

EL Consentimiento Informado en la praxis de la psicología

Gerardo Augusto Hernández Medina¹

Caso No. 1:

Un psicólogo es querrellado ante el tribunal deontológico y bioético de psicología por faltas a su responsabilidad profesional debido, dice la queja, a que el psicólogo hizo una evaluación a una menor de 7 años por solicitud de su abuela y por recomendación del colegio, sin tener en cuenta a los padres de la niña. Durante el proceso de evaluación, el psicólogo determina que la niña está siendo violentada por su padre. Como consecuencia, el psicólogo le informa a la abuela de la menor y la acompaña a interponer la respectiva denuncia ante la Unidad de Reacción Inmediata (URI).

La fiscalía inicia el proceso, evalúa a la menor, cita al psicólogo a rendir indagatoria, se le hacen nuevos exámenes a la menor. En la historia clínica de pediatría no se reporta ninguna anormalidad. La fiscalía cierra el caso.

El caso No. 1 es un ejemplo matizado, extraído de la vida real, que ilustra uno de los fenómenos que con alguna frecuencia se presentan en la actualidad en casos de denuncias en contra de los psicólogos por presunta mala praxis. En efecto, en la misma medida en que la psicología cobra cada día mayor importancia en los diferentes campos, en esa misma medida, la responsabilidad del psicólogo es mayor, lo que lo obliga no sólo a aplicar de la manera más acertada sus conocimientos técnicos y científicos, sino las regulaciones éticas y legales que rigen sus praxis.

Hasta hace menos de una década, un caso como el que se presenta no hubiera tenido ninguna consecuencia para el psicólogo a pesar de que en aquella época los psicólogos contaban con dos códigos deontológicos, el de la Sociedad Colombiana de Psicología, conocido como el Código de 2002, y el código que venía desde el año 1974 elaborado por la Confederación Colombiana de Psicología. Las consecuencias y responsabilidades ético disciplinarias para el psicólogo actualmente se derivan de la promulgación de la Ley 1090 de 2006.

¹ Psicólogo y abogado. E-mail: psicoger@gmail.com

La Ley 1090 de 2006 marcó un hito en la praxis de la psicología. En esta Ley se establecen los lineamientos legales para el ejercicio de la psicología, los cuales son recogidos de la anterior Ley, la 58 de 1983. Sin embargo, a diferencia de la ley derogada, la nueva norma eleva a ley de la Republica al Código de Ética que rige el comportamiento profesional de los psicólogos y dispone de los medios para investigar y sancionarlos.

La Ley 1090 de 2006 se divide en cinco grandes apartados: a. señala los principios que rigen el comportamiento profesional de los psicólogos, b. establece las bases jurídicas del ejercicio profesional de la psicología, c. le da funciones públicas al Colegio Colombiano de Psicólogos, entre las cuales está la creación de los tribunales deontológicos y bioéticos de psicología, d. establece los lineamientos del Código Deontológico y Bioético para el Ejercicio de la Profesión de Psicología, dentro del cual se positivizan las obligaciones y deberes de los psicólogos, y e. se determina el Proceso Deontológico y Bioético Disciplinarios para los Profesionales de la Psicología².

Que el Código de deberes y prohibiciones que rigen la actividad profesional de la psicología sea una ley de la Republica trae como consecuencia que su cumplimiento no se someta al arbitrio del profesional sino que es de obligatorio cumplimiento. Es decir, no es optativo para el profesional cumplirlo o no; su cumplimiento es un imperativo categórico y por lo tanto, si no se cumple, siendo una ley de la República, el profesional obligado a su cumplimiento estaría *in curso* en una conducta que puede ser castigada. Es por ello que la misma ley previó la creación de los Tribunales Deontológicos y Bioéticos de Psicología, así como el procedimiento para investigar y sancionar al psicólogo por faltas a la mala praxis consagradas en la misma ley.

Desde la promulgación de la Ley 1090 de 2006, los psicólogos están obligados a su conocimiento y cumplimiento. El no conocer la ley no exime al psicólogo de su acatamiento y no lo libera de su responsabilidad. Por otro lado, no sólo los psicólogos quienes conocen la ley, sus usuarios también la conocen y son ellos los que interponen las quejas.

Antes de las promulgación de la Ley 1090 de 2006, los usuarios no tenían ante quien quejarse, hoy sí, y por ello es que de manera, primero tímida y lenta, ahora más

² Sobre el concepto de ley y sus imperativos categóricos, así como la estructura jurídica del Estado, se recomienda al lector revisar el documento sobre Deontología, Justicia y Ley.

sostenida, los usuarios de los servicios del psicólogo acuden con mayor frecuencia a los tribunales deontológicos y bioéticos de la psicología para hacer valer sus derechos y denunciar a los psicólogos que según el usuario han incurrido en mala praxis.

¿El psicólogo del Caso No. 1, infringió alguna norma deontológica y por lo tanto es susceptible de ser sancionado por el tribunal deontológico y bioético de psicología, de acuerdo con la Ley 1090 de 2006? Bajo una mirada objetiva³ de la Ley 1090 de 2006 se concluiría que sí. Serían varias las normas violadas por el psicólogo, sin embargo, en este apartado sólo se hará énfasis en lo establecido en el ordinal i del artículo 36 de la Ley 1090 de 2006 que prescribe como un deberes del psicólogo con las personas objeto de su ejercicio profesional, no practicar intervenciones sin consentimiento autorizado del usuario, o en casos de menores de edad o dependientes, del consentimiento del acudiente. Por lo tanto, desde la responsabilidad objetiva, el psicólogo estaría violando lo dispuesto en el ordinal i del artículo 36 de la Ley 1090 de 2006 al hacer intervención con un menor de edad sin el consentimiento informado de su acudiente.

El consentimiento informado

El Consentimiento Informado (CI) en psicología es un deber del psicólogo y un derecho del usuario. Como deber es la obligación del profesional de la psicología de informar a su usuario de manera clara, oportuna, veraz y completa del proceso que seguirá en la prestación de sus servicios en cualquier área de la psicología, cerciorándose y asegurándose de que el usuario lo ha entendido, siendo un derecho del usuario recibir dicha información y dar su consentimiento para la intervención psicológica de manera libre y autónoma.

El consentimiento informado, más que un derecho y un deber, es un proceso dialógico en razón a que se establece entre psicólogo y su usuario, un diálogo entre dos partes, y su objetivo es la búsqueda de mecanismos y estrategias psicológicas en procura del bienestar del usuario.

³ Se dice que hay responsabilidad objetiva con el solo hecho de establecer el vínculo de causalidad entre una acción y un resultado. No se analizan las circunstancias de tiempo, modo, lugar ni las condiciones subjetivas del actor de la acción.

Dentro de la información que el psicólogo debe proporcionarle a su usuario, en ese proceso dialógico, antes de que este de su consentimiento, está la de informarle sobre la intervención misma, los previsibles resultados, su efectos deseables y adversos, el uso que se le dará a la información obtenida, las limitaciones al secreto profesional y las consecuencias jurídicas que se pudieran presentar como consecuencia de la intervención (Hernández, 2013).

En los casos específicos de la psicología clínica y de la salud, el psicólogo deberá informar sobre las circunstancias relacionadas con el estado de salud mental del usuario, cuando esta sea de su competencia, del diagnóstico, tratamiento y pronóstico, incluyendo el propósito, método, duración probable y beneficios que se esperan de la intervención, 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, tal como lo dispone el artículo 6°, numeral 2° de la Ley 1616 de 2013. También le asiste al usuario el derecho a conocer las consecuencias de la intervención, el uso que se le dará a la información que suministre y las limitaciones a la reserva y secreto profesional. Lo anterior también es aplicable en los casos de las investigación científica, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud. También se aplica cuando el consultante es objeto de observación en los procesos de formación de estudiantes de psicología de pregrado y posgrado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1090 de 2006.

De acuerdo con las reglas del derecho, cada vez que se establece una obligación de una parte, surgen unos derechos de la otra. En ese sentido, las obligaciones del profesional de la psicología son los derechos del usuario, y los deberes del usuario son los derechos del psicólogo. Recuérdese que el artículo 36 de la Ley 1090 de 2006 establece los deberes del psicólogo con las personas objeto de su ejercicio profesional. En consecuencia, las personas objeto del ejercicio profesional, es decir, los usuarios del psicólogo, son los beneficiarios de los derechos, y como titulares de ese derecho, al psicólogo no le queda más que cumplirlos y hacerlos cumplir.

El CI, más que un requisito en la práctica de los servicios en psicología, es un proceso dialógico entre el psicólogo y su usuario, sustentado en una institución jurídica, en donde una de las partes se compromete para con otra a llevar a cabo una serie de procedimientos y la otra da su permiso, consciente en ello. Como proceso dialógico y

jurídico, es producto del momento histórico, del *Zeitgeist* imperante en donde la práctica de la psicología es consecuente con la tendencia jurídica imperante de asumir a la persona humana como un ser con dignidad, con capacidad de decisión, y no como un simple objeto de la práctica de los profesionales de la psicología (Hernández, 2013).

Caso No. 2

Una psicóloga que fue querellada ante el tribunal deontológico y bioético de psicología, por no tener en cuenta a los padres de una adolescente cuando la recibió en consulta, argumentó que ella no sabía que el consentimiento era obligatorio para todos los psicólogos, y que además ella no era psicóloga clínica sino educativa. ¿Desde cuándo es obligatorio el consentimiento informado para la intervención psicológica, preguntó la querellada?

Orígenes del Consentimiento informado

El consentimiento informado en psicología en Colombia tiene sus orígenes en la Ley 1090 de 2006. Sin embargo, la génesis de este proceso dialógico entre psicólogo y usuario se encuentra en la Constitución de 1991 la cual recoge la doctrina del Estado Social del Derecho según el cual, la persona humana ha de ser asumida con la dignidad que le es inherente. El artículo 1º de la Constitución Nacional así lo establece al señalar en su parte pertinente que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana. Bajo esta premisa, a la persona humana no se le puede asumir como una cosa objeto de intervención por parte de ninguna otra persona, incluso si está de por medio su propia salud.

Desde la perspectiva de derechos y respeto por la dignidad humana, las condiciones sociopolíticas y sanitarias que dieron origen al consentimiento informado, como entidad jurídica, se vislumbran desde la época del iluminismo francés y las revoluciones sociales europeas que dieron como resultado una perspectiva de lo humano acorde con la concepción de la igualdad, la fraternidad y libertad, que hoy ha derivado en la autonomía. Asumir que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados

de razón y conciencia, supone el reconocimiento de una serie de derechos que le son inherentes, que los hacen dignos, incluso desde antes de su nacimiento, y que tendrán que ser respetados por todos sin distinción de su condición de género, raza, etnia, credo religioso o político, condición social, pensamiento, cultura o cualquier otra condición (Hernández, 2010). Esta condición de lo humano acaba con la idea de la sumisión, con la dicotomía entre el poderoso señor y el débil lacayo. Desde la perspectiva de los derechos, las personas humanas son iguales, sólo las diferencia la actividad a la que se dedican: las relaciones sociales de producción.

Desde esta perspectiva, el profesional sanitario no puede asumir a su “paciente” como un ser inferior con el que puede llevar a cabo procedimientos médicos, incluso con el prurito de que es por su bienestar. Sin embargo, no fue sino hasta principios de la segunda década del siglo XX, cuando en un trascendental fallo de la Corte de Apelaciones de la ciudad New York, mediante ponencia del juez Benjamín Cardozo, se le reconocieron los derechos a una mujer que había sido intervenida quirúrgicamente sin su consentimiento bajo la excusa de salvarle la vida. En efecto, en la sentencia del 14 de abril de 1914 en el caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospital* de la Corte de Apelaciones de la ciudad New York, se determinó que todo ser humano adulto y de sano juicio tiene el derecho a determinar lo que se puede o no hacer con su cuerpo. Así mismo, se sentenció que todo médico que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente podría estar *in curso* en un delito de agresión personal y podría ser declarado responsable por los daños causados. En este fallo se hizo la salvedad de que en aquellos casos en que el paciente está inconsciente y es necesaria la intervención quirúrgica, se puede actuar sin su consentimiento (*Court of Appeals of New York, 1914*).

El fallo del caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospital* sentó las bases para el planteamiento doctrinario y el desarrollo de un cuerpo jurisprudencial en los Estados Unidos de América en relación al CI. En el año de 1957 la doctrina y el desarrollo jurisprudencial del CI avanzó al señalar la obligación que tiene el médico de dar toda la información adecuada, clara y precisa a su paciente, lo que se constituye en un verdadero deber jurídico para el médico (Hooft, sf). Sin embargo, fue en el fallo *Nancy Cruzan* que la Suprema Corte de los Estados Unidos reconoció el derecho de los pacientes a decidir sobre

si aceptan o no un tratamiento médico (Hooft, sf; Reculé, sf), incluso si está en peligro su vida.

El caso se refiere a una mujer, que luego de un accidente de tránsito, duró en estado vegetativo por espacio de casi 10 años. Sus padres acudieron a los estrados judiciales para que los médicos la desconectarán de los tubos que la mantenían en vida artificial, pero sin posibilidades de recuperación debido al daño irreversible de su cerebro.

Con este fallo, la doctrina sobre consentimiento informado en los Estados Unidos reconoce tres elementos fundamentales: 1. el derecho a la autonomía y dignidad de los pacientes, 2. el derecho a recibir toda la información de manera clara y precisa sobre el procedimiento médico, los resultados esperados, los efectos colaterales y los procedimientos alternativos, si los hubiere, y 3. el derecho fundamental del paciente a decidir si acepta o no el procedimiento médico. Por efectos de la ficción jurídica de la interpretación sistemática y extensiva de la jurisprudencia⁴, estos tres elementos fundamentales se aplican a todas las áreas profesionales que tienen que ver con los servicios sanitarios y de salud, entre ellos a la psicología, fisioterapia, fonoaudiología, bacteriología, etc.

Desde el punto de vista de la investigación científica, la doctrina del consentimiento informado tuvo sus orígenes y primeras aplicaciones en el año de 1947, con la promulgación del Decálogo de Núremberg. A partir de entonces, el CI se constituyó en un elemento *sine qua non* en la investigación médico científica con seres humanos.

El Código de Núremberg centra su atención en el concepto de la dignidad humana y en la capacidad y libertad que tiene todo ser humano a decidir si participa o no en un experimento médico, a recibir toda la información necesaria y cualificada para la toma de su decisión de participar y el derecho que tiene a abandonar el experimento cuando lo considere necesario.

⁴ En estricto sentido, lo que se interpreta es la norma y no la doctrina ni la jurisprudencia, sin embargo, cuando una línea jurisprudencial marca un hito en la aplicación o interpretación de una realidad fáctica con consecuencia jurídica, dicha línea adquiere carácter de *erga omnes* la cual podría ser aplicada a situaciones similares. En ese sentido, la interpretación sistemática tiene en cuenta el factor de conexidad con todo el ordenamiento jurídico y su relación con la realidad fáctica imperante. Así mismo se predica de la interpretación extensiva cuando la norma se emplea a casos más allá de su propio radio de aplicación cuando se está ante situaciones similares y no hay norma precisa aplicable. En este caso se aplica la ficción jurídica de la interpretación extensiva a la línea jurisprudencial.

La doctrina del CI en la práctica médica, y en general en todos los servicios sanitarios, se ha convertido en un derecho de los usuarios en todo el mundo y en un deber de los profesionales de la salud. Esta doctrina, se basa en la libertad, autonomía y en la dignidad humana.

Colombia no ha sido ajena a tales avances normativos y bioéticos. Con la promulgación de la constitución de 1991, el país entró en una era de constitucionalismo sociológico donde las realidades sociales priman sobre las normas pétreas, pasando de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho. Esta nueva denominación no es una simple retórica literaria, sino que implica una concepción distinta en las relaciones entre el Estado y la sociedad, donde las normas dan paso a la realidad social, sin desconocer los postulados constitucionales que son los que le dan al ciudadano la seguridad jurídica necesaria para una vida en paz y en armonía con el postulado máximo de las sociedades enmarcadas dentro de las concepciones sociales de derecho: la dignidad humana. Así lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia C – 449 de 1992:

La concepción clásica del Estado de Derecho no desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho (sic).

Así las cosas, el nuevo Estado Social de Derecho se fundamenta en el reconocimiento a la dignidad humana y en el respeto a los derechos humanos (Hernández, 2010). En el nuevo Estado colombiano, se concibe al ser humano como único e irrepetible (Corte Constitucional, 1999).

La dignidad del ser humano implica otra serie de consideraciones, algunas de las cuales son elevadas al rango de derechos fundamentales, tales como la intimidad, el buen nombre, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho de petición de información, entre otras, todas ellas en relación directa con el Consentimiento Informado. Cuando en la práctica profesional no se tiene en cuenta la opinión de las personas, sino que a esta se le

instrumentaliza, se está atentando en contra de su dignidad, y, por ende, en contra de lo postulado en el Estado Social de Derecho.

En épocas pretéritas, tanto en el tratamiento como en la investigación en salud y del comportamiento, el ser humano fue considerado como un objeto susceptible de manipulación con fines experimentales, desconociéndole sus posibilidades como ser humano. Esta condición llegó a uno de sus puntos más altos en la primera mitad del siglo XX en el marco del gobierno nazi en Alemania. Terminada la Segunda Guerra Mundial, el mundo presenció, cómo bajo el régimen nazi, y en nombre de la ciencia, muchos seres humanos habían sido sometidos a procedimientos de extremo dolor y degradación en sofisticados diseños experimentales (Hernández, 2011).

La degradación a la que ha sido sometido el ser humano por parte de quienes ostentan intereses económicos y políticos en nombre de diversos objetivos, obligó al reconocimiento del ser humano como persona digna y susceptible de derechos por el solo hecho de existir. Su mera existencia, independientemente de sus características étnicas, sociales, económicas, sexuales, etc., le da la condición de Ser Humano. La mayoría de las naciones del mundo se obligaron a respetar esta condición bajo el concepto de “Derechos Humanos”, en cuya base se encuentra el respeto por la dignidad humana.

Una de las más importantes consecuencias de asumir al ser humano en toda su dimensión y bajo el enfoque de derecho fundamentado en la ética de la dignidad humana, es que se prohíbe su cosificación. El ser humano, bajo esta perspectiva, deja de ser un objeto, una cosa, y pasa a ser visto como lo que es: un ser con dignidad y autonomía, capaz de asumir con libertad y responsabilidad decisiones que tienen que ver con su propia existencia, y no puede ser objeto de ningún tipo de manipulación, ni siquiera en aras de su propio bienestar.

Bajo el enfoque de los derechos humanos, al ser humano se le reconocen, como inherentes a su existencia, derechos tales como la privacidad, el buen nombre, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, derechos que serían desconocidos si el prestador de servicios de salud no le informa todo lo relacionado con el tratamiento, los procedimientos diagnósticos o de investigación a los que será sometido. Al respecto, la Corte Constitucional señala en Sentencia C – 574 de 2011:

El grado de especialización del concepto de “Consentimiento Informado” que tutela los principios de la dignidad humana, de autonomía, de libre desarrollo de la personalidad, de la libertad individual –mandato pro libertate-, de pluralismo, de salud, y de la integridad de la persona humana, ha dado lugar a que la Corte Constitucional establezca a través de la solución de casos concretos subreglas a este derecho (sic).

Teniendo en cuenta lo anterior, frente al Caso No. 2, queda claro que el consentimiento es obligatorio para todos los psicólogos, no solamente desde el punto de vista de la Ley 1090 de 2006, sino desde los mismos presupuestos de la bioética, los cuales obligan al reconocimiento de la dignidad de la persona y a la búsqueda de su bienestar respetando su autonomía y su capacidad de decisión. No se establecen excepciones a este mandato.

En consecuencia, si nos ajustamos en estricto sentido a la ley, y teniendo en cuenta que uno de los principios que rigen la actividad del psicólogo es el de la autonomía, tal como lo dispone el artículo 13 de la Ley 1090 de 2006, es deber del psicólogo hacer uso del Consentimiento Informado en todas las sub especialidades de la psicología básica y aplicada. Así lo reafirma el ordinal i del artículo 36 de la mencionada ley.

Por otro lado, el principio de la autonomía está estrechamente ligado con el de la dignidad humana, pilar fundamental del ejercicio ético en cualquier actividad, incluyendo la psicología, que reafirma la necesidad de utilizar todos los mecanismos éticos y legales en la actividad del psicólogo, que posibiliten el ejercicio de los derechos y deberes de sus usuarios.

Caso No. 3

Una psicóloga clínica es requerida en el servicio de ginecología y obstetricia de un hospital para que atienda a una adolescente de 15 años que está a punto de dar a luz. La adolescente solicita a la psicóloga debido a que necesita contarle algo que es de extrema gravedad pero que no quiere que nadie se entere. La adolescente le refiere a la psicóloga que el niño que está a punto de dar a luz es el producto de una relación incestuosa que sostiene con su hermano de 14 años.

En los Casos 1, 2 y 3 están involucrados menores de edad lo que obliga a hacer un análisis con respecto al consentimiento informado con esta población. Para ello, es pertinente determinar los contextos en los que se da la práctica profesional de la psicología y quiénes son las personas que están en condiciones de dar su consentimiento. Nótese que hasta el momento se ha señalado, entre otras, lo ordenado por el ordinal i del artículo 36 de la Ley 1090 de 2006, la cual obliga al consentimiento informado en toda intervención psicológica y en caso de menores de edad, ese consentimiento lo debe dar el acudiente del menor.

La lectura de la norma referida deja entrever que hay dos tipos de consentimiento informado, el del usuario adulto y el de los menores de edad que lo tiene que dar el acudiente. Sin embargo, en la realidad jurídica aparecen tres tipos de consentimiento los cuales dependen de las condiciones jurídicas de quien lo da. Como ya se señaló, el consentimiento informado, desde el punto de vista jurídico y bioético, es la autorización que una persona, en uso de su autonomía y libertad, devenidas del concepto de dignidad humana, le da al psicólogo para que este intervenga. Sin embargo, jurídicamente queda establecido que no todas las personas son libres y autónomas para disponer de sí y dar su autorización para que otro intervenga en su yo, ya sea desde el punto de vista físico o psicológico. En otras palabras, no todas las personas pueden dar su consentimiento para que un tercero intervenga en su o con su persona. La ley establece que solo las persona con capacidad legal, la cual consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, podrán dar su consentimiento. Lo anterior se desprende de la lectura del artículo 1502 del Código Civil que prescribe los requisitos para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. Tales requisitos son: 1. que la persona sea legalmente capaz, 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, 3. que recaiga sobre un objeto lícito y 4. que tenga una causa lícita.

En efecto, si se ha postulado que el consentimiento es un acto libre y autónomo de la persona en ejercicio de su condición de persona con dignidad, la cual no puede ser sometida a ningún tipo de tratamiento sin su autorización, es claro que dicha autorización es una manifestación de su voluntad. En ese sentido veamos cada uno de los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil, empezando por los dos últimos:

Causa y objeto lícito en el consentimiento informado

Haciendo una interpretación sistemática y extensiva de la norma ídem, esta señala que el consentimiento debe tener una causa y objeto lícito. Ello supone que no será válido el consentimiento cuando la causa o el objeto no sean lícitos. Tómese como ejemplo el que una persona, mayor de edad, da su consentimiento para participar en un experimento en donde su vida corre peligro, lo mismo que la de terceros. Ello implica que la persona que dio su consentimiento lo hace en una causa ilícita lo mismo que el objeto⁵, ya que ninguna persona puede disponer de su propia vida ni poner en peligro la vida de terceros.

Otro ejemplo de causa y objeto ilícito sería el consentimiento que da una persona adulta menor de edad, es decir, una persona mayor de 14 años y menor de 18, para que un adulto la haga su objeto sexual a cambio de una retribución económica o recompensa de cualquier tipo. Aunque, como se verá más adelante, un menor adulto puede dar su consentimiento, este no será válido cuando se trata de actividad sexual, así sea consensuada, si media la promesa de una retribución. Lo anterior en virtud a que la prostitución con menores de 18 años está sancionada por la ley penal colombiana. Es ese caso, el consentimiento recae sobre objeto y causa ilícita por lo tanto no es válido y el adulto no puede argumentar en su defensa que el menor dio su consentimiento. El consentimiento del menor no es válido para evitar a la sanción penal del adulto.

La voluntad en el consentimiento

Caso No. 4

Una persona es remitida al psicólogo organizacional para que se le apliquen unas pruebas psicométricas en el curso de un proceso de selección de personal para una empresa. La psicóloga recibe a la persona, la saluda, le invita que ingrese a un cubículo, que se sienta y le explica la mecánica relacionada con la aplicación de la prueba y el manejo del protocolo de respuesta. La persona cumple con lo solicitado. La psicóloga lo despide de manera cordial diciéndole que, en caso de ser seleccionado, será llamado por el departamento de recursos humanos.

⁵ El objeto, de la manera más sencilla posible es lo que se pretende, mientras la causa es la motivación de la acción.

En cuanto al numeral 2 del artículo 1502 del Código Civil en comento, es decir, que la persona que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, va más allá de una simple disposición legal porque rescata la autonomía de la persona para consentir a voluntad. En ese sentido, si la persona no da su consentimiento a voluntad, ese consentimiento carecería de validez ética y legal. Ética porque el psicólogo no se puede prestar a llevar a cabo una intervención psicológica con una persona cuando esta está coaccionada o engañada. Y legal, porque lo que se desprende de la actuación podría no tener validez jurídica⁶.

Normalmente, la praxis en psicología resulta de un acto voluntario entre dos personas: el consultante que acude al psicólogo y del psicólogo que consiente en recibirlo. Sin embargo, hay ocasiones en que la persona acude obligada al psicólogo. En consecuencia habrían tres categorías de usuarios del psicólogo: a. la persona que acude por su propia voluntad, ya sea por convencimiento propio o remitido por otro profesional, b. las personas que ostentan la calidad de representante legales de menores de edad o de personas con incapacidad jurídica, quienes acuden al psicólogo, no en procura de recibir directamente intervención, sino para que lo reciba el menor o el incapaz del cual es representante legal, y c. las instituciones que hacen uso de los servicios psicológicos con objetivos definidos por la institución misma, en cuyo caso, las personas que son remitidas por estas instituciones lo hacen bajo el prurito de la obligatoriedad.

En este último caso, el consentimiento de la persona estaría viciado. Veamos el Caso No. 4. La persona realmente va obligada al proceso de aplicación de pruebas, ya que si no asiste no sería seleccionado, aunque su asistencia tampoco le garantiza la selección al cargo para el que aplica. ¿La psicóloga del Caso No. 4 estaría incurriendo en una falta ética y legal?

El deber ético - deontológico del psicólogo es el de informarle a la persona en qué consiste la evaluación, qué se hará con la información recolectada, con las pruebas aplicadas y las consecuencias de ello. Es decir, debe llevar a cabo el proceso dialógico del consentimiento informado, asegurándose de que la persona le entienda y firme el formato de consentimiento expresando su voluntad para participar en el proceso. Aun así el,

⁶ El vicio en el consentimiento hace referencia a cualquier actuación, en este caso por parte del psicólogo o por persona interesada, para que una persona permita que sea sometida a una intervención psicológica con engaños o coaccionada.

psicólogo deberá ser consciente de que la persona está asistiendo a él motivado por la necesidad de un trabajo y ello hace al psicólogo mucho más responsable por la tranquilidad y bienestar de su usuario.

Caso No. 5

Una persona adulta es imputada⁷ por el delito de Acto Sexual Abusivo⁸ cometido en menor de edad. El menor es evaluado por el psicólogo forense de medicina legal con el fin de determinar si su dicho es real, mientras que la persona adulta es evaluada por psicólogo perito particular como recomendación de abogado de la defensa para allegar dicha evaluación como prueba forense de que las características comportamentales de la persona imputada no corresponden con las características de un delincuente sexual.

Una circunstancia en la que las personas acuden obligadas al psicólogo se da en los ambientes forenses. En el caso No. 5 se dan dos situaciones distintas de actuación psicológicas, cuya finalidad es coadyuvar a determinar la responsabilidad penal de la persona imputada.

En cualquiera de los dos casos la responsabilidad del psicólogo es extremadamente delicada en tanto que de por medio está la integridad de un menor de edad y la libertad y el buen nombre del presunto victimario, así como el de su familia. En estos casos se le exige al psicólogo altos niveles de preparación académica y una férrea formación ética y legal. En situaciones así, el proceso dialógico del consentimiento es distinto en los dos casos.

El psicólogo forense que evalúa al menor de edad asumirá el proceso dialógico, inicialmente, con sus representantes legales. Además de las consideraciones propias del proceso del consentimiento, el psicólogo deberá informar a los representantes legales del derecho constitucional que tiene el menor de edad, y a este cuando su capacidad de

⁷ La imputación consiste en el acto jurídico mediante el cual el juez, a petición del fiscal, le señala a una persona que, con base en la evidencia recogida, se le imputa de un determinado delito. Esta es la primera actuación procesal en la cual, en muchos casos, la persona se entera de que está siendo investigada y judicializada.

⁸ El delito de acto sexual abusivo es uno de los más difíciles de probar ya que por ser un delito que se da en la privacidad y que no deja secuelas físicas, en la mayoría de los casos, sólo se podrá probar a partir del testimonio de la presunta víctima. Los psicólogos forenses han desarrollado una serie de técnicas encaminadas a determinar con niveles altos de credibilidad, cuando la presunta víctima es menor de edad, si su versión es cierta o no. Se invita al lector estudiar el título IV de la Ley 599 de 2000, Código Penal, en lo relacionado con los delitos sexuales.

entendimiento así lo permita, para no declarar, de acuerdo con lo que dispone el artículo 33 de la Constitución Nacional, el cual prescribe que “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 disposición se conoce en el ámbito forense como el derecho a la no auto incriminación, la cual no es un mero formalismo. No hacer esta claridad podría constituirse en una causal para solicitarle al juez que no se tenga la declaración del menor como prueba de cargo por el no lleno de los requisitos legales, lo que hace que la prueba sea ilegal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional. Esa inobservancia por parte del psicólogo, ya sea por olvido o por ignorancia, puede ser utilizada por un abogado acucioso para hacer que el juez rechace la prueba por ilegal.

Una vez terminado el proceso dialógico con los representantes legales, el psicólogo deberá iniciar el mismo proceso con el menor, cuando el psicólogo considere que este está en condiciones de entender lo que se va a hacer, y obtener así su consentimiento. El consentimiento que da el menor, en estos casos, no es válido si no está acompañado del de los adultos. Sobre este tema se volverá más adelante.

Igual proceder tendrá que hacer el psicólogo que evalúa al presunto victimario, ya sea como actividad del psicólogo de la fiscalía o como parte de la defensa. En esta situación el proceso dialógico del consentimiento tendrá que cumplir con todos los requisitos, entre ellos el de ser escrito, siendo explícito este escrito en señalar que la información y los resultados de la evaluación serán expuestos en el juicio oral y público de juzgamiento y que el evaluado tiene el derecho a no auto incriminarse.

En consecuencia, en el proceso dialógico del consentimiento, lo mismo que en su formato, en los ambientes forenses, se debe hacer la declaración contenida en el artículo 33 de la Constitución Nacional a los representantes legales del menor, o el menor mismo, si su capacidad intelectual así lo permite, y al adulto a quien se va a someter evolución.

Como quiera que llegue el usuario al servicio de psicología, ya sea mediante un acto de voluntad propia, o enviado por su representante legal o por una institución, el profesional de la psicología debe lograr la confianza del usuario de tal manera que, independientemente de la forma como este llegó, se establezca la confianza necesaria para que el proceso esté enmarcado dentro de la manifestación voluntaria del usuario. Ya sea

con miras a la intervención o evaluación psicológica, si no se cuenta con la sinceridad del usuario, los resultados carecerán de confiabilidad y validez.

La capacidad jurídica para dar el consentimiento

El primero de los requisitos para dar el consentimiento, según el artículo 1502 del Código Civil Como ya referido, es la capacidad jurídica, la cual está definida como la posibilidad que tiene la persona en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. Así mismo, el artículo 1503 del mismo código señala que “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”. Por lo tanto, es legalmente capaz de dar su consentimiento toda persona natural, mayor de edad, que goce totalmente de sus facultades mentales y que lo haga bajo su propia responsabilidad y autonomía, libre de presiones, chantajes o situaciones similares. Al contrario, no podrá dar su consentimiento quien no sea mayor de edad o que siéndolo, no goce de su plena capacidad mental. 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 (sic).

En estas tres excepciones quien da el consentimiento es el representante legal. Las dos primeras excepciones hacen referencia a las personas que no son responsables legalmente, ya sea por discapacidad cognitiva, que no les permite tener conciencia de su realidad jurídica, o porque la persona está en estado de inconsciencia, como por el ejemplo, cuando se encuentra en estado de coma. En estos casos dará el consentimiento el representante legal del mayor de edad, que puede ser su cónyuge, padres o hijos, o quien la ley haya determinado. En los casos de emergencia médica se tendrán en cuenta otras variables, pero que no se estudiarán acá por salirse de la competencia del psicólogo.

En el caso de los menores de edad, el proceso dialógico del consentimiento informado presenta algunas dificultades, teniendo en cuenta que bajo el rótulo de menores de edad se ubican a todas las persona que no han cumplido 18 años y que presentan distinto

grado de desarrollo cognitivo. En ese sentido, no puede ser lo mismo el nivel de conciencia de un niño de cinco años que uno de quince. En consecuencia, antes de abordar el tema del consentimiento informado en los menores de edad, se hace necesario que se defina que se entiende por menor de edad desde el punto de vista legal.

El menor de edad según las leyes colombianas.

En la ley no se encuentra definido conceptualmente quién es menor de edad. Lo que hace la ley es señalar el rango de edad en la cual se pueden ubicar a los menores de edad, siendo dicho rango el que está dentro de los cero a los 18 años. Legalmente, entonces, es menor de edad toda persona que no ha cumplido los 18 años y que por lo tanto no tiene habilitación de edad para obligarse dando su consentimiento.

Sin embargo, el rango de los cero a los 18 años tiene unas subcategorías que están señaladas en el artículo 34 del Código Civil, modificado por la Sentencia C-534 de 2005 de la Corte Constitucional, el cual señala que:

Llámesese 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 (sic).

Por lo tanto, el Código Civil explicita cuatro sub categorías en cuanto a la minoría de edad: 1. infante o niño, al menor de 7 años, 2. impúber, al mayor de 7 pero menor de catorce años, 3. adulto, el que ha dejado de ser impúber, es decir, mayor de 14 años, pero menor de 18 años, y 4. simplemente menor de edad al que no ha cumplido los 18 años. En esta taxonomía no aparece el concepto de “adolescente”, pero en ejercicio sistemático interpretativo de la norma, se debe leer “adolescente” en lugar de “adulto”.

Por su parte, la Ley de Infancia y Adolescencia señala, en su artículo 3º, que son niños y niñas los menores de 12 años, y adolescentes los mayores de 12 y menores de 18 años. Nótese que se presenta una diferencia de 2 dos años entre el artículo 3º de la Ley de Infancia y el 34 del Código Civil, en cuanto a la edad de comienzo de la adolescencia, pero debido al carácter específico de la Ley de Infancia, se debe tomar esta taxonomía como la aplicable. Esa diferencia de dos años, cobra especial importancia cuando se trata de la

responsabilidad penal, ya que el sistema de responsabilidad penal para los adolescentes sólo le es aplicable a los menores cuya edad está comprendida entre los 14 a los 18 años.

La ley, en especial el artículo 34 del Código Civil, no es arbitraria al establecer distintos rangos de edad para señalar a los menores de edad si se tiene en cuenta que el desarrollo cognitivo determina distintos grados de conocer e interpretar la realidad. La capacidad cognitiva, la cual está ligada a la capacidad para comprender las acciones y las consecuencias de ellas, no son las mismas para el conjunto de personas que la ley ha denominado como menores de edad. Una simple mirada a las diferentes teorías del desarrollo permite una sustentación científica para señalar que, en términos de la capacidad para la toma de decisiones, no es lo mismo un menor de 7 que uno de 12, 14 o 17 años.

Es por ello que la misma ley ha señalado, que en términos de la capacidad legal, la cual está ligada a la capacidad de disposición, de la que a su vez se desprende la capacidad para consentir, es decir, de dar el consentimiento, no es lo mismo un menor de 14 años que uno mayor de esta edad. En otras palabras, la ley, en términos de la capacidad, ha establecido, en tratándose de los menores de edad, una edad límite a los 14 años. Ello se ve reflejado, por ejemplo, en la edad para consentir en las relaciones sexuales. El consentimiento⁹ para tener relaciones sexuales con un menor de edad es válido si el menor es mayor de 14 años. El Código Penal establece como delito las relaciones sexuales con menor de 14 años. Lo mismo es aplicable para el juzgamiento y sanción a los menores de edad por infracciones al Código Penal, la cual le es aplicable, según la Ley 1098 de 2006, a los mayores de 14 años.

En materia civil, de en donde originalmente emerge el consentimiento informado ligado a la capacidad legal, la capacidad de las personas se presupone, es decir hay una presunción legal de que las personas tienen capacidad legal. Así lo establece el artículo 1503 del Código Civil, el cual señala: “Presunción de capacidad. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”. Nótese que con esta disposición, se establece, así mismo, que no todas las personas gozan de la capacidad. En efecto, si bien es cierto que la capacidad legal de las persona es un hecho legal, no es menos cierto que la

⁹ Ya se señaló, en tratándose de causa y objeto lícito, que el consentimiento para mantener relaciones sexuales cuando media la retribución económica o de cualquier otro tipo no es válido. Ello como consecuencia de que la prostitución con menores de 18 años es un delito en Colombia.

misma ley señala que hay excepciones cuando dice “(...) excepto aquéllas que la ley declara incapaces”.

El Código Civil, en su artículo 1504 señala que hay dos tipos de incapacidades, absoluta y relativa. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no puedan darse a entender. Los actos jurídicos de estas personas no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Lo cual indica que en tratándose del Consentimiento informado, estas personas no lo pueden dar, es decir, su consentimiento no sería válido, siendo habilitados para dar el consentimiento los representantes legales de esas personas.

Las personas con incapacidad relativa, según la misma norma, son los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. La incapacidad de estas personas, concluye la norma, no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por la ley.

En consecuencia y en estricto sentido, solo podrían dar su consentimiento las personas mayores de 18 años y que no padezcan ninguna limitación cognitiva que no les permita tener conciencia de sus actos, lo mismo que las personas con limitaciones absolutas de audición y habla, pero que se puedan comunicar efectivamente. Las demás personas, entre ellas, los menores de edad, no podrían dar su consentimiento.

Sin embargo, y retomando los límites de edad, la ley les concede cierta capacidad a los menores de edad, pero mayores de 14 años, al señalar que los adultos jóvenes, es decir, a la luz del artículo 34 antes reseñado, los mayores de 14 y menores de 18, pueden consentir en ciertos actos, con lo cual la ley le está reconociendo cierta capacidad.

La importancia de la capacidad legal de las personas radica en que los documentos o contratos, como el contrato de prestación de servicios profesionales y el Consentimiento Informado que firmen las personas pueden o no ser válidos, dependiendo de la capacidad jurídica de quien los firma. El Consentimiento Informado, que debe firmar todo consultante en una relación psicológica, para que sea válido, debe ser firmado por una persona capaz.

Legalmente, el Consentimiento Informado es un convenio en donde las partes, psicólogo–usuario o investigador-participante, asumen derechos y obligaciones y, por lo tanto, para poderse obligar mediante su firma, las partes deben reunir los requisitos que

impone la ley, entre ellos, la capacidad. Se recuerda el ya transcrito artículo 1502 del Código Civil que señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz.

En consecuencia: ¿quiénes pueden firmar el Consentimiento Informado? sólo las personas con capacidad jurídica para ello. Y si la ley dice que “son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos” y son relativamente incapaces “[...] los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores [...]”, se concluye que, desde el punto de vista legal, ningún menor de edad puede firmar por sí mismo el Consentimiento Informado. Para que un menor de edad pueda participar en una relación psicólogo–usuario o investigador–participante, la firma del consentimiento se hará por intermedio de su representante legal, tal como lo señala el artículo 36, ordinal i de la Ley 1090 de 2006 y la jurisprudencia antes citada.

Sin embargo, ya se señaló que la ley distingue entre dos tipos de menores referidas a las incapacidades: a. los impúberes (“son absolutamente incapaces [...], los impúberes [...]”) y b. los menores adultos. (“Son también incapaces los menores adultos [...]”). La ley no define quienes son impúberes y quienes menores adultos, lo que hace la ley es distinguirlos a partir de la edad cronológica, tal como ya se dijo.

Por lo tanto, son absolutamente incapaces los menores de 14 años. Para efectos del Consentimiento Informado, no pueden firmar por sí mismos. Para que estos menores puedan participar en una relación psicólogo–usuario o investigador–participante, lo tienen que hacer por intermedio de su representante legal, que en la mayoría de los casos son sus padres, o, en su defecto, los que el juez señale.

Por otro lado, están los menores de edad que la ley llama menores adultos, que son incapaces relativos, al tenor del mismo artículo 34 del Código Civil: menor adulto es el que no ha cumplido los 18 años, es decir, la edad comprendida entre los 14 y 18 años, que como ya se discutió, son los llamados adolescentes. Estos menores de edad pueden firmar el Consentimiento pero con el acompañamiento de sus representantes legales.

Lo anterior se aplica al tenor del artículo 34 del Código Civil, pero, como ya se discutió, la taxonomía a aplicar sería la del artículo 3° de la Ley 1098 de 2006, es decir, los menores de 12 años no podrán dar su consentimiento, y los mayores de 12, pero menores de 18, lo harán asistidos por su representante legal.

Aplicar lo dispuesto en el artículo 34 del Código Civil o en el 3° de la Ley 1098 de 2006 depende del interés superior del niño o adolescente. En una situación se aplicará una u otra norma dependiendo de la que más favorezca al niño o adolescente. Sin embargo, esta afirmación no es absoluta. Recuérdese que los menores de edad, por ser parte de la población más vulnerable en términos de la violación de sus derechos, han recibido particular atención al punto que merecen una mención especial en la Constitución Nacional, en su artículo 44 que lista los derechos de los niños, los cuales, la misma Constitución ha rotulado como fundamentales. Por otro lado, los adolescentes también reciben mención especial en el artículo 45 de la misma superioridad normativa.

De lo anterior se concluye, entre otras cosas, que en Colombia, como Estado Social de Derecho, los niños, niñas y adolescentes reciben atención especial, siendo los derechos de los niños prevalentes sobre los demás derechos, y la misma Carta Fundamental hace una diferencia entre niños y adolescentes. Lo anterior también supone que tratándose de niños, niñas y adolescentes, sus derechos prevalentes inspiran a que toda decisión judicial y administrativa en relación a ellos, debe buscar su interés superior.

El Consentimiento informado en los menores de edad y de las personas incapaces

Caso No. 6

Una señora, madre de tres mujeres, una de 12, otra de 15 y la mayor de 22 años, adjuntó como prueba en la demanda de divorcio interpuesta en contra de su esposo, una evaluación psicológica en donde se pretende demostrar el impacto psicológico en sus hijas como consecuencia del comportamiento del marido. Adicionalmente, como medio de prueba, la señora anexa la sentencia que declaro a su hija mayor como interdicta por discapacidad cognitiva severa.

El marido de la señora al enterarse de que a sus hijas les habían hecho evaluación psicológica, busca los servicios de un abogado para que interponga ante el tribunal deontológico y bioético de psicología, una querrela en contra de la psicóloga que hizo la evaluación.

En el Caso No. 6 se evidencia una serie de situaciones que podrían comprometer al profesional de la psicología que hizo la evaluación, no sólo en su responsabilidad deontológica y bioética, sino también civil e incluso, penal¹⁰. Empero, lo que se tratará en este apartado es el consentimiento teniendo en cuenta la capacidad legal a partir de la edad y de la discapacidad cognitiva de la persona. Los demás elementos del caso se estudiarán más adelante.

Nótese que en el caso No. 6 hay comprometidas dos menores de edad y una post adolescente que presenta discapacidad cognitiva severa. En ese caso específico, ¿quién da el consentimiento de las hijas de la señora? A la luz del artículo 1502 del Código Civil y de la jurisprudencia antes señalada, así como del ordinal i del artículo 36 de la Ley 1090 de 2006, ninguna de las hijas de la señora podría dar su consentimiento. Sin embargo, tratándose de la edad, mediante un extenso desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional¹¹, ha señalado en qué casos el menor puede dar su consentimiento y en qué casos sólo los padres lo pueden hacer.

Lo primero que se debe concretar, frente a este interrogante, y teniendo en cuenta lo expuesto, es que se evidencian tres tipos de consentimiento: a. el que puede dispensar una persona capaz, es decir toda persona mayor de edad que no tenga ningún tipo de limitación amparada por la ley, b. el del menor adulto, es decir, el que pueden dar los adolescentes y c. el consentimiento en tratándose de menores de 14 años. De lo anterior se desprende que hay tres tipos de consentimiento: a. el pleno, b. el asistido y c. el legal. Sin embargo estos tres conceptos no son lineales ni en su interpretación ni en su aplicación.

Con las personas mayores de edad no hay inconvenientes. Si no se presentan alteraciones que evidencien que su voluntad y autonomía están viciadas, no hay limitaciones para que de su consentimiento. Las dificultades empiezan cuando se está frente a un mayor de edad pero que haya sido declarado interdicto. Ese adulto será siempre considerado como un menor de edad. Es decir, en términos de su responsabilidad legal, los interdictos por discapacidad cognitiva, serán siempre considerados como menores de edad,

¹⁰ Sobre los pormenores de cada uno de los casos hasta acá señalados, se volverá más adelante.

¹¹ Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional tratan el tema del Consentimiento Informado: T-760 de 2008, T-216 de 2008, T-653 de 2008, T-560 A de 2007, T-866 de 2006, T-1019 de 2006, T-866 de 2006, T-1019 de 2006, T-1229 de 2005, T-762 de 2004, T-1021 de 2003, T-850 de 2002, T-823 de 2002, SU- 337 de 1999, C-616 de 1997, C-309 de 1997, C-221 de 1994, T-401 de 1994, T-493 de 1993.

tal como lo dispone el párrafo primero del artículo 36 de la Ley 1098 de 2006 que a la letra dice:

En el caso de los adolescentes que sufren severa discapacidad cognitiva permanente, sus padres o uno de ellos, deberá promover el proceso de interdicción ante la autoridad competente, antes de cumplir aquella la mayoría de edad, para que a partir de esta se le prorrogue indefinidamente su estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la ley.

Esta condición es refrendada por el artículo 26 de la Ley 1306 de 2009 que prescribe la prorrogación de la patria potestad, así:

Patria potestad prorrogada: Los padres, el Defensor de Familia o el Ministerio Público deberán pedir la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, una vez éste haya llegado a la pubertad y, en todo caso, antes de la mayoría de edad. La interdicción no tiene otra consecuencia que mantener a este adolescente como incapaz absoluto y permitir que opere la prórroga legal de la patria potestad, al cumplimiento de la mayoría de edad.

En consecuencia, si se han cumplido con los presupuestos de ley, todas las personas adultas que presenten discapacidad cognitiva que no les permita la toma de decisiones han sido declaradas interdictas y, por lo tanto, no podrán dar su consentimiento. Dicho consentimiento lo darán los padres o la persona que judicialmente haya sido delegada. Esta situación no permite salvedades. Esto también es aplicable para las personas con severas limitaciones fonoaudiológicas, las llamadas personas sordo mudas, si no se pueden dar a entender por escrito. Estas personas estarían en la categoría del consentimiento legal. Recapitulado, el consentimiento pleno lo dan las personas adultas que no tengan ningún tipo de limitaciones legales para ello.

Caso No. 7

Un adolescente de 16 años solicita a la psicóloga de su colegio una asesoría personalizada para la escogencia de carrera universitaria dado que en el proceso de orientación vocacional grupal, el adolescente no estuvo de acuerdo con los resultados. Pide que no le avisen a sus padres. Que es un proceso que el joven quiere emprender solo, ya que sólo a él le compete.

El segundo tipo de consentimiento es el asistido. Nace de la voluntad de una persona catalogada como incapaz relativa, es decir, un menor adulto, cuya edad está comprendida entre los 14 y 18 años. Con esta población hay que tener especial cuidado ya que para algunas intervenciones que no revistan mayor trascendencia para ellos, se han considerado como responsables, es decir, con capacidad plena para dar su consentimiento.

Tómese como ejemplo el caso No. 7. No existe, tal como se plantea el caso, ninguna gravedad para la salud física ni psicológica del adolescente y por lo tanto la psicóloga del colegio podrá recibirlo en su consulta sin contar con el consentimiento informado de los padres, debido, asimismo, al motivo de la consulta. Sin embargo, a pesar de la solicitud del joven de que sus padres no se enteren, la psicóloga deberá hacer uso del consentimiento informado en el cual le hará saber lo dispuesto en el artículo 2o numeral 5° de la Ley 1090 de 2006¹² en relación a la salvedad para la guarda del secreto profesional.

Empero, para otras actividades, sólo podrán dar su consentimiento si están acompañados de sus padres. Todo depende de las condiciones o características del tipo de intervención psicológica solicitada. Retómese al adolescente del Caso No. 7. Una vez en el espacio de consulta, el joven le dice a la psicóloga que los resultados grupales de la orientación profesional no están errados, pero que sus padres no quieren que él estudie lo que las pruebas indican y que es lo que él verdaderamente quiere estudiar. Según las pruebas psicológicas, su orientación profesional es la de ser artista plástico, que concuerda con sus inclinaciones académicas, pero que sus padres quieren que él estudie derecho o medicina. Le confiesa, además a la psicóloga, que si sus padres insisten en matricularlo en la escuela de leyes o de medicina, él optará por quitarse la vida. Nótese que un caso que aparentemente es tomado como sencillo y que no ameritó, según el criterio profesional de la psicóloga, el consentimiento informado de los padres, ahora se torna complejo.

Es ahí en donde el psicólogo tiene que hacer acopio de su repertorio ético, más que del legal, para decidir, a partir de los postulados del mal menor y del principio de beneficencia, que es lo mejor para el menor adulto. Ello también es aplicable para los menores de 14 años.

¹² Sobre los contenidos mínimos que debe tener el formato de consentimiento informado se tratará más adelante.

Por otro lado, supóngase que es el padre quien no quiere que su hijo sea un artista plástico, sino un médico, y el joven accede a que la madre esté enterada, ante lo cual la psicóloga la llama y le solicita el consentimiento para hacer una intervención más clínica con el adolescente sin informarle al padre. ¿Eso es correcto? Sí la psicóloga posee las competencias profesionales para hacerlo, de acuerdo con lo que señala el artículo 2º numeral ídem de la Ley 1090 de 2006, y si cuenta con el espacio físico adecuado, no habría ningún problema, sin embargo, en términos del consentimiento, son los dos padres quienes debieran darlo. El ejercicio dialógico del consentimiento informado de los menores de edad y de los mayores declarados interdictos se hace con los padres, quienes son sus representantes legales.

Esta última afirmación se desprende de la pléyade de derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos menores de edad no emancipados, o que siendo mayores de edad hayan sido declarados interdictos. Estos derechos y obligaciones sólo se pierden por mandato judicial.

Tómese como referencia el Caso No. 1: Quien lleva a la niña a consulta psicológica es la abuela, y el psicólogo no desarrolla el ejercicio dialógico del consentimiento con los padres de la niña, tal como es su deber, de acuerdo con lo señalado en el artículo 36, ordinal i de la Ley 1090 de 2006. El psicólogo argumenta que en dicha norma en ningún momento señala que se debe contar con el consentimiento informado de los padres, sino del acudiente. En efecto, la norma referida señala: "No practicar intervenciones sin consentimiento autorizado del usuario, o en casos de menores de edad o dependientes, del consentimiento del acudiente". Sin embargo, no le asiste razón al psicólogo ya que el término "acudiente" no debe interpretarse como la persona que acude con el menor a la consulta, sino como "representante legal".

En efecto, cuando una norma no es clara o se presenten dificultades en su interpretación, o cuando en su lectura aparecen palabras que pareciera que contradicen el espíritu que el legislador les ha querido dar, se debe recurrir a los mecanismos de interpretación de la ley, entre ellos el doctrinal dispuesto en el artículo 26 del Código Civil, el cual señala que los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en

busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses particulares.

Por otro lado, y si bien es cierto el artículo 27 del mismo código señala que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, no es menos cierto que en tratándose del consentimiento para que un menor de edad sea intervenido, este no puede dejarse a cualquier persona. En otras palabras, cuando se trata de dar el consentimiento de un menor de edad o de una persona interdicta, dicho consentimiento sólo lo pueden dar las personas que han sido habilitadas por la ley o por resolución judicial. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 30 del código ídem el cual señala que las normas se pueden interpretar a partir de su contexto: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”

La Ley 1090 de 2006, que prevalece sobre las demás normas ordinarias tratándose del ejercicio profesional de la psicología, señala en el artículo 2º ordinal 5º, entre otras cosas, que los psicólogos tienen una obligación básica respecto a la confidencialidad de la información obtenida de las personas en el desarrollo de su trabajo como psicólogos, y que revelarán tal información a los demás solo con el consentimiento de la persona o del representante legal de la persona. Nótese que en este caso la norma no permite interpretación distinta. El secreto profesional es un derecho que tienen los usuarios del psicólogo y que se concreta en que lo que estos le confíen al psicólogo no podrá ser divulgado por este. Surge, entonces, un interrogante: ¿para efectos de levantar la reserva de la información suministrada por un menor de edad o persona interdicta se requiere del consentimiento del representante legal, pero para iniciar la intervención, el consentimiento lo puede dar cualquier persona que se identifique como acudiente del menor? La respuesta resulta obvia: No. Cualquier persona no puede dar el consentimiento en representación del menor de edad, solo lo pueden hacer sus representantes legales.

La representación legal de los menores de edad y de las personas declaradas interdictas la ejercen los dos padres, al tenor de lo dispuesto en el artículo 62 del ya citado Código Civil que regula la representación legal de los incapaces, prescribiendo que dicha representación será ejercida por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 18 años. En consecuencia, el ejercicio dialógico del

consentimiento informado se tendrá que hacer con los dos padres y el documento resultante será firmado, asimismo, por los dos. Sin embargo, si faltare uno de los padres la representación legal será ejercida por el otro, tal como lo prescribe la norma ídem.

Se entiende por falta de los padres o de uno de ellos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 118 del Código Civil, no sólo el haber fallecido, sino por “estar demente o fatuo; o por hallarse ausente del territorio nacional, y no esperarse su pronto regreso; o por ignorarse el lugar de su residencia” (sic).

Lo anterior se desprende de la ficción jurídica que en el derecho civil se denomina patria potestad, la cual es definida por el artículo 228 del Código en comento, como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Y más adelante señala: “Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro”.

Los derechos de los padres contenidos en la patria potestad, así como sus obligaciones, se complementan con la ficción jurídica de la responsabilidad parental, la cual define el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 como:

(...) un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

(...).

Cabe destacar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia T-474 de 1996 en relación a la patria potestad, a la cual le da un estatus mucho más allá de los derechos de los padres cuando señala que “(...) la patria potestad no se otorga a los padres para su provecho personal, sino en pro del interés superior del niño” En ese mismo sentido se pronuncia la misma corte en sentencia C-145 de 2010 al señalar que la patria potestad, al no ser un derecho de los padres, sino una institución de orden público, obligatoria, irrenunciable, personal, intransferible e indisponible, si los padres no ejercen su tarea, o si la ejercen de manera inadecuada, pueden ser objeto de sanciones.

Las personas sin formación jurídica tienden a confundir la patria potestad con la custodia de los hijos. La primera, como ya se señaló, es un derecho de los padres, por el menor hecho de serlo y que les confiere la ley, que les permiten ejercer sus obligaciones, mientras que la segunda se da como consecuencia, ya sea de hechos facticos, como cuando el padre abandona el hogar. También se otorga por resolución judicial, cuando la autoridad judicial determine, bajo la doctrina del bien superior del niño, niña y adolescente, con qué padre ha de vivir dicho menor.

La tenencia o custodia de un menor en cabeza de uno de sus padres, no priva al otro padre de la patria potestad. Es decir, el padre que haya sido privado de la custodia de sus hijos no pierde sus derechos ni obligaciones con respecto de ese hijo. En consecuencia, si una madre solicita la evaluación psicológica de los hijos menores de edad, dando para ello su consentimiento, no exime al psicólogo de su responsabilidad de obtener el consentimiento informado del padre.

En consecuencia, la prescripción contenida en el artículo 36, ordinal i, de la Ley 1090 de 2006 ha de interpretarse y aplicarse sustituyendo el término “acudiente” por el de “representante legal”, que como ya se discutió, son los dos padres. Sin embargo, este derecho se puede perder por diversas causas contempladas en la ley, pero para que se haga efectiva la pérdida de la patria potestad, se requiere de resolución judicial al tenor de lo dispuesto en el artículo 311 del Código Civil, el cual prescribe, en su parte pertinente, que la suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ellos los parientes del hijo y el defensor de menores.

Situaciones en que uno solo de los padres dará el consentimiento

Como se mencionó con anterioridad, lo relacionado con el consentimiento informado de los menores de edad no es lineal ni taxativo. Hay situaciones en que, incluso, como se verá más adelante, se podrán hacer intervenciones sanitarias con menores de edad aun sin el consentimiento de los padres, o *contario sensu*, a pesar del consentimiento informado de los padres, no se podrá hacer la intervención.

En condiciones normales, el consentimiento informado para la intervención psicológica la darán los dos padres, sin embargo, se presentan situaciones en que no es

posible contar con los dos padres, e incluso, situaciones en que no se podrá contar con ninguno de ellos. Para que el psicólogo obvie la firma de una de los dos padres, se han de seguir las siguientes reglas: 1. el fallecimiento de uno de ellos, 2. que uno de los padres haya perdido la patria potestad del menor mediante resolución judicial, 3. que no se conozca el paradero de uno de los dos padres, y 4. que se obre bajo el principio del bien superior del niño, el cual descansa a su vez en los principios del mal menor y del de beneficencia.

Las tres primeras causales para obviar el consentimiento son relativamente fáciles de probar. Haciendo uso de la presunción de la buena fe, el psicólogo preguntará al padre que acude con el menor las condiciones del otro padre y deberá creerle cuando se informe que el otro padre ha fallecido o que no se conoce su paradero. En esta última situación, al padre acudiente se le deberá indagar sobre si se conoce o no la dirección de residencia o trabajo del otro padre, números telefónicos, e-mail o cualquier otra seña que permita su localización. Si la respuesta del padre acudiente es que no sabe nada, que no conoce del paradero del menor, así se manifestará en el formato de consentimiento informado, y el psicólogo procederá en consecuencia.

Si la causal que se invoca para que el otro padre no de su consentimiento sea que este perdió la patria potestad sobre sus hijos menores, el psicólogo deberá solicitar la copia de la resolución judicial que así lo determine, o en su defecto, creerle al padre acudiente cuando manifieste que el otro está en la cárcel. Si el padre acudiente manifiesta que el otro padre está fuera del país y que por ello no puede dar su consentimiento informado, se procederá a su contacto vía correo electrónico, pero si no se obtiene ninguna seña de contacto, se obrará como si el padre estuviera desaparecido y así hará constar el psicólogo en el formato de consentimiento. En conclusión, el psicólogo deberá utilizar todos los mecanismos a su alcance para constatar la imposibilidad de uno de los padres para dar su consentimiento, incluyendo creerle al padre acudiente bajo la presunción de la buena fe.

Situación más compleja es cuando se está ante lo que la doctrina jurisprudencial ha llamado el interés superior del niño, niña y del adolescente, el cual es definido por la Ley 1098, artículo 8° como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos (de los niños, niñas y adolescentes), que son universales, prevalentes e interdependientes”. Este principio debe

ser seguido por el psicólogo ante situaciones en que su intervención resulte necesaria y que uno o los dos padres no puedan o no quieran dar su consentimiento.

Especial importancia ha de darse a esa situación cuando se trate de hijos de padres en litigio. El psicólogo no se puede prestar para hacer intervenciones solicitadas por un padre de un menor de edad y cuyo fin será hacerle daño al otro padre. Hay que ser enfáticos al señalar que las evaluaciones psicológicas ya sea a menores de edad o a adultos en los contextos forenses, se deben ajustar a los requerimientos legales, entre ellos, que la evaluación ha de ser solicitada por un funcionario judicial.

En ambientes judiciales se pueden presentar varios escenarios en donde los menores de edad podrían verse envueltos, los cuales se pueden resumir en cuatro: a. como víctimas de acciones punibles, b. como instrumentos de sus padres en situaciones de divorcios contenciosos, c. como victimarios, y d. como testigos. En el primero de ellos, como víctimas, el consentimiento informado asume unas características especiales debido a los derechos que están en juego.

Como ya se ha manifestado, la Constitución Nacional establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás derechos y cuando los niños son víctimas de delitos, lo primero que se ha de buscar es la protección del menor y el restablecimiento de sus derechos. En ese sentido, si el menor de edad es víctima de un delito y se requiere una valoración psicológica, se le ha de pedir el consentimiento informado a sus representantes legales. En caso, como ya se ha dicho, sea uno sólo de los padres el que acude con el menor, servirá su consentimiento, el cual no necesariamente debe ser escrito al tenor de lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación No. 32604, aprobada mediante Acta No. 353 de noviembre 11 de 2009 en armonía con la doctrina del interés superior del niño.

Caso No. 8

Una niña, posible víctima de actos sexuales abusivos por parte de su propio padre, es remitida por la fiscalía delegada para que sea valorada por psicología para determinar si su versión goza de algún nivel de credibilidad. La niña es llevada a Medicina Legal por una tía, ya que su madre se encuentra laborando fuera del país.

Teniendo en cuenta lo expuesto por la Constitución Nacional, lo señalado por la Corte Constitucional y por el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, el psicólogo forense de Medicina Legal podría obviar la firma del consentimiento informado de los padres de la niña del Caso No. 8, y hacerlo con la tía. Sin embargo, lo que el psicólogo no puede obviar, como ya se discutió en apartados precedentes, es hacer la declaración contenida en el artículo 33 constitucional en el sentido de que 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, por las razones antes expuestas.

En consecuencia, cuando el menor de edad es víctima de punibles y se requiera de la intervención psicológica, se ha de proceder teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente. Cuando un menor de edad es una posible víctima de cualquiera de las formas de abuso, y la autoridad judicial ordena al psicólogo institucional proceder a su evaluación con miras a establecer patrones de credibilidad del testimonio de ese menor, se ha de contar con el consentimiento de los padres, pero si uno, o los dos no están presentes, o no quieren dar su consentimiento, se ha de proceder con el solo consentimiento del padre presente, dejándose constancia del hecho bajo el argumento, aceptado por la jurisprudencia colombiana¹³, de estar protegiendo el interés superior del niño, niña o adolescente.

Si ninguno de los dos padres quiere o puede dar su consentimiento, se deberá informar de inmediato al defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quien asumirá la protección del menor y dará el consentimiento. Bajo ninguna circunstancia el menor podrá ser objeto de la intervención psicológica si no se cuenta con la presencia de un adulto responsable o del defensor de familia. Estas consideraciones, más que proponer obstáculos para la evaluación y por ende, para entorpecer el restablecimiento de derechos del niño, lo que se busca es todo lo contrario, que un abogado acucioso alegue que el procedimiento de evaluación no cumple con las normas constitucionales cuando de las pruebas se trata, y sea refutada la intervención del psicólogo, siendo rechazada de plano por el juez de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 32604. Aprobado mediante Acta No. 353 once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009), magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

La interpretación que da la Corte Suprema de Justicia antes referida es coherente con las normas constitucionales y legales, así como con la jurisprudencia, de proteger el interés del menor de edad en el entendido de que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás derechos y siempre se ha de privilegiar el interés superior del niño. Sin embargo, ello sólo es aplicable en estos casos de actos urgentes¹⁴ cuando el menor es víctima y no en otros escenarios.

Por lo tanto, en caso de no contar con el consentimiento de los padres, ya sea porque no se pueda contar con ellos por ausencia o porque no quieran dar su consentimiento, se ha de recurrir a la figura del defensor de familia, o en su defecto, será la autoridad judicial la que asuma la responsabilidad del consentimiento. Sin embargo, se insiste, se ha de mirar con sumo cuidado para no invalidar la actuación judicial y que el menor se vea envuelto en situaciones de revictimización, debido a que si no se cuenta con los elementos legales cuando se hizo la intervención, se tendrá que hacer de nuevo.

También se ha de tener en cuenta que el consentimiento de los padres o del representante legal, o en su defecto, del defensor de familia, no es óbice para que el psicólogo ejerza presión sobre el menor de edad para efectos de la intervención. No se debe presionar al menor, al contrario, hay que hacerle saber, lo mismo que a sus padres o representantes legales, que el menor no está obligado a declarar en contra de sí mismo, o en contra de familiares hasta el 4º grado de consanguinidad, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución Nacional ya descrito t discutido.

¹⁴ Artículo 205. Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia.

Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal.

Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control.

Bajo ninguna circunstancia, en condiciones normales, se puede hacer intervención con menores de 12 – 14 años sin el consentimiento de los dos padres. Con ello se evita que alguno de los padres tome a su hijo como herramienta estratégica en contra del otro padre. Lo expuesto en el Caso No. 6 es una práctica recurrente: en proceso contencioso de divorcio o cuando los padres, sin ser casados, están pasando por desavenencias fuertes, los niños pueden ser utilizados por alguno de ellos para hacerle daño al otro padre.

En esos casos, el padre mal intencionado recurre al psicólogo con el fin de que intervenga con sus hijos y después utilizar dichas intervenciones como prueba en procesos judiciales en contra de su pareja. Es lo que se conoce como pre constitución de pruebas. En esos casos, se dice que el psicólogo obra como idiota útil si no conoce el objetivo del padre que solicita el servicio.

La actuación del psicólogo frente al Caso No. 6 es solicitar el consentimiento informado del padre. Si el padre no accede, dejará la anotación en el formato de consentimiento informado que la madre firmará, haciendo claridad en que las evoluciones e intervenciones que se hagan con las niñas y con la mayor interdicta no podrá ser utilizado en procesos judiciales y que toda la actuación estará protegida por el secreto profesional, ello a partir de concepto del interés superior de las niñas y la mayor interdicta. Si la madre del Caso No. 6 no firma el formato del consentimiento bajo esos presupuestos, el psicólogo se deberá de abstener de intervenir. Frente a esa situación cabe suponer que si la madre no accede, es porque no le interesa la salud mental de sus hijas; serían otros sus objetivos.

Lo ideal es que el psicólogo asesore a la madre de tal manera que, si esta cree que el padre está violentando a las niñas, interponga la denuncia correspondiente, y dentro del proceso que se inicie, se hagan las evaluaciones psicológicas correspondientes, pero bajo los procedimientos propios de la psicología forense. Ello supone que todos los psicólogos deben conocer de tales procedimientos, lo cual resulta poco probable.

No informar a los padres sobre la intervención psicológica con sus hijos menores de edad, le podría acarrear al profesional de la psicología problemas legales, empezando porque, sin darse cuenta, se podría convertir en testigo de un punible, y puede ser citado a los estrados judiciales. Ello es lo que le puede ocurrirle al psicólogo del Caso No. 1. Si el psicólogo hubiera solicitado el consentimiento de los padres de la niña, ellos se hubieran enterado del proceso de evaluación y serían ellos quienes darían toda la información que el

psicólogo requiere para el proceso. No lo hizo. Al contrario, sin informar a los padres, concluye que la niña está siendo abusada por su padre y, con la ayuda de la abuela, interpone una denuncia penal. La fiscalía inicia la investigación, y luego de las evaluaciones de rigor, concluye que la apreciación del psicólogo fue infundada, que no hay abuso por parte del padre y cierra el caso.

EL psicólogo que así actué se verá en problemas, ya que los padres de la niña pueden iniciar un proceso en su contra por el delito de calumnia ante las autoridades penales. También podrán iniciar una acción ético – disciplinaria ante el tribunal deontológico y bioético de psicología por posibles faltas a la competencia profesional y a la prudencia. Adicionalmente, los padres podrán demandar ante la jurisdicción civil al psicólogo por daños y perjuicios.

Otro escenario en donde un adolescente puede ser intervenido por psicología, y por lo tanto, en donde se requiere su consentimiento, se da cuando el menor de edad es el actor activo de un punible. En sus caso, y debido al espíritu de la Ley 1098 de 2006, al joven se le deberá tratar con miras a que se reestablecen sus derechos y a ser juzgado dentro de los parámetros del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Dentro de la ruta que señala la norma, la cual ha sido desarrollada por el Instituto de Bienestar Familiar¹⁵ se establece que el menor infractor ha de ser intervenido por el equipo técnico interdisciplinario de la Defensoría de Familia, en el cual se encuentra un psicólogo.

En ese escenario, el psicólogo deberá contar con el consentimiento informado de los padres del menor, ya que de dicha intervención depende, en gran medida, el futuro del menor dentro del sistema de responsabilidad penal. Si no se obtiene el consentimiento de los padres, y siempre en armonía con su interés superior, se podrá hacer la intervención con el consentimiento del defensor de familia. Sin embargo, el psicólogo deberá procurar no incurrir en la violación de los derechos del menor, haciéndole claridad que lo que él diga será objeto del informe que el defensor de familia leerá al juez cuando se esté discutiendo la medida a imponer.

Los menores de edad gozan de especial protección, como reiteradamente se ha señalado, y no se le pueden vulnerar sus derechos al silencio, a la presunción de inocencia y

¹⁵Lineamiento técnico administrativo para la atención de adolescentes en el sistema de Responsabilidad penal para adolescentes – SRPA, 2010.

a la no auto incriminación del artículo 33 superior. Tampoco se le pueden violar los derechos a los padres del adolescente manteniéndolos al margen y por lo tanto, obviando su consentimiento dentro del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Así las cosas, tratándose de menores de edad, la regla general es que el psicólogo tendrá que obtener el consentimiento de los sus padres de acuerdo con lo establecido en las normas varias veces citadas y aceptando que los menores no tiene la capacidad legal para dar su consentimiento, pero que este consentimiento y capacidad será relativa y que todo depende de las circunstancias, y siempre buscando el interés superior del menor de edad. Ello como consecuencia de que hay momentos de la vida de los menores de edad en que son ellos los únicos que podrán dar su consentimiento, en tanto que sólo a ellos les compete. En ese sentido, la corte constitucional, en Sentencia SU - 337 de 1999, señaló que:

La autonomía necesaria para tomar una decisión sanitaria no es entonces una noción idéntica a la capacidad legal que se requiere para adelantar válidamente un negocio jurídico, conforme al derecho civil, o para ejercer el voto, de acuerdo a las disposiciones que regulan el acceso a la ciudadanía. En efecto, una persona puede no ser legalmente capaz, pero sin embargo ser suficientemente autónoma para tomar una opción médica en relación con su salud; o por el contrario, un paciente puede gozar de plena capacidad jurídica pero puede encontrarse afectado transitoriamente en el ejercicio de su juicio, de suerte que puede ser considerado incompetente para decidir un asunto médico particularmente delicado.

El análisis de que es lo que más favorece al menor, el cual, se reitera se basará en su interés superior y siempre en búsqueda de su beneficio a costa de causar un mal menor, se iniciará a partir de evaluar el grado de autonomía del menor, su capacidad para la toma de decisiones, el bien buscado y los derechos antagónicos si es que se da tal situación. Por otro lado, cabe recordar que los padres tienen unos derechos y deberes sobre sus hijos menores, pero que no son sus dueños. En pronunciamiento de la Corte Constitucional ya citada, esta alta corporación, tratándose del consentimiento en los escenarios médicos señaló que

Los padres y tutores pueden entonces tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de

su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.

La intervención del psicólogo deberá estar encaminada siempre a la búsqueda del bienestar de su usuario y nunca restarse para causar algún tipo de mal. El psicólogo, en sí mismo, es un profesional pensante, capaz de tomar las mejores decisiones para sus usuarios. Y si se trata de un menor de edad o de persona declarada legalmente incapaz, tendrá que obtener el consentimiento de sus representantes legales, pero en caso de no poderse obtener por alguna razón, se procederá bajo los criterios ampliamente dilucidados en este trabajo y en los expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia, reseñadas aquí. El consentimiento no se puede obviar, tal como de manera tajante lo señala la Corte Constitucional, en la ya citada Sentencia SU-337 de 1999 al señalar que:

Incluso si la autonomía y la dignidad no tuvieran el rango constitucional tan elevado que ocupan, de todos modos el inevitable pluralismo ético de las sociedades modernas, que la Carta reconoce y estimula, obliga, por elementales razones de prudencia, a obtener el consentimiento de la persona para todo tratamiento.

Recapitulando, tratándose de menores de edad, la regla general es que son los padres quienes deben dar el consentimiento informado, pero hay circunstancias en que ello no es posible y es allí en donde el psicólogo deberá acudir a su capacidad de raciocinio y formación ética profesional en búsqueda del bienestar superior del menor, del principio de beneficencia y del mal menor.

Es tan especial y complejo la toma de decisiones tratándose de menores de edad, que la Corte Constitucional no le permite a los padres dar su consentimiento cuando se trata de tomar decisiones en casos de sexualidad ambigua del menor. Pero también, no aceptó la decisión de un menor de edad cuando no dio su consentimiento para una transfusión sanguínea con lo que su vida corría peligro y sí aceptó el consentimiento informado de los padres que dieron la autorización, tal como queda reseñado en la Sentencia T-474 de 1996.

El Consentimiento Informado en la formación de estudiantes de psicología.

Caso No. 9

Un estudiante de IX semestre de psicología fue denunciado por un usuario por presunta violación el secreto profesional ya que, según el usuario, el estudiante no le manifestó que su caso iba a ser utilizado como estudio de caso en la clase de psicología clínica.

En la formación de los profesionales de la salud juega un papel fundamental el consentimiento informado cuando los estudiantes están desarrollando sus prácticas profesionales. Fue, precisamente, en estos escenarios, en donde más se cosificó a las personas violándoles su dignidad cuando eran objeto de observación clínica por parte de los estudiantes de medicina. En los escenarios de formación de los profesionales de la Psicología aun hoy se utiliza la expresión “estudiante de práctica”, lo que indica que los usuarios son objeto de práctica contraviniendo los postulados del Estado Social de Derecho el cual se fundamenta en el concepto de la Dignidad Humana.

Tratándose de los estudiantes de psicología, estos no son disciplinables por parte del tribunal deontológico y bioético de psicología de acuerdo con la Ley 1090 de 2006. Esta Ley sólo le es aplicable a los profesionales. Es por ello que esta ley no contempla nada relacionado con la formación de los estudiantes. El único artículo relacionado con los estudiantes es el que tiene que ver con el uso de pruebas psicotécnicas. El artículo 45 de la mencionada ley señala que el material psicotécnico es de uso exclusivo de los profesionales en Psicología. Los estudiantes podrán aprender su manejo con el debido acompañamiento de docentes y la supervisión y vigilancia de la respectiva facultad o escuela de psicología.

Al interpretar sistemáticamente la norma y haciéndola extensiva a las diferentes actuaciones de los estudiantes de psicología, se concluye que ningún estudiante puede hacer intervenciones sin el acompañamiento del respectivo docente. Y esa intervención se hará siguiendo todos los procedimientos de rigor, entre ellos, el proceso dialógico del consentimiento informado, e informándole al usuario tal situación. El artículo 31 de la ley mencionada señala que para la presencia, manifiesta o reservada de terceras personas, innecesarias para el acto profesional, tales como alumnos en prácticas o profesionales en formación, se requiere el previo consentimiento del usuario.

Y en cuanto a que una intervención se pueda constituir en material didáctico, como en el Caso No. 9, el artículo 29 de la norma en comento, prescribe que la exposición oral, impresa, audiovisual u otra, de casos clínicos o ilustrativos con fines didácticos o de comunicación o divulgación científica, debe hacerse de modo que no sea posible la identificación de la persona, grupo o institución de que se trata, o en el caso de que el medio utilizado conlleve la posibilidad de identificación del sujeto, será necesario su consentimiento previo y explícito. En consecuencia, si se llegare a probar lo que el usuario manifiesta, según el Caso No. 9, el responsable ético, no sería el estudiante sino su docente, supervisor de práctica.

En conclusión, los estudiantes de psicología, profesionales en formación, deberán posibilitar el proceso dialógico relacionado con el consentimiento, el cual deberá ser firmado por el profesor o asesor de práctica, lo mismo que por el estudiante. Así mismo, en el proceso se deberá clarificar la condición de estudiante del practicante, y el usuario tendrá derecho a saber quién es el profesor asesor de dicha práctica. A pesar de que sea el estudiante quien esté al frente del proceso, respaldado por su profesor, el practicante no deja de ser un intruso en la relación en tanto que esta sólo se establece entre el usuario y el psicólogo profesional.

Y en cuanto a si la información que se obtiene dentro de ese proceso va a ser expuesta, el estudiante, asesorado por su profesor, deberá cuidar de que no se identifique al usuario, pero si ello no es posible, se tendrá que solicitar el consentimiento escrito y previo del usuario. En consecuencia, otra falta que se ve en el Caso No. 9, es que, al parecer, no se tuvo en cuenta la prescripción consagrada en el artículo 29 de la Ley 1090 de 2006.

El Consentimiento Informado en la investigación científica

Caso No. 10

Una psicóloga, experta en consumo de sustancias psicoactivas en jóvenes, adelantó una investigación que le permitió determinar la prevalencia de consumo de sustancias en jóvenes entre los 12 a los 16 años. Su investigación consistió en aplicar una encuesta a un grupo aleatorio de jóvenes sin criterios de inclusión, salvo la edad. El procedimiento para recoger la información fue que se distribuyeron en diferentes consultorios médicos una

encuesta, la cual debía ser llenada por el joven cunado asistiera a consulta médica y estuviera esperando a ser atendido por el médico.

El escenario sanitario en donde más se ha puesto en evidencia el maltrato a la persona humana y a su dignidad, ha sido en la investigación científica, al punto que las naciones del mundo ha suscrito sendos tratados para evitar que las personas sean utilizadas como cobayas. El tratado más reciente es La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos suscrito el 19 de octubre de 2005. Esta declaración es la culminación de un proceso de unificación de criterios relacionados con los procesos de investigación sanitaria, el cual tiene su inicio en el Decálogo de Núremberg de 1947 (Hernández, 2011).

Este decálogo nace como respuesta a lo que los investigadores encontraron en la Alemania Nazi y en los territorios ocupados por los alemanes en relación con experimentos que realizaron médicos nazis con seres humanos, los cuales eran sometidos a procedimientos que carreaban dolor, daños físicos y psicológicos irreversibles y hasta la muerte en muchos casos (Hernández, 2011). Frente a tales atrocidades, las cuales fueron investigadas y juzgadas en la ciudad de Núremberg junto con los crímenes de guerra llevados a cabo por el ejército Alemán durante la Segunda Guerra Mundial, los médicos norteamericanos Leo Alexander y Andrew Comvay Ivy, propusieron un decálogo de normas éticas en la investigación con seres humanos, que luego recibió el nombre de “Código de Núremberg” (Hernández, 2011).

El Decálogo de Núremberg basa sus postulados en el consentimiento informado de las personas (Hernández, 2011). En efecto, el artículo 1º del Decálogo señala que:

El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona afectada deberá tener capacidad legal para consentir; deberá estar en situación tal que pueda ejercer plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, intimidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza; y deberá tener información y conocimiento suficientes de los elementos del correspondiente experimento, de modo que pueda entender lo que decide. Este último elemento exige que, antes de aceptar una respuesta afirmativa por parte de un sujeto experimental, el investigador tiene que haberle dado a conocer la naturaleza, duración y propósito del experimento; los

métodos y medios conforme a los que se llevará a cabo; los inconvenientes y riesgos que razonablemente pueden esperarse; y los efectos que para su salud o personalidad podrían derivarse de su participación en el experimento. El deber y la responsabilidad de evaluar la calidad del consentimiento corren de la cuenta de todos y cada uno de los individuos que inician o dirigen el experimento o que colaboran en él, es un deber y una responsabilidad personal que no puede ser impunemente delegado en otro (Hernández, 2011).

Y más adelante, concluye, el artículo 9, que la persona participante debe tener la libertad de retirarse si durante el curso del experimento llega a un estado físico o psicológico en el que la continuación del experimento le parezca imposible (Hernández, 2011). En ese sentido, el Decálogo está recomendando que no se puede hacer ningún experimento con participantes humanos si no se cuenta con su consentimiento, manifestación de la voluntad expresada después de que el director del experimento le informe hasta el más mínimo detalle de esta situación. Adicionalmente, el mismo Decálogo recomienda que la libertad del participante no solo llega al punto de su dar su consentimiento, sino, además, que la persona tendrá la libertad de retirarlo, es decir, dejar el experimento sin que ello signifique nada negativo para la persona. Se concluye con ello que ningún experimentador podrá intervenir sin el consentimiento y con la plena certeza de retirarlo cuando le parezca si se ve afectada su integridad física o psicológica.

Estos postulados son retomados por la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, el cual postula, en su artículo 6º ordinal 2º, que:

La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Como se puede apreciar, en este numeral del artículo 6° se combina y reitera lo ya expuesto por el Código de Núremberg: no se podrá llevar a cabo ningún experimento o estudio científico sin el consentimiento informado del participante, y este podrá retirar su consentimiento cuando lo considere oportuno.

En el caso específico de Colombia, la investigación científica con humanos está reglamentada por la Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud. En esta norma se señalan los requisitos que se deben seguir en la investigación científica y tiene como base el respeto del principio de la dignidad humana antes citado.

En cuanto al Consentimiento Informado, para ser parte como sujeto en una investigación se deben seguir los mismos principios y procedimientos ya señalados para la relación terapéutica, evaluación o de intervención psicológica, recordando lo que dispone el artículo 52 de la Ley 1090 de 2006 el cual señala que en los procesos de investigación en dónde los participantes sean menores de edad y personas incapacitadas, el consentimiento respectivo deberá firmarlo el representante legal del participante. Adicionalmente, al tratarse de menores de edad, esta resolución determina que, además de lo dispuesto en cuanto a la capacidad legal, se debe determinar, y tener en cuenta, el grado de madurez psicológica del menor de edad, según lo disponen sus artículos 25 y 26.

Las disposiciones de la Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud están en armonía con la Ley 1090 de 2006. En efecto, el artículo 52 de dicha norma señala que en los casos de menores de edad y personas incapacitadas, el consentimiento respectivo deberá firmarlo el representante legal del participante. Por otro lado, el artículo 50 de la ley ídem prescribe que los profesionales de la psicología 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. Por lo tanto, una investigación que no se rija por los principios éticos, tales como el no engaño y el libre consentimiento, como derecho de los participantes, podrían constituirse en una falta ética de parte del profesional de la psicología, que puede ser sancionada la luz de lo dispuesto en la ley referida.

En cuanto a la información que debe contener el formato de consentimiento, el artículo 15 de la Resolución referida, señala que esta, la información que se le da al participante en la de investigación o, en su defecto, a su representante legal, deberá ser

explicada, en forma completa y clara de tal manera que pueda ser comprendida. El mismo artículo señala que se deberá informar sobre la justificación y los objetivos de la investigación, los procedimientos que vayan a usarse y su propósito incluyendo la identificación de aquellos que son experimentales, las molestias o los riesgos esperados, los beneficios que puedan obtenerse, los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto, la garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto, la libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento, la seguridad que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad, el compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando, la disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución responsable de la investigación, en el caso de daños que le afecten directamente, causados por la investigación.

El consentimiento informado tiene algunos grados de solemnidad de acuerdo con el nivel de complejidad de la investigación. Eso se desprende de la lectura del artículo 16 de la resolución comentada, el cual prescribe que el Consentimiento Informado, del sujeto pasivo de la investigación, para que sea válido, deberá ser elaborado por el investigador principal, con la información señalada en el artículo 15 de la misma resolución, tendrá que ser revisado por el Comité de Ética en Investigación de la institución donde se realizará la investigación, deberá indicar los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación, deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su defecto. Si el sujeto de investigación no supiere firmar imprimirá su huella dactilar y en su nombre firmará otra persona que él designe. Por último, se elaborará en duplicado quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o con su representante legal.

En la situación que se presenta en el Caso No. 10, la psicóloga podrá obviar la firma del consentimiento, ya que el nivel de riesgo para los participantes es mínimo, casi inexistente, sin embargo, lo que no puede obviar la psicóloga es el proceso dialógico del

consentimiento con el adolescente y con sus padres, o con uno de ellos, si el otro no se supiera su paradero. Sin embargo, para obviar la firma del formato del consentimiento, la psicóloga deberá informar al comité de ética de investigación de su institución y justificar su proceder, con el fin de garantizar el principio de la dignidad humana del adolescente. No llevar a cabo el proceso dialógico del consentimiento haría que la psicólogo asuma al adolescente como una cosa, por un lado, y por el otro, estaría violando lo dispuesto en las normas generales que regulan la investigación, y la especial que reglamenta el ejercicio profesional de la psicología.

En este tipo de investigaciones es normal que los investigadores detecten a jóvenes consumidores o en riesgo de iniciar conductas de consumo de sustancias psicoactivas. En ese caso, dentro de los planes de acción consecuentes a la investigación, y desde el inicio de la misma, se debe proponer un plan a seguir, el cual deberá ser avalado por el comité de ética de investigación. En todo caso, la investigadora deberá garantizar en todo momento la confidencialidad. No se podrá revelar la identidad de los jóvenes consumidores o en riesgo de iniciar consumo de sustancia psicoactivas, a no ser con el consentimiento expreso de los adolescentes. Se insiste en este tipo de investigaciones lo más importante es definir, desde el inicio, la estrategia a seguir en caso de que se encuentren a jóvenes consumidores o en riesgo, sin violar el secreto profesional y el consentimiento informado de los participantes. El ordinal 6° del artículo 2° de la Ley 1090 de 2006 es enfático al señalar, entre otras cosas que los psicólogos respetarán la integridad y protegerán el bienestar de las personas y de los grupos con los cuales trabajan y que 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. Y más adelante, en el mismo artículo, orinal 9° concluye:

Investigación con participantes humanos. La decisión de acometer una investigación descansa sobre el juicio que hace cada psicólogo sobre cómo contribuir mejor al desarrollo de la Psicología y al bienestar humano. Tomada la decisión, para desarrollar la investigación el psicólogo considera las diferentes alternativas hacia las cuales puede dirigir los esfuerzos y los recursos. Sobre la base de esta consideración, 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.

Hay otras situaciones en que por las características de la investigación, se hace necesario que las personas participantes, como sujetos de investigación, no conozca los detalles de la investigación y por lo tanto, no se puede dar el proceso dialógico del consentimiento de una manera clara y directa, En situaciones así, la obligación del investigador será la de informar al comité de investigación quien dará su visto bueno. En todo caso, una vez finalizada la investigación, se le darán a conocer a las personas que han intervenido en ella solicitando su consentimiento cuando fuere necesario para efectos de publicación de resultados o para posteriores fases de la investigación. En ese sentido, la Ley 1090 de 2006 al respecto señala, en el artículo 51, que:

Es preciso evitar en lo posible el recurso de la información incompleta o encubierta.

Este sólo se usará cuando se cumplan estas tres condiciones:

- a. Que el problema por investigar sea importante;
- b. Que solo pueda investigarse utilizando dicho tipo de información;
- c. Que se garantice que al terminar la investigación se les va a brindar a los participantes la información correcta sobre las variables utilizadas y los objetivos de la investigación.

Consentimiento informado y secreto profesional

En la Ley 1090 de 2006 se encuentra normas relacionadas con el secreto profesional y el consentimiento informado, empezando por lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 2°. Dicha norma establece, en su parte pertinente, que los “(...) psicólogos tienen una obligación básica respecto a la confidencialidad de la información obtenida de las personas en el desarrollo de su trabajo como psicólogos. Revelarán tal información a los demás solo con el consentimiento de la persona o del representante legal de la persona (...). La norma es contundente, sin embargo, y teniendo en cuenta los Caso expuestos, en especial el 1 y el 6, podría el psicólogo ser llamado ante la fiscalía para que deponga en relación con los

hechos narrados por la niña. Según lo expuesto en el Caso No. 1, el psicólogo terminó siendo citado por la fiscalía. A pesar de que el secreto profesional está amparado por una norma constitucional, la parte final del artículo 74 de la Constitución Nacional, desde el momento mismo que el psicólogo acompañó a la abuela a interponer la denuncia, ya había quebrantado el secreto profesional y se había vuelto un infractor a la Ley 1090 de 2006.

El psicólogo argumentó que él había levantado la reserva profesional porque estaba obligado a hacerlo, no solo porque la ley obliga a todo ciudadano a denunciar cuando tenga conocimientos de la consumación de delitos, tal como lo señala el artículo 67 de la Ley 906 de 2004, que a la letra dice: “Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.” Sin embargo, la misma ley, en su artículo 68 prescribe que nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.

También se ha dicho que cuando los psicólogos no proceden como debieran pueden ser llamados a presentar, ya no denuncia, sino declaración, ante las autoridades civiles, por ejemplo en un proceso de divorcio, o ante las autoridades penales. En esos casos cabe advertir que el artículo 214 del Código de Procedimiento Civil, a pesar de lo dispuesto en el artículo 213 del mismo código, en el sentido de que toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pida, señala que no están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión, entre ellos cualquiera persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto. Esta misma disposición es retomada por el nuevo Código General del Proceso en su artículo 29.

Si la declaración que se le solicita al psicólogo es en sede penal, también está exonerado de declarar a la luz de lo que establece el artículo 385 de la Ley 904, Código de Procedimiento Penal, el actual señala como excepciones al deber de declarar la relación que se establece, entre otras, del psicólogo con su paciente.

El formato de Consentimiento Informado¹⁶.

El Consentimiento Informado es un proceso dialógico positivado en un documento legal que tanto el profesional de la psicología como su usuario deben firmar como condición previa a cualquier intervención, ya sea de tratamiento o de evaluación, al que será sometido un usuario del servicio de psicología. Este documento consta de dos partes: por un lado, la información que el profesional le debe dar al usuario, sobre los procedimientos, su justificación de éstos y sus consecuencias, por un lado, y el consentimiento, por otro, que es el permiso que el usuario le da al profesional para que éste pueda intervenir.

La firma del formato de consentimiento es la expresión clara, precisa, autónoma y libre que da el usuario, luego de ser enterado de los pormenores de la intervención psicológica o de evaluación diagnóstica, para que el psicólogo proceda. Como ya sea dicho, pero se reitera, lo anterior implica que el usuario le da permiso al psicólogo para actuar en la psiquis del usuario, en su comportamiento, que obliga a que el acto mediante el cual se da dicho permiso esté alejado de cualquier tipo de presión, engaño o viciado de cualquier forma de nulidad por incapacidad de quien da su permiso.

En consecuencia, el formato de consentimiento deberá ser claro y explícito, en donde se exprese con claridad quienes son los intervinientes y la manifestación de la libre disposición de la voluntad. En ese sentido, se propone que el consentimiento informado debería identificar de manera clara a la institución responsable donde labore el psicólogo o al sitio donde este haga su práctica privada, anotando la fecha de elaboración, los nombres completos de quienes intervienen, edad del usuario, datos de identificación de quienes intervienen, datos de contacto del usuario y demás intervinientes, las firmas correspondientes.

Por otro lado, deberá elaborarse, para el caso de servicios en línea, con la correspondiente firma electrónica por parte del usuario y del psicólogo (Decreto 2364 de 2012). También deberá elaborarse, para el caso de niños y niñas, con su nombre completo, y nombres completos y firmas de los representantes legales y del menor cuando esté en

¹⁶ Los contenidos que debería tener el formato de consentimiento informado que aquí se presentan son el resultado de la fase I de un estudio realizado por Hernández, G. y Sánchez, M. (2014), el cual se puede consultar en la página web de Colpsic.

capacidad de hacerlo. Tendrá que ir firmado por los dos padres cuando se trate de menores de edad, o por uno solo de los padres cuando no se conozca el paradero del otro padre.

Adicionalmente, en circunstancias en las cuales el derecho de los menores de edad se encuentre en riesgo y no se tenga el consentimiento de uno o de los dos padres, al consentimiento informado se le anexará la orden de la autoridad judicial o administrativa competente (el juez, el defensor de familia, el comisario de familia o quien haga sus veces). En ese mismo sentido, deberá ir firmado por los dos padres cuando se trate de personas adultas declaradas judicialmente como incapaces, o por uno solo de los padres cuando no se conozca el paradero del otro padre.

En circunstancias en las cuales el derecho de las personas adultas declaradas judicialmente como incapaces se encuentre en riesgo y no se tenga el consentimiento de uno o de los dos padres, al consentimiento informado se le anexará la orden de la autoridad judicial o administrativa competente (el juez, el defensor de familia, el comisario de familia o quien haga sus veces). En el caso del adolescente, persona mayor de 12 años y menor de 18 años, en concordancia con el artículo 3° de la Ley 1098 de 2006, tener además de la firma de este, deberá llevar la firma del respectivo representante legal, salvo las excepciones establecidas en la jurisprudencia y la doctrina, las cuales están desarrolladas en el cuerpo del presente trabajo.

Por otro lado, el formato de consentimiento deberá tener la indicación expresa de cuál será el uso que se le va a dar a la información suministrada por el usuario, así como explicitar la excepción a la confidencialidad, de acuerdo con lo señalado en el artículo 2°, numeral 5° de la Ley 1090 de 2006. También deberá indicar de manera clara, oportuna, veraz y completa los procedimientos a seguir, el tiempo estimado para ello, las posibles consecuencias negativas, si las hubiere, y, cuando sea del caso, los instrumentos que se utilicen para tal efecto.

En el ámbito forense, el formato de consentimiento deberá señalar las consecuencias jurídicas adversas para el usuario, de los resultados de la evaluación o la intervención psicológica. También deberá expresar, cuando sea procedente, el derecho que le asiste al usuario a la no autoincriminación.

En el caso en que la atención del usuario sea llevada a cabo con participación de estudiantes en prácticas de pregrado o de posgrado, se deberá indicar en el formato de

consentimiento, de manera expresa y clara, el nombre, el nivel de estudios, el tipo de participación, así como el nombre de su respectivo docente, asesor de práctica, responsable de la prestación del servicio. Bajo ninguna circunstancia el estudiante de pregrado podrá hacer la intervención sin que el formato de consentimiento este firmado por su supervisor de práctica, recordando que el responsable de la intervención, en este caso, es el docente y no el estudiante.

En el caso de proyectos de investigación científica o académica, en cualquiera de los ámbitos del desempeño del psicólogo, el formato de consentimiento deberá indicar de manera clara y comprensible para el participante o su representante legal, la justificación y los objetivos de la investigación, los procedimientos que se vayan a usar y su propósito, incluyendo la identificación de aquellos que son experimentales, las molestias o los riesgos esperados, los beneficios que puedan obtenerse, los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el participante, la garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del participante. También deberá expresar la libertad que tiene la persona de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento.

En ese mismo sentido, el formato deberá indicar la seguridad de que no se identificará al participante y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad. Adicionalmente, el formato deberá contener el compromiso de proporcionarle al participante en la investigación la información actualizada obtenida durante el estudio, aunque esta pudiera afectar la voluntad del participante para continuar en el proyecto, la disponibilidad de tratamiento y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución responsable de la investigación, en el caso de daños causados por la investigación.

En el caso de proyectos de investigación con menores de edad o con personas mayores con discapacidad cognitiva, además del consentimiento informado de quienes ejerzan la patria potestad o la representación legal del menor o de la persona con discapacidad, se deberá hacer explícita la capacidad de entendimiento, de razonamiento y lógica del menor o de la persona con discapacidad, certificada por un neurólogo, psiquiatra

o psicólogo al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Resolución 8430 de 1993. Adicionalmente, en el caso de proyectos de investigación, contar con la firma del participante aun si este es un menor de edad o persona con discapacidad mental, cuando su estado psicológico le permita comprender las características de la investigación, explicándole lo que se pretende hacer, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25 de la Resolución 8430 de 1993.

Finalmente, el formato deberá indicar de manera expresa y clara tres elementos: 1. la libertad que tiene el usuario de retirar su consentimiento en cualquier momento, sin ningún tipo de consecuencias para él, 2. las condiciones por las cuales el psicólogo pueda terminar el servicio antes de lo previsto, y 3. constatar que el usuario ha comprendido los términos del consentimiento informado.

Bibliografía

Congreso de la República (1887). Ley 57. Código Civil. Bogotá. Biblioteca del Congreso.

Congreso de la República (2006). Ley 1090. Diario Oficial Ed. 46.383. Bogotá. Biblioteca del Congreso.

Congreso de la República (2006). Ley 1098. Diario Oficial Ed. 46.446. Bogotá. Biblioteca del Congreso.

Congreso de la República. (2013). Ley 1616. Diario Oficial Ed. 48.680. Bogotá. Biblioteca del Congreso.

Corte Constitucional (1992). Sentencia C- 449. Relatoría: Bogotá

Corte Constitucional (1996). Sentencia C- 264. Relatoría: Bogotá

Corte Constitucional (2009). Sentencia SU- 337. Relatoría: Bogotá

Corte Constitucional (2010). Sentencia C- 145. Relatoría: Bogotá

Corte Constitucional (2011). Sentencia C- 574. Relatoría: Bogotá

Court of Appeals of New York. (1914). Caso Schloendorff vs. Society of New York Hospital. Disponible en

<https://mywebspacwisc.edu/rstreiffer/web/CourseFolders/BioandLawF99Folder/Readings>

Corte Suprema de Justicia (2009). Sentencia de Casación No. 32604. Bogotá

- Hernández, G. (2010). Los derechos humanos, una responsabilidad de la Psicología Jurídica. En *Diversitas Perspectiva Psicológica*. Vol. 6. No 2. pp. 415-428.
- Hernández, G. (2011). Principios normativos en la investigación científica con humanos y animales. Disponible en <http://gerardoahernandezm.blogspot.com/> Consultado el 14 de abril de 2014.
- Hernández, G. (2013). El consentimiento informado en psicología, una reflexión personal. Disponible en http://tribunales.colpsic.com/tribunales_reflex_archivos/DOC_EL_CONSENTIMIENTO.pdf.
- Hooft, P. (sf). La democratización y la juridización de la sociedad: la autonomía de la persona y la doctrina del consentimiento informado. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/viewFile/254/159> Consultado el 23 de abril de 2014
- Reculé G., F. (sf). Caso Nancy Cruzan. Centro de Bioética, Facultad de Medicina Clínica Alemana. Universidad del Desarrollo. Disponible en <http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/10/nancy.pdf>. Consultado el 18 de abril de 2014.