén entre los 14 a los 18 años, lo pueden dar de manera relativa. En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C – 264 de 1996, señaló:

La bioética constata un acuerdo sobre algunos puntos esenciales relativos al tratamiento y al ejercicio médico. En cuanto a lo primero, se considera que todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente. Existen, sin embargo, tres casos en los cuales se presenta una excepción a esta regla: 1) cuando el estado mental del paciente no es normal; 2) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y 3) cuando el paciente es menor de edad.

Cuando no es posible o factible obtener el consentimiento del usuario por su estado mental anormal, por inconsciencia o por minoridad, los familiares en la relación médico-

paciente asumen la representación de este último o agencian sus derechos (Sentencia C – 264 de 1996). Sin embargo, no todos los familiares tienen el mismo grado de cercanía, siendo los de primer grado quienes asumen la representación legal de quien no puede dar su consentimiento.

En consecuencia, es un derecho del usuario de los servicios del psicólogo, y de contera, una obligación del profesional de la psicología, que sea tenido en cuenta su consentimiento antes de cualquier intervención y en caso de menores de edad o de personas en condición de discapacidad, del consentimiento de sus padres o de acudiente debidamente autorizado, tal como lo estipula el artículo 36 (i), ya citado, de la Ley 1090 de 2006. Teniendo en cuenta que es un derecho dispositivo, el CIP está ligado a la capacidad jurídica de las personas.

Tipos del consentimiento informado

De acuerdo con lo anterior, y tenido en cuenta que el consentimiento es un derecho del cual sólo pueden disponer las personas con capacidad jurídica para ello, y que hay circunstancias en las cuales el usuario no puede dar su consentimiento por estado cognitivo anormal, por inconsciencia o por minoridad, y que no todos los menores son igualmente incapaces, surgen tres clases de CIP: el pleno, el asistido y el sustituto o legal

El consentimiento informado pleno

El CIP pleno, también denominado “consentimiento idóneo” (Corte Constitucional, 1996) es el que da un usuario mayor de 18 años, sin ningún tipo de limitación cognitiva que le impida ser completamente consiente de la trascendencia del permiso que le está dando al psicólogo. Para esta forma de consentimiento no existe ningún tipo de limitación, más allá que el derecho de un tercero o las limitaciones que impone la ley.

Una forma de limitación al consentimiento idóneo se presenta cuando una persona adulta, sin ningún tipo de limitación cognitiva, da su consentimiento libre y espontaneo para una causa ilícita. En estos casos, al profesional al que le dieron su consentimiento no puede argumentar que actuó bajo la premisa del permiso dado. Tómese como ejemplo a la mujer adulta, sin ningún tipo de alteración cognitiva ni emocional, que le da permiso al médico para que se le practique un aborto no contemplado en ninguna de las causales despenalizadas en

Colombia mediante Sentencia C-355 del 2006. En este caso, lo que se practicará está tipificado como delito, según lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, y tanto la mujer como el médico estarían sujetos a las acciones punibles del Estado y el consentimiento dado por la mujer no tendría validez ya que está de por medio el derecho de un tercero, el nonato.

El consentimiento informado asistido

Este consentimiento nace de la aceptación de que no todos los menores de edad están en el mismo grado de desarrollo cognitivo, a pesar de que la ley no hace específica esta diferencia. En efecto, para la norma, el CIP de los menores de edad, es decir, personas menores de 18 años, deberá ser dado por sus padres o representantes legales. Sin embargo, la psicología ha reconocido distintas etapas o grados de desarrollo cognitivo (Piaget, 1990), los cuales son recogidos por el artículo 34 del Código Civil Colombiano, modificado por la Sentencia C-534 de 2005 de la Corte Constitucional, en donde se reconocen tres categorías referidas a los menores de edad: 1. niño, que es toda persona que no ha cumplido siete años; 2. impúber, la persona que no ha cumplido catorce años; y 3. adulto, el que ha dejado de ser impúber, es decir, que ya cumplió los 14 años pero es menor de 18 años.

El término adulto al que se refiere esta norma ha de ser entendido por el de adolescente. En efecto, la Ley 1098 de 2006, en su artículo 3º, señala que son niños y niñas los menores de 12 años, y adolescentes los mayores de 12 y menores de 18 años. Sin embargo, se presenta una diferencia de dos años entre el artículo 3º de esta Ley y el artículo 34 del Código Civil, pero debido al carácter específico de la Ley de Infancia, se debe tomar esta taxonomía como la preferiblemente aplicable.

En cuanto al CIP, ligado a la capacidad legal dispositiva, se recuerda que la Ley 57 de 1887 señala que los impúberes son incapaces absolutos, mientras que quien ha dejado de serlo, es decir, el adolescente, según se ya se estableció, es un incapaz relativo, es decir, puede disponer de su derecho a dar el consentimiento pero de manera relativa y acompañado de sus padres en concordancia con las Sentencias T-1025 de 2002 y C – 264 de 1996.

Es en la figura jurídica de la incapacidad relativa que descansa el CIP para los adolescentes. No existe una disposición clara que señale que los adolescentes pueden dar su consentimiento de manera libre, clara e informada. Al contrario, lo que la norma señala es que el consentimiento, en tratándose de menores de edad, está en cabeza de sus padres, representantes legales o acudientes debidamente autorizados. Sin embargo, desconocer el desarrollo cognitivo de los adolescentes que les permite la toma de decisiones es ir en contra del principio de autonomía, amparado constitucionalmente por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como lo ha señalado de manera reiterada la Corte Constitucional en sentencias citadas en esta Doctrina.

Sin embargo, y como se discutirá de manera detallada más adelante, cada caso es particular. Hay condiciones fácticas en donde será válido el CIP dado únicamente por el adolescente; en otras ocasiones será el dado únicamente por los padres y hay ocasiones en que será válido si lo da el adolescente asistido por sus padres. En condiciones normales, y ajenos a la litis, el CIP de los adolescentes será válido únicamente asistido por sus padres.

Como en el caso de CIP pleno, el de los adolescentes también tiene sus límites, los cuales están determinados por la ley, sobre todo en lo relacionado con la intervención que pueda afectar su libre desarrollo de la personalidad y su formación sexual. Por otro lado, tampoco será válido el consentimiento cuando hay una causa ilícita, como por ejemplo la actividad sexual con un adulto, cuando esta actividad sexual está mediada por la promesa de pago de retribución o promesa de pago de alguna especie hecha por el adulto, tal como lo señala el artículo 3º de la Ley 1329 de 2009. En estos casos, el consentimiento dado por la menor, así tenga más de 14 años, no será válido y la persona que la acceda sexualmente tendrá pena de prisión.

El consentimiento informado legal o sustituto

Salvo en casos excepcionales, en las intervenciones con menores de 12 años o con personas en condiciones de discapacidad cognitiva declaradas interdictas de acuerdo con el párrafo primero del artículo 36 de la Ley 1098 de 2006, el CIP válido será el firmado por los padres. Por lo tanto, el consentimiento informado legal o sustituto es el que dan los padres en representación de los hijos que la ley ha definido como absolutamente incapaces,

es decir, de los menores de 12 años. Sobre las excepciones a estas reglas se volverá más adelante

Elementos esenciales que le dan validez al consentimiento

Los requisitos esenciales del CIP, son la claridad de la información, la libertad de consentir, la capacidad jurídica para dar dicho consentimiento, y en algunos casos, debe ser escrito. Si cualquiera de estos requisitos no se cumple, el CIP pierde validez y podría dejar sin efecto toda la actuación del psicólogo.

La claridad de la información

Tal como ya se ha definido, el CIP es el proceso dialógico por lo que es requisito esencial que los términos utilizados por el profesional de la psicología deben ser lo suficientemente claros como para que el usuario le comprenda. El psicólogo debe cerciorarse de ello. La claridad en la información dada por el psicólogo es lo que garantiza la libertad del usuario a tomar o no sus servicios de manera libre y espontánea.

La claridad y sencillez utilizada por el psicólogo en el proceso de la toma del consentimiento es lo que permite que el proceso sea dialógico, con lo que se está garantizando y respetando a la otra persona en toda su magnificencia y dignidad. La utilización de términos técnicos, artificiales y científicos, de poco uso común, y sólo comprensibles para el selecto círculo de profesionales de la psicología, no garantiza el proceso del consentimiento, por lo que la decisión del usuario no sería libre e informada como se determina en un Estado Social de Derecho en donde se defiende la dignidad de las personas.

Por otro lado, si la información no está clara, se le estaría violando al usuario su derecho fundamental a la información clara, oportuna y veraz (Corte Constitucional, 2016). En ese sentido, esta Corte señaló que el consentimiento informado, como derecho, consiste en ser informado de manera clara, objetiva, idónea y oportuna de aquellos procedimientos médicos que afecten en mayor o menor medida otros bienes jurídicos esenciales como la vida y la integridad personal (Corte Constitucional, Sentencias SU - 337 de 1999 y T-1019 de 2006).

La claridad en la información cobra especial importancia en donde la actuación del psicólogo es esencial como en la toma de decisiones en la interrupción voluntaria de embarazo en los casos no penalizados (Hernández, 2016), en la eutanasia y en el ejercicio de la psicología en contextos forenses. En los dos primeros casos está de por medio la vida digna de las personas, su futuro y el libre desarrollo de la personalidad, mientras que en el tercero está de por medio la libertad de una persona, su dignidad, su buen nombre, el derecho fundamental a la no autoincriminación y el derecho a tener una familia.

La Libertad de consentir

La libertad que tiene una persona para tomar sus propias decisiones, en el ejercicio de su libre albedrío, sin otras limitantes que el derecho de los demás, es la manifestación suprema del libre desarrollo de la personalidad y la evidencia del respeto a su dignidad humana por parte de los demás. Sin embargo no todas las personas están en las mismas condiciones de desarrollo cognitivo, emocional, cultural y académico que les permita la toma de las decisiones más acertadas para su vida, y menos aún, al tratarse de situaciones en que está en riesgo su salud física y psicológica, su proyecto de vida, su libertad y el derecho inescindible de todo ser humano de pertenecer a una familia.

En situaciones así, la persona puede acudir, ya sea por voluntad propia o por mandato de otro, a donde un profesional de la psicología, frente al que descubren su cuerpo o su alma, en “vista de la necesidad de curación o búsqueda del verdadero yo” (Corte Constitucional, sentencia T- 477 de 1996), o lo que resulta más dramático, para demostrar su inocencia en sede penal cuando su honorabilidad está en discusión o se discute su capacidad para ser un buen padre o una buena madre, en un proceso de tenencia y custodia parental.

En estos escenarios, el comportamiento ético del psicólogo se concreta en dos de sus actuaciones: en darle al usuario una información clara, pertinente, conducente y oportuna, en donde se expliciten las consecuencias de los resultados de su intervención, por un lado, por otro, en cerciorarse de que el usuario le ha entendido. Estas dos condiciones garantizan que el permiso que le da el usuario al psicólogo, implican que su decisión está libre de toda presión y que su consentimiento adolece de vicios (Artículo 1502 de la Ley 57 de 1887).

Los resultados de la intervención del psicólogo no tienen las mismas consecuencias para todos los usuarios. En ámbitos forenses o laborales, las consecuencias de la intervención del psicólogo pueden determinar que una persona no logre su empleo o que lo pierda, que pierda la libertad o que un hijo se quede sin su padre o madre cuando éste o ésta son privados de la libertad o de la patria potestad o de la custodia.

En estos escenarios, la responsabilidad ética del psicólogo ha de ser extrema. El psicólogo debe estar alerta ya que sus servicios pueden ser mal utilizados o con intención dolosa de una persona para hacerle daño a otra, tal como lo prevé el artículo 21 de la Ley 1090 de 2006, el cual señala que el profesional de psicología deberá rechazar, llevar a cabo la prestación de sus servicios cuando haya certeza de que puedan ser mal utilizados o utilizados en contra de los legítimos intereses de las personas, los grupos, las instituciones o las comunidades.

Asimismo, en los ámbitos jurídicos, la información que el psicólogo le brinda al usuario debe incluir la consagración constitucional plasmada en el artículo 33 Superior, según la cual, nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta prescripción no sólo garantiza el cumplimiento de los derechos del usuario, sino que evidencian el comportamiento ético del psicólogo de garantizar el bienestar del usuario, evitándole todo daño y posibilitando su autonomía para la decisión informada de dar su consentimiento.

En consecuencia, la libertad para dar el consentimiento por parte del usuario está ligada a su capacidad de entender las consecuencias de dicha decisión, por lo que cualquier situación normal o anormal que no permita dicha comprensión deberá ser tomada en cuenta por el psicólogo. Ello es lo que obliga a que sean los padres del menor de edad, o del acudiente debidamente autorizado de la persona en condición de discapacidad cognitiva, quienes den su consentimiento a nombre de estos.

La incapacidad de la persona, ya sea por minoría de edad o por anormalidad cognitiva, no garantiza el cumplimiento de la disposición de que el consentimiento sea libre e informado, ya que, a pesar de la buena actuación del psicólogo, las condiciones cognitivas

del menor de edad, o del aquejado por anormalidad cognitiva, no le permiten comprender el alcance del permiso dado al psicólogo. En estas situaciones, la ley ha contemplado la figura del consentimiento sustituto el cual está en cabeza de los dos padres en virtud al derecho consagrado en la figura de la patria potestad del cual se desprende el derecho de los padres a ser los representantes de sus hijos menores de edad o en condición de discapacidad cognitiva.

Patria potestad y representación legal de los hijos

La Corte Constitucional (Sentencias SU – 337 de 1999 y T- 1019 de 2006) señala que en relación con menores de edad, “[...] procede el consentimiento sustitutivo de los padres, con ciertas limitaciones, como quiera que por su corta edad no reconocen la realidad que los rodea y carecen de conciencia suficiente para autorizar tratamientos médicos sobre su propia salud”. Con esta máxima, la Corte en cita, está reconociendo dos cosas: la primera que el consentimiento sustituto está en cabeza de los dos padres en virtud a los derechos y deberes que se desprenden de la ficción jurídica de la patria potestad y, segundo, que dicho derecho tiene limitaciones.

La patria potestad está concebida como el conjunto de derechos y facultades que la ley atribuye al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad no emancipados (Corte Constitucional, Sentencia C- 404 de 2013), mediante la figura de la representación legal, la cual está en cabeza de los dos padres tal como lo dispone el artículo 62 de la Ley 57 de 1887, modificado por el artículo 1º del Decreto 772 de 1975, el cual señala que la representación de incapaces está en cabeza de los padres quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de edad. En caso de que falte uno de ellos, continúa la norma en cita, la representación legal será ejercida por el otro.

Así lo entiende la Corte Constitucional (Sentencia C-262 de 2016) al señalar que es en el marco constitucional conformado por los artículos 42 y 44 Superiores que debe interpretarse la definición legal establecida en el artículo 288 de la Ley 57 de 1887 que establece que “la patria potestad es el conjunto de derechos 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”.

La norma es clara y no permite ninguna otra interpretación: La patria potestad está en cabeza de los dos padres, por ello, son los dos padres quienes debe dar el consentimiento a nombre de sus hijos menores de edad. Desconocer el derecho de un padre en el ejercicio del CIP es atentatorio contra los derechos de dicho padre.

Esta discusión fue zanjada en España al tenor de lo que prescribe el artículo 25 del Código de Ética del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, el cual señala que:

Al hacerse cargo de una intervención sobre personas, grupos, instituciones o comunidades, el/la psicólogo/a ofrecerá la información adecuada sobre las características esenciales de la relación establecida, los problemas que está abordando, los objetivos que se propone y el método utilizado. En caso de menores de edad o legalmente incapacitados, se hará saber a sus padres o tutores. En cualquier caso, se evitará la manipulación de las personas y se tenderá hacia el logro de su desarrollo y autonomía.

Es diáfana la norma al señalar que el psicólogo le hará saber a los padres de menores de edad lo que éste hará, en correspondencia con el ejercicio de la patria potestad. Al respecto, García (2018) señaló, entre otras, que cada día es más común la existencia de progenitores que quieren realizar evaluaciones a menores sin consentimiento del otro progenitor. Esta situación puede no ser tenida en cuenta por el juez y puede tener consecuencias nefastas para la parte que intenta ignorar los derechos derivados de la patria potestad del menor que amparan al otro progenitor (García, 2018).

En consideración con lo anterior, la misma autora recomienda al psicólogo informar al progenitor no solicitante de la intervención que se va a llevar a cabo con su hijo menor de edad. Con la información se le invita a que participe en todo el proceso de evaluación de tal forma que se consiga el objeto real de la pericia (García, 2018). En algunos casos, el progenitor no solicitante puede dar su consentimiento de forma explícita o permitirla mediante la no oposición a la intervención. En caso de que un progenitor se oponga a la evaluación de los menores, sólo se podrá intervenir sobre ellos mediante la autorización judicial (García, 2018).

Situación similar se deberá aplicar en Colombia en consideración a que la representación legal de los menores y la patria potestad (artículos 62 y 288 del Código Civil) están en cabeza de los dos padres y el desconocimiento de los derechos de uno de ellos, y de contera, los derechos del menor, entre ellos el de tener una familia, genera un maltrato hacia el padre que no es tenido en cuenta, contrario al principio de beneficencia y no maleficencia que guían el proceder ético del psicólogo, máxime en litigios en donde los hijos pueden ser manipulados por uno de sus padres para hacerle daño al otro. En ese sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló:

No soslaya la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiverse, sea por ignotos intereses personales o ***por manipulación, las más de las veces parental*** (2013) (cursiva y negrilla fuera de texto).

También puede suceder que un padre o una madre, o los dos, no quieran dar su consentimiento para una evaluación psicológica de su hijo menor de edad, o de hijo con capacidad cognitiva anormal porque tengan un interés negativo en la causa, es decir, porque con la evaluación psicológica se puede poner en evidencia el maltrato parental de que está siendo objeto el hijo dependiente. En situaciones así, el psicólogo actuará teniendo en cuenta los derechos prevalentes del niño, los cuales podrían estar siendo vulnerados, recurriendo a la autoridad competente para su restablecimiento.

Así lo manifiesta el artículo 193 (8) de la Ley 1098 de 2006 al disponer que en los procesos judiciales penales en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes, para hacer valer el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, su protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en la Ley 1098 de 2006, la autoridad judicial tendrá en cuenta la opinión de los niños, las niñas y los adolescentes en los reconocimientos médicos que deban practicárseles. Se tendrá en cuenta su consentimiento.

Cuando el niño, niña o adolescente no puedan expresar su consentimiento, lo darán sus padres, representantes legales o en su defecto el defensor de familia o el comisario de

familia y a falta de estos, el personero o el inspector de familia. En casos extremos, de ser totalmente necesario, se acudirá al juez de control de garantías quien decidirá si la medida debe o no practicarse de acuerdo con el ya citado numeral 8 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

Esta misma situación se podrá aplicar en los procesos civiles, en especial en sede de familia en donde el interés de los niños debe ser prevalente. En toda actuación del psicólogo, en donde estén en juego los derechos de los hijos dependientes, su deber será poner en conocimiento de la autoridad competente esta situación. El psicólogo no puede fungir como juez y determinar la responsabilidad de uno de los padres o la de los dos, desconociendo sus derechos enquistados en la patria potestad, para hacer evaluaciones sin el consentimiento informado y calificado de los padres.

El psicólogo deberá hacer un análisis situacional y circunstancial, el cual deberá quedar debidamente documentado en la historia clínica, o en los documentos profesionales, en donde se consigne cuál fue el análisis que hizo, sobre qué principio ético basó su decisión y si es consciente de que su actuación podría estar alejada de la prescripción normativa.

El psicólogo no se puede escudar en el prurito de que si se le dice a un padre que su hijo dependiente va a ser evaluado por solicitud del otro padre, se le estarían vulnerando sus derechos a la defensa o al debido proceso. Ese análisis no es competencia del psicólogo. Su compromiso es con los principios éticos que signan su praxis profesional, dentro de los cuales está el principio de beneficencia. Como lo señala García (2018), anteriormente citada, desafortunadamente, algunos padres pueden utilizar a sus hijos como instrumentos para hacerle daño al otro padre, en situaciones, por ejemplo de negligencia parental o de abuso. O ser utilizados, en la mayoría de los casos, por ignotos intereses de sus padres (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

La instrumentalización de los hijos dependientes para hacerle daño a uno de los padres, o las dos, no solo proviene de uno de ellos; también puede provenir de cualquier otro miembro de la familia nuclear o de la familia extensa, e incluso de alguien externo a ella. Es en estos casos en los que el psicólogo ha de actuar motivado por sus principios éticos, y no prestar sus servicios sabiendo que estos van a ser utilizados en contra del otro padre tal

como lo dispone el artículo 21 de la Ley 1090 de 2006, y de contera del hijo dependiente, pues ha de tener presente que un hijo sin familia, sin padre o madre, es un hijo al que se le ha violado lo más sagrado que pueda tener: su derecho fundamental a tener una familia, el más prevalente de todos los derechos del menor de edad, tal como lo señala el artículo 44 Constitucional al predicar, como derecho fundamental del niño, entre otros, a tener una familia y no ser separados de ella. Los demás derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes se concretan en el seno de su familia.

Es por ello que la familia goza de una especial protección por parte del Estado (artículo 42 Constitucional) y continúa siendo la base de la sociedad, al punto que la misma Corte Constitucional, en favor , precisamente de la institución familiar, protege el derecho a no declarar en contra del cónyuge, compañero permanente o familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, incluso ante la existencia de un deber de denunciar las conductas punibles cuando el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad y se afecte su vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual (Corte Constitucional, Sentencia T-321 de 2017).

El consentimiento debe ser escrito

El proceso dialógico del consentimiento informado no necesariamente debe quedar por escrito en todos los casos. Sin embargo, hay situaciones en las que por la complejidad de las circunstancias se hace necesario que el consentimiento quede plasmado en un documento. Por ejemplo, la Ley 1098 de 2006 señala que el consentimiento, en casos de adopción debe quedar por escrito. Esa misma consideración la tiene la Corte Constitucional cuando señala que debido a la complejidad de los tratamientos médicos, el consentimiento del paciente debe quedar por escrito. La Corte en cita señaló: “[...] en estos escenarios se deben exigir ciertas formalidades para que dicho consentimiento sea válido, tales como que se dé por escrito y que sea persistente. Lo anterior, con miras a reforzar las garantías de autonomía, información y salud del paciente” (Sentencia C-182 de 2016).

En el caso del CIP se recomienda que el proceso dialógico quede consignado en un documento, el cual, no sólo garantiza el derecho del usuario, sino que se constituye en un instrumento oponible en caso de que al psicólogo se le quiera investigar por falta de este.

En ese sentido, el documento en que se consigna el consentimiento en la praxis del psicólogo se constituye, más que en una exigencia para el psicólogo, en un derecho del cual dispone el profesional en caso de que su consultante o su representante legal presenten queja en su contra por falta del mismo.

Excepciones a las reglas generales del CIP

Cada intervención del psicólogo es única y particular. Se puede dar la situación en que debido a las condiciones fácticas de cada caso, sea imposible obtener el consentimiento informado, como en condiciones de emergencia o en las de los primeros auxilios psicológicos. También, tratándose de menores de edad, el consentimiento de los padres puede resultar no necesario o contraproducente. En tales situaciones, el psicólogo deberá ponderar, y así dejarlo por escrito, por qué no se recurrió a los padres o por qué consideró que no era prudente la intervención de ellos o no era necesaria.

Por otro lado, tratándose de menores de edad, la Corte Constitucional ha establecido algunas circunstancias en que el consentimiento válido será el que den los mismos menores de edad o el juez, no el de los padres. En el primer caso, sólo será válido el consentimiento del menor de edad cuando esté en juego su libre desarrollo de la personalidad o su proyecto de vida, como en situaciones de la interrupción voluntaria del embarazo producto de la violencia sexual (Sentencia C-355 de 2006) o en aquellas circunstancias de identidad o ambigüedad sexual (Sentencia T-560A de 2007). En el segundo caso, cuando se trate de la esterilización de la mujer en condiciones de discapacidad cognitiva (Sentencia C-182 de 2016).

Se reitera, cada caso es tan particular que obliga al psicólogo a hacer un análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar para la exigencia del CIP con los menores de edad. En condiciones normales, el consentimiento lo darán los padres, o frente a la negativa de uno de ellos o de los dos, lo dará la autoridad competente.

En situaciones extraordinarias, en donde no se pueda obtener el consentimiento de los padres, ni de la autoridad competente, por fáctica imposibilidad, por una urgencia manifiesta o porque el menor no lo permite o no lo quiere, el psicólogo deberá proceder guiado por los principios éticos de la beneficencia, la no maleficencia, la autonomía y la

justicia. En situaciones así, el psicólogo deberá dejar consignado el porqué de su actuación, así como las acciones materiales llevadas a cabo para dar cumplimiento con la norma, pero que no le fue posible.

Excepciones para obviar el CIP de uno, de los dos padres o del acudiente debidamente autorizado.

La norma general propone que el psicólogo no podrá iniciar ninguna actuación sin el consentimiento del usuario, o en tratándose de menores de edad o de persona en situación de discapacidad cognitiva, sin el cometimiento de su representante legal o acudiente debidamente autorizado. Sin embargo, el psicólogo se puede ver ante una situación de extrema necesidad de intervenir sin el consentimiento del usuario o de su representante legal, ya sea por una situación de urgencia, como en el caso de los primeros auxilios psicológicos, o porque están en juego los derechos a la dignidad y la autonomía del menor de edad, o en circunstancias de actos urgentes judiciales o cuando los derechos de los niños, niñas y adolescentes estén en evidente peligro por parte del acudiente debidamente autorizado.

La Corte Constitucional, en Sentencia de unificación No. 337 de 1999, señaló que los padres y tutores no pueden tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, dado que el menor de edad tiene *“[...] una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional [...]”* En consecuencia, la premisa general de que son los padres o el acudiente debidamente autorizado del menor de edad quien tiene que dar el consentimiento es relativa. Por ello, se insiste, cada caso es particular. Si con el consentimiento de los padres o con la negativa de estos se ponen en peligro los derechos fundamentales del menor, lo que se ha de tener en cuenta es el consentimiento del menor, dependiendo de su desarrollo cognitivo.

El consentimiento de los padres no procede cuando se trata de decisiones que afecten la libertad y el libre desarrollo de su personalidad, tal como lo señala la Corte Constitucional en Sentencia T-560A de 2007, que señaló, entre otras que *“[...] no es legítimo el consentimiento sustituto paterno [...] la menor ya goza de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida [...]”* Lo

anterior se aplica para cuando al menor o a la menor de edad se le han de hacer cirugías que determinen su vida, como en el caso del hermafroditismo. Por otro lado, tratándose de niñas menores de 14 años embarazadas, se ha de tener en cuenta su consentimiento, siendo este el que prevalecerá, luego del acompañamiento psicológico, social y médico llevado a cabo con la niña, en los casos de la interrupción voluntaria del embarazo, según se desprende de lo prescrito por la Corte Constitucional en Sentencia C-355 de 2006.

Se pueden presentar otras circunstancias en que el psicólogo se verá en la necesidad de actuar con un menor de edad sin el cometimiento de los padres, de uno de ellos o del acudiente debidamente autorizado. Estas circunstancias están relacionadas con los ambientes jurídicos. En sede penal, un menor puede ser llamado a juicio como testigos de un punible o como víctimas del mismo. En situaciones así, el psicólogo deberá proceder bajo las premisas establecidas en lo pertinente por la Ley 1652 de 2013 y en lo señalado por las Sentencias T- 117 de 2013 y C-177 de 2014 de la Corte Constitucional.

En condiciones normales, en el ámbito jurídico, así como en cualquier otra actuación del psicólogo con menores de edad o de personas en condiciones de discapacidad, el consentimiento lo darán sus padres o el acudiente debidamente autorizado. Sin embargo, se puede presentar la circunstancia en que uno o los dos padres, o el acudiente debidamente autorizado, no den su consentimiento ya sea por el interés de que no salgan a la luz situaciones que lo pueden incriminar o porque no quiere colaborar con la justicia. Si es en sede penal, se deberá actuar según lo dispuesto por el artículo 205 de la Ley 906 de 2004 y/o en el 193, numeral 8, de la Ley 1098 de 2006.

Si la actuación es en sede civil, siendo el juez quien decretó la prueba pericial psicológica en el menor de edad y ante la circunstancia de que uno de los padres se niegue a dar su consentimiento por ignotos intereses, es imperativo para el psicólogo informarle a dicho padre de las consecuencias adversas de su negativa, la cual puede ser valorada por el juez como prueba indiciaria en su contra en concordancia con lo establecido en lo pertinente en el Ley 1564 de 2012.

A pesar de las anteriores circunstancias, y en cualquier otra en donde sea procedente, el psicólogo no podrá obviar, de acuerdo con la madurez cognitiva del menor, el proceso

dialógico del consentimiento informado con el mismo menor, en donde se le informará lo que se hará y cómo se va a hacer, la importancia de la evaluación, sus consecuencias y la libertad que tiene para dejar que el psicólogo haga la evaluación psicológica forense. También se le pondrán de presente las disposiciones que sobre el secreto profesional dispone el artículo 2º ordinal 5º de la Ley 1090 de 2006.

En cualquier área de actuación del psicólogo en donde no pueda contar con el consentimiento de los padres, de uno de ellos o del acudiente debidamente autorizado, éste deberá dejar constancia en la historia clínica, ficha técnica, archivo profesional o en los demás acervos documentales, con su debido soporte y sustentación, según el caso, y lo deberá expresar en el informe. Por otro lado, si la intervención del psicólogo con un menor de edad se hace a expensa de un agente oficioso en los términos del artículo 49 de la Ley 1306 de 2009, el psicólogo deberá informar a los padres o a uno de ellos, cuando estos no sean la causa de la evaluación por maltrato físico, sexual o psicológico.

En todo caso, y si el psicólogo determina que no hay peligro para el menor de edad, el informe de su intervención lo entregará únicamente a los padres en concordancia con lo dispuesto en lo pertinente por el artículo 25 de la Ley 1090 de 2006.

Se reitera, la excepción del consentimiento informado del acudiente del menor de edad, el cual subsume a los padres, sólo se practicará si los padres, o acudientes debidamente autorizados, no dan su consentimiento por cualquier circunstancia, o se encuentra ausente o ausentes, y no hay autoridad legítima quien asuma el consentimiento, y se actúe en búsqueda del bienestar y el interés superior del niño, niña o adolescentes, respetando su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad y se actué con justicia. En ningún caso la excepción puede ser regla.

En los casos en que el psicólogo actúe con un menor de edad sin el consentimiento del acudiente debidamente autorizado, incluyendo a sus padres, y uno de ellos, o los dos, interponga por esta actuación una queja ante los tribunales deontológicos y bioéticos de psicología, el psicólogo en su defensa podrá esgrimir, como prueba documental, que hizo lo que estaba a su alcance para que los padres o padre dieran su consentimiento sin lograrlo, tales como llamadas telefónicas, correos electrónicos, o mensajes de texto por mensajería

electrónica inmediata vía web, los cuales deben descansar como anexos a la historia clínica o en los demás documentos de trabajo del psicólogo. También puede argumentar en su defensa que actuó en aplicación de los principios éticos que rigen su profesión: la búsqueda del bienestar del menor, evitándole el mal, respetando su autonomía y actuando con justicia. Asimismo, podrá argumentar que utilizó, para tomar su decisión, una de las herramientas éticas tales como la doctrina del mal menor o la del doble efecto. Desde lo legal, el psicólogo podrá argumentar que basó su actuación ante la necesidad de proteger el derecho y el interés superior del menor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32, ordinal 7, de la Ley 906 de 2004.

Reflexiones generales⁵

Atendiendo a la experiencia en el ejercicio de la magistratura en los Tribunales Deontológicos y Bioéticos de Psicología y, desde la actual Dirección Ejecutiva de Tribunales, se quiere, respetuosamente y para aportar a la reflexión, adicionar a este documento las siguientes consideraciones:

De las reflexiones precedentes se desprende, primeramente, que el consentimiento informado otorgado por quien ejerce la representación legal con carácter general y la patria potestad en particular, tiene que ser emitido, en primer lugar, en virtud del deber de velar por el menor. Y dicho deber, en segundo lugar, tiene que ser ejercido a favor del interés superior del niño. Ello se fundamenta al reconocer que el deber de asistencia, de salud y protección de los hijos menores de edad recae sobre los padres. De otra parte, al pensar el Consentimiento Informado de los padres como una manera de reconocer la patria potestad, no se debe perder de vista que la patria potestad debe ser ejercida siempre en beneficio de los hijos, lo cual comprende, entre otros, el deber de velar por ellos.

Es así que, en tercer lugar, en todo asunto que afecte a los intereses del niño, éste tiene derecho a expresar su opinión y a ser escuchado, por consiguiente, tiene derecho a ser informado sobre su situación en aras de poder manifestar su postura [Entre otros, art. 12 de la Convención de Derechos del Niño de 1989].

⁵ Reflexiones finales propuestas por Acero, P. D., Director Ejecutivo de Tribunales, Colpsic

En este mismo sentido de la discusión, la Corte Constitucional, mediante Expediente D- 8523 - Sentencia C-900/11 nos apoya en la reflexión al atender una demanda y declarar exequible el numeral 6 del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006. Tal como esa alta instancia lo recoge: “El problema jurídico a resolver consistió en definir si al establecerse como una de las obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud, la de garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida, se desconoce la autonomía personal (artículo 16 Constitución Política), la libertad de conciencia (artículo 18 Constitución Política) y el debido proceso (artículo 29 Constitución Política). Lo anterior, cuando no sea posible obtener autorización del representante legal, ya sea por imposibilidad fáctica de obtenerlo o cuando éste no autorice por razones personales, culturales, de credo o sea negligente”.

Nuevamente se recuerda que el objetivo del consentimiento informado es garantizar la dignidad del usuario, quien debe estar en posibilidad de ponderar y decidir acerca de las implicaciones, beneficios y riesgos del proceder de los profesionales, en este caso de los psicólogos, y como ha quedado suficientemente señalado por la jurisprudencia constitucional, éste debe contar con las características de ser libre, informado, autónomo, constante y en algunas ocasiones, cualificado.

En la citada sentencia C- 900/11, la Alta corte pone de manifiesto que “En el caso de los niños, niñas y adolescentes, en principio, corresponde a quienes ejercen la patria potestad prestar su consentimiento para la práctica de las distintas intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para la recuperación o rehabilitación de un estado patológico, a través del denominado *consentimiento sustituto*”.

Al resolver la demanda la Corte aclara, sin embargo, que el numeral 6 del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006 “...no establece una autorización general para el personal médico de practicar procedimientos médicos sin el consentimiento de los representantes legales, sino solamente en los casos de urgencia manifiesta que ponga en peligro la vida de los infantes o adolescentes, caso en el cual ordena al sistema de salud actuar de forma inmediata, incluso cuando no sea posible obtener dicha aquiescencia. Se trata entonces, de situaciones

urgentes, indispensables e inminentes que requieren la decisión e intervención inmediata de personal médico” y hace énfasis en que “...se ha considerado válido prescindir de autorización en caso de los menores de 18 años, cuando exista. (a) inminencia del peligro para la vida del niños; (b) carencia o ausencia de representante legal o imposibilidad para otorgar el consentimiento; (c) negativa del padre a autorizar un procedimiento médico, derivada de razones personales, de credo o de cultura y (d) la consideración del interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos. Advirtió que el derecho de actuar conforme a la conciencia, como todo derecho fundamental, está sujeto a límites. Tal situación se presenta, cuando está de por medio la vida de un niño, niña o adolescente y es necesario proceder en la forma que lo establece el numeral 6) acusado.

Nótense dos cosas: la Corte habla en plural de los representantes legales y explicita los casos en los cuales se podría actuar sin la debida obtención del consentimiento informado. De lo anterior se desprende lo que ya se ha reconocido anteriormente en relación a que no hay derechos absolutos y ello es un aspecto jurídico a tener en cuenta a la hora de enfrentarse a episodios dilemáticos en relación con el consentimiento informado desde el derecho. Pero en relación con el fundamento ético que debe impregnar las decisiones de los psicólogos sobre el asunto que estamos tratando, lo que se espera de los profesionales de la psicología es que estén en capacidad de evidenciar fehacientemente que, al intervenir con menores de edad, y en los casos en que no se cumplió con el ejercicio del consentimiento informado, el “profesional infractor” (como lo llamaría la Corte Constitucional, - Sentencia C-411/93) deberá estar en capacidad de demostrar que obro atendiendo a una situación extrema (“... *Claro que en situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviera sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional infractor en alguna de las causales justificativas del hecho.*”) y que realizó lo que estaba a su alcance por cumplir no solo con la norma sino con sus principios éticos que le obligan a reconocer la dignidad de todas las personas así estas estén incursas presuntamente en el cometimiento de un ilícito y a respetar la autonomía de todos los implicados directa e indirectamente en su ejercicio profesional.

Como se espera, al tener en cuenta lo ya abordado en el presente escrito, es evidente, desde el punto de vista ético, que el consentimiento informado, refleja la inevitable tensión entre al menos dos principios: el de Autonomía que es inherente al consultante o usuario de los servicios psicológicos y el de Beneficencia que se establece como fundamento del ejercicio profesional del psicólogo.

El principio de autonomía, adecuadamente comprendido y aplicado por el profesional, no significa otra cosa que reconocer el derecho de los usuarios a rechazar o aceptar la valoración o tratamiento con base en información adecuada, clara y detallada de lo que estos implican y de las bondades y posibles consecuencias negativas, así como de las alternativas que estén disponibles de acuerdo a lo aceptado por la comunidad científica. De igual modo este principio reconoce al usuario la plena libertad de suspender o apartarse de una intervención en cualquier momento de la misma sin coacciones o consecuencias negativas para él.

Por otra parte, el principio de beneficencia, ha de incluir el compromiso del profesional de la psicología de no hacer daño a ningún nivel, el deber de prevenir el mal o el sufrimiento, el deber de hacer o de promover el bien, en otras palabras, el principio de beneficencia consiste en hacer en todo lo mejor en procura del bienestar para el paciente. Todo lo anterior conjugado con la prudencia y determinación del psicólogo de alejarse de esquemas de acción paternalistas derivados de la posición de poder que le confieren sus conocimientos o su cargo.

En línea con las anteriores posturas, el ICBF, a través de su Oficina asesora Jurídica ha emitido pronunciamientos en los conceptos 12 del 4 de febrero de 2015, 109 del 15 de septiembre de 2016 y 106 de 2017, a partir de los cuales, aunque esa misma entidad aclara que no son "...de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015... tienen carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF..." De dichos pronunciamientos se extrae la siguiente conclusión: "En el caso de los niños, niñas y adolescentes la protección del derecho a la vida y a la integridad personal de los infantes es

un deber prioritario y por tanto resultan en principio admisibles aquellas medidas que garantizan la primacía de sus derechos, incluso en contra de la determinación de los padres o tutor”.

Con base en lo ya expuesto, se podría inferir que los psicólogos, pueden enfrentarse a situaciones en las cuales podrían elegir no atender al mandato señalado en la Ley 1090 de 2006 acerca de no practicar intervenciones sin consentimiento autorizado, dada la fuerza de la realidad. Pero para estos casos, ha de ser claro que este tipo de actuaciones del psicólogo deben constituirse en una excepción y no la regla y que tal modo de obrar debe estar sustentado en una profunda reflexión ética bajo la cual el profesional, a sabiendas de que se aleja del cumplimiento de la norma y que, en consecuencia, se expone a ser investigado por los Tribunales deontológicos y bioéticos de psicología, decide, impulsado por la primacía del principio de beneficencia, no efectuar el proceso de consentimiento informado con los padres de un menor o sin la aquiescencia de uno de ellos. Sin embargo, en estos casos, las actuaciones realizadas por los psicólogos en procura de obtener la firma del consentimiento informado por parte del o los padres que por diversas razones no haya sido posible lograr, deberán quedar consignadas en el propio documento de consentimiento o en el informe de valoración, historia clínica o registro profesional, según sea el caso.

En relación con lo anterior, no podemos dejar de lado, por considerarlo muy pertinente, lo manifestado por la Corte Constitucional en su Sentencia T-560A/07 cuando señaló entre otras cosas que “...En ocasiones puede presentarse que no exista acuerdo entre los padres de un menor que requiera la realización de un tratamiento o procedimiento médico y que por tanto deba otorgarse el consentimiento informado para la realización del mismo. En estos casos debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 307 del Código Civil que dice: En los casos en que no hubiere acuerdo de los titulares de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos de que trata el inciso primero de este artículo o en el caso de que uno de ellos no estuviere de acuerdo en la forma como el otro lleve la representación judicial del hijo, se acudirá al juez o funcionario que la ley designe para que dirima la controversia de acuerdo con las normas procesales pertinentes. Debe por tanto acudir a

la jurisdicción de familia para solicitar al juez que se resuelva bajo el proceso verbal, el conflicto presentado”.

Ahora bien, si se trata de un caso en donde se deba salvaguardar la vida, integridad personal y salud del menor y por tanto no se pueda esperar hasta la sentencia de un proceso judicial, las disposiciones legales orientan en el sentido de que puede aplicarse lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-474 de 1996 donde se analizó un caso de un menor de 16 años al que se le diagnosticó cáncer severo de rodilla y para su tratamiento requería transfusión de sangre, tratamiento que rechazó el menor, dado que pertenecía a la iglesia de los Testigos de Jehová y su padre estaba en desacuerdo con su decisión. Para abordar este complejo asunto, en la mencionada sentencia la Corte expresó: “La institución de salud responsable de la atención médica del menor, debió cumplir con sus obligaciones dando prelación a la defensa y protección del derecho a la vida del paciente, para lo cual, ante la negativa del joven de recibir un tratamiento que se le recomendó como urgente y necesario dada la gravedad de su estado, debió consultar y contar con la opinión de por lo menos uno de sus padres, y dado el conflicto de posiciones entre uno y otro acoger y aplicar aquella que le garantizara al menor el acceso inmediato a todos los tratamientos y recursos científicos disponibles para salvar su vida, con mayor razón cuando el organismo especializado al que consulto, se había pronunciado señalando que se acogiera la decisión del padre”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el procedimiento a seguir por el profesional de la psicología, “...cuando exista discrepancia entre los padres de un menor que requiere un procedimiento o tratamiento urgente, será el de actuar considerando el bienestar del menor y por tanto, haciendo valer el consentimiento informado del padre que otorgue el consentimiento que se requiere para evitar mayores daños o perjuicios al paciente. Si se trata de un caso no urgente, pero los padres del menor optan por tomar una decisión que pone en peligro la vida de su hijo, deberá el profesional de la salud propender por que sea el juez de familia el que dirima el conflicto, esto a efectos de que se tome la decisión más favorable para el menor”.

Volviendo sobre lo planteado acerca de que, cuando el psicólogo elige, luego de realizar un análisis ético, no realizar el proceso del consentimiento informado, de acuerdo a lo estipulado por la Ley, por cuanto la situación implica poner por sobre todo el interés prevalente del bienestar del menor, sería deseable que el profesional tenga como referente de su actuación lo señalado por Beauchamp y Childress (2001) cuando indican que, con el fin de legitimar la violación de una norma "*prima facie*" para adherir a otra, ha de ser necesario:

- Proporcionar mejores argumentos derivados de la norma que prevaleció, que los que presenta la norma que fue infringida. (Algunos argumentos, por ejemplo, podrían "...que la vida del niño es más importante que un conjunto de deseos o valores morales; que no es la moral del niño la que está en discusión, sino la de los padres; que el niño merece la oportunidad de crecer y tomar sus propias decisiones. Entre otros)
- Demostrar que el propósito moral que justifica la infracción tiene que tener chances de ser alcanzado;
- Evidenciar que ninguna acción alternativa moralmente preferible puede ser encontrada;
- Argumentar sobre la manera en que la forma seleccionada de infracción es la única posible para alcanzar el bien procurado por la acción.
- Mostrar como el agente infractor ha tomado precauciones para tratar de minimizar los efectos negativos de la infracción.

De cualquier manera, el psicólogo ha de tener en cuenta que cualquier desconocimiento que se haga de la dignidad y autonomía de los dos padres o de uno de ellos, necesariamente tendrá, además de las implicaciones éticas, implicaciones en las relaciones familiares, más aun cuando también en algunos casos, si no es posible obtener el consentimiento de los padres, podría el profesional, para la toma de la decisión, ampliar el círculo de la toma de decisiones, (Ley 1098, artículo 193 (2)) implicando a otros miembros de la familia, representantes de las instituciones estatales pertinentes y el comité de bioética clínica de la institución, según fuere el caso.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que la experiencia permite evidenciar que, en no pocos escenarios de aplicación del conocimiento psicológico, quienes han elaborado el manual de funciones, bajo el cual los profesionales de la psicología son contratados, no han sido psicólogos, de manera que una de las primeras acciones profesionales ligadas a la ética radica en que el psicólogo eduque a quienes son sus jefes y compañeros de labor, sobre los límites de su competencia (artículo 35 Ley 1090), sobre su derecho a rehusar "...hacer evaluaciones a personas o situaciones cuya problemática no corresponda a su campo de conocimientos o no cuente con los recursos técnicos suficientes para hacerlo" y a "No practicar intervenciones sin consentimiento autorizado del usuario, o en casos de menores de edad o dependientes, del consentimiento del acudiente" (artículo 36, literales b) e i), respectivamente.

Referencias

Andorno, A. (2012). Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Tecnos. Disponible en file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/BIOETICA-Capitulo_1-libre.pdf

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Nacional. Bogotá: Imprenta Nacional

Beauchamp TL, Childress JF. (2001) Principles of biomedical ethics. 5ª ed. Nova York: Oxford.

Beauchamp, T. M. y L. & Childress, J. F. (2002). Principios de Ética Biomédica. Barcelona: Masson.

Colegio Colombiano de Psicólogos (sf). Respuesta pregunta frecuente No. 16. Bogotá: Colegio Colombiano de Psicólogos. Disponible en <http://www.colpsic.org.co/quienes-somos/preguntas-frecuentes/24>

Colegio Colombiano de Psicólogos (sf). Respuesta pregunta frecuente No. 17. Bogotá: Colegio Colombiano de Psicólogos. Disponible en <http://www.colpsic.org.co/quienes-somos/preguntas-frecuentes/24>

Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. (2010). Código deontológico del psicólogo. Disponible en

<http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/codigodeontologicojunio2010.pdf>

Recuperado el 15 de mayo de 2018

Congreso de la Republica. (1887). Ley 57. Código Civil. Bogotá: Imprenta Nacional

Congreso de la Republica. (2000). Ley 599. En Diario Oficial No. 44097. Bogotá: Imprenta Nacional

Congreso de la Republica. (2006). Ley 1090. En Diario Oficial No. 46383. Bogotá: Imprenta Nacional

Congreso de la Republica. (2006). Ley 1098. En Diario Oficial No. 46446. Bogotá: Imprenta Nacional

Congreso de la Republica. (2009). Ley 1306. En Diario Oficial No. 47371. Bogotá: Imprenta Nacional

Congreso de la Republica. (2012). Ley 1564. En Diario Oficial No. 48489. Bogotá: Imprenta Nacional

Corte Constitucional. (2017). Sentencia T-321. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2016b). Sentencia C-405. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2016a). Sentencia C-182. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C- C-262. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2015). Sentencia T-690. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-404. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-900. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2007). Sentencia T-560A. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2006a). Sentencia T-1019. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2006b). Sentencia C-355. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-534. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-916. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (2002). Sentencia T-1025. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (1999). Sentencia SU337. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-475. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-477. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-355. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional
Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-555. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional
Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-189. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional
Corte Constitucional. (1992). Sentencia C-449. Bogotá: Relatoría Corte Constitucional
Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2013). Casación No. 40455. Bogotá: Relatoría Corte Suprema de Justicia

García P., A (2018). Necesidad de consentimiento informado en evaluación de menores. Disponible en <http://psicologamadrid-juridica.blogspot.com/2015/09/necesidad-de-consentimiento-informado.html>. Recuperado el 2 15 de mayo de 2018

Hernández, G (2016). Concepto Técnico - Consideraciones Éticas, Legales y Jurisprudenciales en la toma de decisiones mediadas por los psicólogos en la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Bogotá: Colegio Colombiano de Psicólogos. Disponible en , recuperado el 15 de mayo de 2018.

Hernández, G & Sánchez, M. (2015). Diseño y evaluación de un lista de chequeo para la elaboración del consentimiento informado en el ejercicio profesional de la psicología en Colombia". Bogotá: Colegio Colombiano de Psicólogos. Disponible en <http://www.colpsic.org.co/quienes-somos/reflexiones/23>

Hernández, G & Sánchez, M. (2016). Validación de la lista de chequeo para la elaboración del consentimiento informado en el ejercicio profesional de la psicología en Colombia Bogotá: Colegio Colombiano de Psicólogos. Disponible en <http://www.colpsic.org.co/quienes-somos/reflexiones/23>

Hernández, G (2014). EL Consentimiento Informado en la praxis de la psicología. Bogotá: Colegio Colombiano de Psicólogos, Asociación Colombiana de Facultades de Psicología y Universidad del Rosario. Disponible en http://eticapsicologica.org/wiki/index.php?title=Archivo:Consentimiento_Informado_-_1.0.pdf

IUPsyS & IAAP. (2008). Declaración Universal de los derechos de los psicólogos. Disponible en <http://www.avap-tipf.com/quienes-somos/declaracion-de-principios/> Recuperado el 14 de mayo de 2018

Lastra, J. M. (2005). Fundamentos de derecho. México: Ed. Porrúa

Piaget, J. (1990). El nacimiento de la inteligencia. Barcelona: Crítica