

Sentencia T-1025/02

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Apreciación por el juez constitucional en relación con los derechos fundamentales de los niños

La Corte considera que el problema jurídico objeto de revisión lejos de configurar un asunto de carácter legal propio de la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, plantea un conflicto jurídico en torno a la ponderación y armonización de principios, valores y derechos constitucionales, tales como, la autonomía, la libertad, la vida y la dignidad humana alrededor de la problemática del consentimiento informado o sustituto como requisito sine qua non para el adelantamiento de cualquier práctica médica o quirúrgica. De allí que, el asunto objeto de revisión escape a la órbita de acción del juez ordinario y, por ende, corresponda a una materia que irremediablemente debe ser resuelta por el juez constitucional. Más aún, cuando se solicita la inaplicación de la doctrina sentada por esta Corporación, en relación con el requerimiento del consentimiento informado del menor para la práctica de la cirugía de asignación de sexo en tratándose de estados intersexuales. Por lo tanto, se tiene que en el presente caso no existe medio de defensa judicial alternativo que sea adecuado para dar una protección integral a los derechos constitucionales que se encuentran en juego, razón por la cual la acción de tutela procede de manera definitiva.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Supresión de identificación del menor y progenitor en asunto de sexualidad humana

Esta Corporación considera que debido al complejo problema de sexualidad humana que el desenvolvimiento de esta tutela plantea y a las posibles reacciones sensacionalistas que implicaría su conocimiento público, es preciso adoptar todas las medidas necesarias para proteger la intimidad y el sosiego familiar de los peticionarios y del menor.

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO EN TRATAMIENTO MEDICO DEL NIÑO O INCAPAZ-Factores a tener en cuenta para evaluación de validez

La doctrina expuesta por esta Corporación supone la necesidad de evaluar y ponderar, frente a cada caso en concreto, las distintas variables que determinan la procedencia del consentimiento informado del menor con los elementos que dan preponderancia al consentimiento sustituto. A saber: (i) la urgencia del tratamiento; (ii) El impacto y/o riesgo del

mismo sobre la autonomía actual y futura del niño; y (iii) la edad y/o madurez del menor. De conformidad con la citada jurisprudencia, la ponderación entre el consentimiento informado del paciente y el consentimiento sustituto de los padres debe atender también a la naturaleza de la patología y, en todo caso, al grado de impacto del tratamiento requerido o recomendado, es decir, al carácter más o menos invasivo de la intervención.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Identidad personal

Esta Corporación ha reconocido que de la Carta Fundamental y, especialmente, del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueño de sí, de sus actos y de su entorno. Así, el derecho a la identidad personal supone en su núcleo esencial el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, la identidad personal se convierte en un bien especial y fundamental, en cuanto exige de la comunidad el respeto del propio 'modo de ser' de cada hombre en el mundo exterior. Solamente a partir del libre ejercicio de la personalidad, se constituye la identidad personal como un conjunto de cualidades y características que ante los atributos proyectivo, temporal y estimativo del hombre, le permiten a éste individualizarse en la sociedad, y exigir de ésta, el respeto y salvaguarda de las condiciones mínimas que conlleven a la proyección autónoma de su ser.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Asignación de sexo en menor de edad/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Cambio de sexo en hermafrodita/PRINCIPIO DE RAZON SUFICIENTE-Se atribuye una consecuencia distinta a un caso análogo/HERMAFRODITISMO-Complejidad del asunto

Se trata de la ponderación de la autonomía del menor para disponer de su propio cuerpo, cuando las condiciones clínicas y el nivel de raciocinio le permiten optar por sí mismo en la afirmación de su sexo, frente a la posibilidad de proyectar un consentimiento sustituto a futuro, en aras de salvaguardar el ejercicio de las condiciones vitales que le permiten a cada 'ser' la construcción constante y permanente de su personalidad. Es lícito permitir que cada persona ajuste su sexo al género 'sentido y vivido', y en consecuencia, en casos de 'estados intersexuales' o 'hermafroditismo', es deber de las entidades de salud como de los médicos tratantes, evaluar todos los factores que determinan la sexualidad del paciente, en aras de

recomendar aquella asignación de sexo que más se aproxime a su real identidad personal y sexual. Si la identificación sexual se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto por constituir un importante elemento de su identidad. En casos de 'estados intersexuales' o 'hermafroditismo' no puede prescindirse, desconocerse o abstenerse de permitir la consolidación del sexo o género del paciente, so pena de vulnerar los derechos fundamentales a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad ya que, dejar a la persona en una estado sexual de indeterminación, conlleva al desconocimiento de su libertad de autoprojectarse en comunidad, y de paso, se niega su condición intrínseca de hombre temporal y estimativo. Es preciso reconocer que la intervención médica en tratándose de estados 'intersexuales' o 'hermafroditismo' no sólo pretende aliviar o curar una determinada patología, sino que persigue el logro de un objetivo Superior, consistente en concretar un aspecto determinante de la naturaleza humana, esto es, la identidad sexual de la persona. Sin embargo, como los hombres son seres inviolables y por ende, sus cuerpos también lo son, es claro que no pueden ser intervenidos sin su permiso. A juicio de esta Corporación, en este caso, se encuentra un principio de razón suficiente que permite atribuir una consecuencia distinta a un caso análogo. Esto es así, porque: La identidad de género del menor NN se encuentra intensamente orientado social, cultural y psicológicamente hacía el sexo masculino. De suerte que, el riesgo que este tipo de operaciones representan para su integridad y su personalidad se reduce ostensiblemente, hasta el punto de considerar que, no es constitucionalmente válido someterlo a los efectos psicológicos traumáticos que generan su estado de indeterminación sexual, desconociendo el alcance de los derechos fundamentales a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud como bienestar integral.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Tratamiento médico de asignación de sexo/ CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Prevalencia

El consentimiento como lo señalado esta Corporación, requiere de la presencia de varios elementos indispensables que legitiman cualquier tratamiento clínico y cuya ausencia permite catalogar la intervención como abusiva, ilícita o ilegal. Precisamente, la Corte ha sostenido que aquél debe ser: (i) informado, (ii) persistente y, algunas veces, (iii) cualificado. La libertad y autonomía inherentes al ser humano condicionan la posibilidad de suplir o desconocer el consentimiento del paciente, a circunstancias especiales o excepcionales que

ameriten una protección inmediata de los derechos a la vida o a la salud, con el fin de preservarlos o de evitar un perjuicio irremediable sobre los mismos. Por esta razón, si el médico o el juez en un determinado caso, tienen dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser siempre resueltas a favor del respeto a la privacidad personal o familiar, a fin de que la voluntad del paciente sea efectivamente salvaguardada. Recuérdese que el mandato imperativo de la ética médica, según el cual: 'nadie puede disponer sobre otro', obliga a preservar la voluntad de la persona, sobre cualquier tipo de intervención médica que altere su integridad física o psicológica.

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Primacía/CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Prevalencia/AMBIGÜEDAD GENITAL/CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Legitimidad

Para la validez de una manifestación de voluntad es indispensable la capacidad y el artículo 1504 del Código Civil establece que los menores de edad son incapaces (absolutos o relativos), entonces, no es necesario el consentimiento de dichos menores para proceder a la práctica de cirugías de asignación de sexo. De esta manera, si la ley prevé que en relación con los incapaces su voluntad se suple mediante el consentimiento de su representante legal, es a él a quien le corresponde expresarlo para legitimar la realización de cualquier tratamiento hormonal o quirúrgico que requiera el estado patológico del menor. Aun cuando esta tesis puede ser lógica y razonable para aquellas operaciones o tratamientos que por su propia naturaleza no tengan incidencia sobre la identidad personal o el libre desarrollo de la personalidad, no ocurre lo mismo con las prácticas médicas consideradas altamente invasivas, que por su estrecha vinculación con la definición de la propia personalidad del individuo, imponen necesariamente el consentimiento del paciente para su ejecución, v.gr., en las operaciones de asignación de sexo o remodelación de genitales. Por el hecho de ser una operación de naturaleza ordinaria y no invasiva, no significa que adquiere plena prevalencia el consentimiento paterno ya que, es necesario adecuar la decisión de los padres a la voluntad del menor, en la medida en que éste pueda discernir sobre el tratamiento médico requerido. Es, entonces, predicable una relación inversamente proporcional entre la prevalencia del consentimiento paterno y la necesidad de requerir la voluntad del menor, siempre que aquél pueda entender, comprender y juzgar el procedimiento clínico. Es posible colegir que en tratándose de intervenciones ordinarias, es imprescindible matizar el consentimiento sustituto frente a la necesidad del tratamiento u operación y en relación con la madurez y/o edad del menor. Así, por ejemplo, en el caso de los menores adultos, el

Código Civil reconoce que sus actos: “pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes” . Mientras que, en el caso de las operaciones invasivas por regla general, es prevalente el consentimiento informado del paciente -aun cuando éste sea menor de edad-, en aras de salvaguardar la libre determinación de su personalidad, la proyección de su identidad y, en últimas, su vida digna.

CONSENTIMIENTO ASISTIDO COADYUVADO-Procedencia

La aplicación del consentimiento asistido no puede conducir al desconocimiento del consentimiento informado del menor, dado las consecuencias que para su vida se derivan de la decisión que se adopte. Por ello, la Corte considera que el consentimiento asistido es procedente, siempre que sea coadyuvado por la expresa voluntad del menor, quien por ejemplo, entre los 6 y 7 años goza de un cierto grado de discernimiento y de madurez que le permite consentir en una operación de tal magnitud. Sólo en esta medida se protege al menor en su autonomía y en la formación de su propia personalidad, alrededor de los conceptos de soberanía personal y autodeterminación. En aplicación de los parámetros previstos por esta Corporación, es claro que los llamados a velar por la procedencia del consentimiento asistido que comporta el consentimiento prestado por los padres coadyuvado por la expresa voluntad del menor, son los profesionales de la salud, obviamente, destinando su *lex artis* a la defensa y protección de la autonomía e integridad del infante y siempre que se den las condiciones previamente determinadas para su ocurrencia.

CONSENTIMIENTO ASISTIDO COADYUVADO-Exigencia

La decisión en cuanto a la asignación sexo debe adecuarse a las recomendaciones médicas. De tal manera, que si es evidente y palmaria la adecuación masculina, los padres no podrían insistir en la adaptación femenina. Esto sin desconocer la posibilidad que tienen de aplazar la operación hasta cuando sea adoptada por la voluntad del menor. Ello ocurre por dos razones: (i) El médico como profesional de la salud conoce de los beneficios y de la idoneidad y eficacia de una cirugía o tratamiento clínico para el cuidado integral de la salud del paciente. Por lo anterior, ha de presumirse que las recomendaciones del profesional pretenden hacer efectiva la protección a la vida y a la salud de sus pacientes; y además, (ii) porque sólo a partir de dicho presupuesto, los médicos estarían dispuestos a asumir las responsabilidades que su actividad profesional les impone. Resulta que en torno a los estados intersexuales o

hermafroditismos, existe una regla clara y expresa, según la cual es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo. Con todo, cuando el menor ha superado el umbral de los cinco años, y por demoras en la confirmación del diagnóstico, en la realización de los procedimientos clínicos o en la obtención de la asistencia médica indispensable, no se haya iniciado el tratamiento sobre el que ha recaído un previo consentimiento sustituto de los padres y/o representantes legales, no necesariamente opera la regla de exclusión.

HERMAFRODITA-Intervención médica tiene impacto decisivo en la identidad sexual del paciente/ESTADOS INTERSEXUALES-Intervención médica tiene impacto decisivo en la identidad sexual del paciente

Resulta que en torno a los estados intersexuales o hermafroditismos, existe una regla clara y expresa, según la cual es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo. Con todo, cuando el menor ha superado el umbral de los cinco años, y por demoras en la confirmación del diagnóstico, en la realización de los procedimientos clínicos o en la obtención de la asistencia médica indispensable, no se haya iniciado el tratamiento sobre el que ha recaído un previo consentimiento sustituto de los padres y/o representantes legales, no necesariamente opera la regla de exclusión.

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Nadie puede disponer sobre otro/PRINCIPIO AUTONOMISTA EN MATERIA MEDICA-Aplicación

La aplicación del principio autonomista, obliga a que el actuar de dichos profesionales sea lo más neutral y objetivo posible, alejado de criterios de conveniencia médica que alteren su imparcialidad. Ello, porque la relación médico-paciente exige siempre la presencia de un acuerdo de voluntades sobre las medidas curativas necesarias para la recuperación o rehabilitación del enfermo. De ahí que, los profesionales tratantes siguiendo sus elementos de juicio y, obviamente, en aplicación de los parámetros determinados por esta Corporación, deben delimitarse a ponderar y especificar la procedencia de un determinado

consentimiento, sin exigir o imponer una determinada conducta, ya que una acción en dicho sentido, haría inexistente la manifestación de voluntad del paciente y, por ende, se alejaría del consentimiento informado como requisito sine qua non para adelantar cualquier tratamiento médico, además, desconocería el mandato imperativo de la ética médica, según el cual: 'nadie puede disponer sobre otro'. En conclusión, antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, después, sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor, a menos que, en atención a las particularidad de cada caso se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido, siguiendo para el efecto los derroteros de opciones, factores o variables a los que hace referencia la jurisprudencia constitucional.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Fundamental/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Prestación de servicio médico por EPS

En el caso de los menores de edad, la Corte ha sido reiterada en determinar que la salud, es un derecho de rango fundamental y no meramente prestacional, y que en atención a la primacía que la Constitución les otorga a estos derechos, es obligación de las entidades de salud prestar su servicio con prontitud, eficiencia y eficacia. Si se consideraba por parte del médico tratante y del equipo de profesionales que la operación era lo clínicamente recomendable y se estimaba indispensable la autorización judicial, no bastaba en este caso con sugerir en consulta clínica la interposición de la acción de tutela, sino que era su deber procurar que el Seguro Social otorgase el soporte jurídico necesario al menor como a su familia, en aras de preservar el carácter integral de la prestación de los servicios de salud y en consideración al alcance fundamental de dicho derecho en relación con los niños. Por lo cual es necesario conminar al Seguro Social, para que preste la atención en salud que requiere el menor en atención a sus problemas médicos de forma oportuna, completa y suficiente. Esta Corte ha sido reiterada en determinar que la salud en tratándose de un menor de edad, es un derecho de rango fundamental y no meramente prestacional, y que en atención a la primacía que la Constitución les otorga a estos derechos, es obligación de las entidades de salud prestar su servicio con prontitud, eficiencia y eficacia. De esta manera, la demora en la determinación del tratamiento a seguir, la falta de atención para el suministro de medicamentos y el escaso cuidado que la entidad prestadora de salud le ha proporcionado al menor, permiten concluir que ésta le vulnerado sus derechos fundamentales a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a la

salud y a la dignidad humana. La Corte estima procedente reiterar que resulta contrario a derecho, someter a un menor al traumatismo psicológico y al rechazo social, que puede derivarse de la indeterminación sexual, en contradicción con el deber clínico de ejecutar lo más pronto posible las alternativas médicas o terapéuticas necesarias para la definición de sexo del menor, en acatamiento del principio de beneficencia, desconociendo que existen herramientas jurídicas, médicas y científicas que permiten proceder correctamente sin lesionar la integridad del menor.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Atención integral de menor de edad que presenta un estado intersexual

No es el juez de tutela quien está llamado a otorgar la autorización para la realización de cualquier práctica médica. Por el contrario, es al profesional médico a quien le corresponde atender prioritariamente estos casos, dada la fundamentalidad de los derechos a la vida y a la integridad física y psicológica de las personas y, especialmente, en atención a prioridad que en el ordenamiento jurídico tienen los derechos de los niños. En esta medida, no es posible que el juez de tutela recomiende una cirugía o exija la prestación de un determinado tratamiento médico, ya que la evaluación de estas opciones terapéuticas corresponden al adecuado y libre ejercicio del "lex artis" de los profesionales de la salud. Empero, lo que si es exigible es la formulación oportuna de alternativas de solución y la adopción de aquellos diagnósticos o medios terapéuticos que estimen convenientes, sin que la existencia de una doctrina constitucional conduzca a la inacción de las entidades de salud por un período prolongado, cuando es claro el consenso del equipo médico sobre la alternativa específica de acción.

PRINCIPIO DE INTEGRIDAD-Aplicación/DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Eficacia de procedimientos médicos no le corresponde al juez establecerlos

La efectividad del derecho a la seguridad social exige también la aplicación del principio de integridad, según el cual, la cobertura del servicio debe comprender todo aquello que resulte necesario para atender adecuadamente la contingencia en salud. En este orden de ideas, es indispensable la presencia de un equipo interdisciplinario de apoyo que atienda íntegramente las eventualidades médicas y psicológicas que presenta un estado 'intersexual', incluso si es necesario mediante el soporte jurídico requerido por los padres y el menor. De esta manera,

es imperioso que la protección otorgada por las instituciones de salud y sus profesionales sea integral y oportuna con miras a salvaguardar, entre otros, los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la identidad personal. Podemos concluir que: (i) cromosómicamente y gonadalmente NN es mujer, mientras fenotípicamente su apariencia externa se identifica a la de un varón; (ii) éste en relación con su género tiene una marcada identidad hacia el sexo masculino; (iii) Por otra parte, independientemente de la decisión que se adopte es indispensable operar al menor para cercenar, moldear o extirpar órganos genitales internos o externos y; (iv) siempre será imprescindible complementar dicho tratamiento operatorio con el suministro hormonal requerido.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Atención física y psicológica para práctica de cirugía y tratamiento de asignación de sexo

La Corte encuentra oportuno reiterar que dada la naturaleza altamente invasiva de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo (cirugías, suministro de medicamentos, tratamiento hormonal, etc.), es forzoso adelantar la atención física y psíquica del paciente mediante un equipo médico compuesto por distintos profesionales de la salud y trabajadores sociales con el objeto de asegurar una atención integral al infante y de salvaguardar su consentimiento informado, sustituto o asistido.

Sala Quinta de Revisión

Referencia: expediente T-541.423.

Accionante: - XX -

Demandado:

Seguro Social - Seccional ZZ -

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil dos (2002).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Montealegre Lynett, en ejercicio de sus

competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T-541.423, instaurado por XX contra el Seguro Social - Seccional ZZ -.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Los señores XX, interpusieron acción de tutela en nombre de su menor hijo y en contra del Seguro Social - Seccional ZZ -, por estimar vulnerados los derechos fundamentales del menor a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al debido proceso y, en general, a los derechos fundamentales de los niños, como consecuencia de la actuación de la entidad demandada, que se ha negado a practicarle una cirugía necesaria para la asignación de su sexo, dada la presencia de un cuadro médico de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita (Pseudohermafroditismo femenino)¹.

1. Hechos relevantes

El menor NN nació en condiciones de aparente normalidad el día 15 de enero de 1994, siéndole asignado el sexo masculino dadas sus condiciones fenotípicas (presencia de falo). Sin embargo, los padres teniendo en cuenta las ecografías practicadas en la etapa prenatal aguardaban el nacimiento de una niña.

Desde los primeros meses de vida el menor presentó anomalías en su desarrollo², pero fue sólo hasta octubre de 1996 cuando se le diagnosticó pubertad precoz, previa la verificación de la ausencia de gónadas en el escroto.

En noviembre de 1997, se recomendó la remisión del paciente a endocrinología. En enero de 1998, se confirmó dicha orden y a la vez se solicitó la práctica de unos exámenes de laboratorio y una ecografía pélvica.

Sólo en marzo de 1998, se llevó a cabo la valoración endocrinológica resultando manifiesta la ausencia de testículos. En dicha consulta, el médico tratante ordenó un estudio de ecografía para comprobar las sospechas sobre la posible presencia de una hiperplasia suprarrenal virilizante. Al mismo tiempo, se pidió al Seguro Social: (i) La práctica de un TAC abdominal, suprarrenal y pélvico; y (ii) Una prueba genética para determinar el cariotipo del infante.

Posteriormente, el 15 de mayo de 1998, en concepto de endocrinología se estimó que era posible que el menor padeciese de hiperplasia suprarrenal congénita con virilización extrema y a la vez con presencia de genitales internos femeninos. De ahí que, el médico tratante reiterara su solicitud de llevar a cabo una prueba genética y de practicar un TAC abdominal, suprarrenal y pélvico.

A mediados de julio de 1998, por intermedio de la Unidad genética-médica de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, a petición del Seguro Social, se realizó un estudio de linfocitos de médula ósea para determinar el cariotipo del menor, resultando que el infante presenta una constitución genética 46-XX (mujer).

Por otra parte, el 16 de julio 1998, cuando el menor tenía cuatro años y tres meses, se realizó un Staff de pediatría y cirugía infantil. De acuerdo con el cual:

" (...) Se encontró un niño con crecimiento de pene y vello púbico progresivo con estirón en su talla, consulta a pediatra y lo reciben / Se evaluó encontrándose un niño con leve déficit en desarrollo sicomotor; con talla alta mayor del 97% y a nivel genital pene de 8 cms., y vello púbico con desarrollo Tanner III. NO SE ENCONTRARON GONADAS. / Se pidieron exámenes con la presunción diagnóstica de Pseudopubertad precoz (por la no presencia de gónadas) que confirmaron un compromiso de la glándula suprarrenal produciéndose una situación de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita, forma clásica. / Por la ausencia de testículos, se hacía imperioso descartar un fenómeno genético, por lo que desde el nacimiento se viera como hombre y que fenotípicamente se le asignara ese sexo, lo mismo que socialmente. / Al entregar reporte de Cariotipo, se confirmó lo anotado: Genéticamente es una persona 46 XX, con virilización extrema y casi con seguridad habrá genitales internos femeninos. / Con lo anterior el Staff concluye:

* Por la edad, los patrones fenotípicos y sociales NN debe seguir siendo tratado como hombre.

* Se debe hacer laparoscopia y resección laparoscópica de genitales internos con moldeamiento de pene (de ser necesario) PRIORITARIO

* En un futuro se haría terapia con testosterona para hacer un desarrollo androgénico adecuado en la pubertad y colocar prótesis testiculares en escroto, como se hace en los niños con hipogonadismo primario agenesia gonadal.

* Es imperioso hacer un buen manejo de la hiperplasia suprarrenal, lo que ya se instauró.

Pero a pesar de esto existe un impedimento legal de acuerdo con la Corte Constitucional que no permite cirugías para 'cambio de sexo' sin el consentimiento de la persona hasta que tenga uso de razón.

Se decide citar un nuevo Staff con el apoyo de la división jurídica, psicología y psiquiatría de la IPS y/o EPS

Los padres con conocedores de la situación y están de acuerdo con las decisiones presentes y futuras del Staff".

Según evolución de la historia clínica, en enero de 1999, no se había realizado un sólo examen de control al menor por ausencia de contratos en el Seguro Social. Por esta razón, hacía finales de abril de 1999, la madre del menor interpuso acción de tutela contra la citada entidad, como resultado de la cual se le ordenó la práctica de los exámenes requeridos³.

Para marzo de 1999, según estudio de ecografía abdominal, surgía la posibilidad de que el menor presentase una severa ambigüedad de genitales internos. Por ello, se recomendó una resonancia magnética para mejorar la evaluación del área adrenal y del piso vesical.

A mediados de octubre de 1999 seguían pendientes algunos de los exámenes clínicos solicitados por el médico tratante. Por este motivo, el citado galeno sostuvo que: "sin exámenes, para mi es muy difícil saber como vamos, sin embargo (sic) por clínica vamos bien"

Para enero de 2000, el médico tratante volvió a insistir en la práctica de un TAC abdominal, suprarrenal y pélvico. Para el 27 del mismo mes, se le diagnosticó definitivamente al menor la presencia de un cuadro médico de Pseudohermafroditismo femenino con virilización

extrema y se le sugiere acudir ante un juez de tutela para que, previa su autorización, pudiese hacerse efectivo el tratamiento que se consideraba recomendable.

Entre marzo de 2000 y julio de 2001, la evolución de la historia clínica del menor reafirma la presencia de una hiperplasia suprarrenal congénita con pubertad precoz (o Pseudohermafroditismo femenino). Por otra parte, se sostiene que no existe crecimiento de la tiroides ni de las glándulas mamarias. Además, se afirma por parte del médico tratante que el Seguro Social no ha sido constante en el suministro de la medicación ordenada.

En estos términos, es claro que el menor desde su nacimiento presentó problemas relacionados con sus órganos genitales debido a la ausencia de gónadas, que luego de varios exámenes de laboratorio con asistencia pediátrica, se determinó que padece de hiperplasia suprarrenal congénita y pubertad precoz, con la presencia de genitales externos semejantes a los de un varón y parte interna del aparato genital femenino, como útero y ovario derecho⁴.

De acuerdo con el médico jefe de cirugía infantil de la Clínica ZZ del Seguro Social, el problema del menor radica en que "...se trata de una mujer genética con una hiperplasia suprarrenal congénita con virilización extrema; ocasionado por un trastorno en el metabolismo y síntesis de las hormonas producidas por la suprarrenal, tiene la deficiencia de una encima que no permite que se sintetice adecuadamente los estrógenos, y se produzcan cantidades excesivas de andrógenos. Puntualizando tenemos a un ser quien social, grupal y personalmente tiene identificación hacia el género masculino en forma clara; pero quien genéticamente tiene la dotación de genes y órganos internos femeninos correspondientes a una mujer...".

Afirman los accionantes, que de acuerdo con dictamen médico, el menor padece de retardo mental y sicomotriz en un 60%. Por esta razón, ni aún cumpliendo la mayoría de edad estaría apto para consentir en la operación de asignación de sexo. Sin embargo, de acuerdo con peritación médico forense del Instituto de Medicina Legal: "...desde el punto de vista psicológico se encuentra que el examinado presenta dificultades de aprendizaje, debido al déficit en los repertorios de aprestamiento preescolar, y a los conflictos que su maduración sexual temprana le generan. No obstante, estas dificultades de aprendizaje no constituyen un retardo mental. La incapacidad mayor al sesenta por ciento, fue conceptuada globalmente

apreciando tanto los problemas congénitos de tipo biológico, como las dificultades en su desarrollo, generadas mas por los conflictos emocionales que le causa su situación social y personal que lo condenan a ser víctima del rechazo social por sus diferencias, y le dificultan una adecuada solución de su sexuación, que por un defecto constitucional...”.

Por último, según los demandantes, los médicos tratantes consideran que la operación debería efectuarse por razones de salud. Sin embargo, no la practican en atención a una Sentencia de esta Corporación⁵.

3. Fundamento de la acción.

4. Pretensión.

Los tutelantes pretenden que se ordene al Seguro Social practicar la cirugía necesaria para asignar el sexo del infante y suministrar la asistencia médica - hospitalaria (incluidos los medicamentos) que el menor llegue a necesitar.

Igualmente, solicitan la inaplicación de la doctrina sentada por esta Corporación, en relación con el requerimiento del consentimiento informado del menor para la práctica de la cirugía de asignación de sexo en tratándose de estados ‘intersexuales’, dadas las condiciones particulares del caso.

5. Oposición a la demanda de tutela.

En respuesta a la solicitud de la autoridad judicial, el gerente seccional del Seguro Social, se limitó a dar respuesta, en los siguientes términos: “La accionante no ha aportado la documentación requerida que lo acredite [al menor] como afiliado a la EPS Seguro Social y la copia u original de las órdenes médicas por las cuales se interpuso esta acción, documentos estos necesarios para ser auditados y definir la pertinencia tanto clínica como de nuestra EPS ...”.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

1. Única instancia

En única instancia conoció de la acción el Juzgado XX, quien concedió parcialmente la tutela por las siguientes razones:

a. Inicialmente realizó un acopio de pruebas destinado a definir el caso en concreto y, posteriormente, enfocó su análisis siguiendo la providencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

b. Con base en dictamen pericial del Instituto de Medicina Legal del 30 de octubre de 20017, el juez llegó a la conclusión de que el niño no padece de retardo mental alguno, como consideraban sus padres, sino que su condición sicomotriz es atribuible a dificultades de aprendizaje, debido al déficit educacional y a los conflictos que su maduración sexual temprana le generan.

c. Siguiendo lo expuesto por esta Corporación, en Sentencia SU-337 de 1999, el juez de instancia sostiene que la autorización para la práctica de una cirugía de asignación de sexo para un niño de 7 años debe ser dada por él mismo, ya que se trata de una intervención altamente invasiva que puede tener repercusiones graves en el desarrollo de su vida posterior. De esta manera, el despacho sostiene que: "...corresponde a la propia persona definir su identidad sexual, con la asesoría de un grupo interdisciplinario de médicos, cirujanos, urólogos, endocrinólogos pediatras, genetistas, ginecólogos, sicólogos, siquiátras y trabajadores sociales que hagan intervención tanto al menor como a su grupo familiar". Así, una vez el paciente tenga pleno conocimiento del procedimiento médico apropiado y de sus posibles implicaciones, podría estar en condiciones de prestar su consentimiento.

d. De lo expuesto concluye que es procedente proteger los derechos fundamentales invocados por los accionantes, ordenando las medidas necesarias para prever cualquier amenaza que altere la tranquilidad y la salud física y psicológica del menor. Sin embargo, no es posible que los padres autoricen la intervención y los tratamientos hormonales para su hijo, ya que no existe un evidente riesgo que comprometa su derecho a la vida y, en esta medida, considera que esas intervenciones sólo podrán ser adelantadas con el consentimiento informado del menor. De este modo, manifestó que:

"Este despacho después de analizar las pruebas aportadas y teniendo en cuenta los criterios

de la H. Corte Constitucional concluye que, como no existe un evidente riesgo de que se comprometa el derecho a la vida del menor si no se práctica la operación, no es posible que los padres autoricen la intervención y los tratamientos hormonales para su hijo, que ya tiene más de siete años, por lo que considera que esas intervenciones sólo podrán ser adelantadas con el consentimiento informado del [menor...], por ello la tutela no debe ser concedida, acogiendo la solicitud concreta de los padres que pretenden que el juez de tutela autorice los procedimientos. Sin embargo, es necesario que se tomen las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales del menor. Por ello este Despacho protegerá el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de los peticionarios y ordenará a la E.P.S. Seguro Social que tomen las medidas necesarias para que este niño y su grupo familiar reciban el apoyo psicoterapéutico e interdisciplinario que requieran, para que puedan comprender adecuadamente la situación que enfrentan, para lo cual deberá conformarse un equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también psicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar al menor NN y a su familia en todo este proceso. A este equipo corresponderá establecer cuando el menor goza de la autonomía suficiente para prestar su consentimiento para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si el paciente así lo elige...”.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.1. Legitimación activa

En este caso, se trata de personas naturales que actúan en representación legal de su menor hijo y, por tanto, se encuentran legitimadas por activa, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991.

En efecto, la citada disposición del Decreto 2591 de 1991 determina que: “la acción de tutela

podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)"⁸. En estos términos, la Corte en Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, determinó que una de las formas típicas de legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela, consiste en: "... la de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas)..."⁹.

2.2. Legitimación pasiva

La presente acción se interpuso en contra de la posición asumida por parte del Seguro Social - Seccional ZZ -, consistente en abstenerse de efectuar una cirugía de asignación de sexo al menor NN, quien presenta un cuadro médico de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita. Así, la parte demandada es una entidad de naturaleza pública que actúa como prestadora del servicio público de salud, de manera que por este concepto cabe la solicitud de amparo por sus acciones u omisiones que afecten los derechos fundamentales de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

2.3. Derechos constitucionales violados o amenazados

Los peticionarios solicitan la protección de los derechos fundamentales de su menor hijo a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al debido proceso y, en general, a los derechos fundamentales de los niños.

2.4. Existencia de otros medios de defensa judicial

La acción de tutela procede, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución política, cuando el afectado no dispone de otros medios de defensa judicial, restricción que le otorga una naturaleza subsidiaria, por virtud de la cual, en principio, no es posible acudir a ella para sustituir los medios ordinarios de defensa judicial.

Sin embargo, ese desplazamiento de la acción de tutela por los medios ordinarios de defensa judicial, sólo se presenta cuando éstos resultan aptos, idóneos y eficaces para la protección del derecho fundamental violado o amenazado. Al respecto, la Corte ha sostenido que: "...

‘en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral’, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales...” 10.

En este sentido, tratándose de procesos destinados a la reclamación de prestaciones en salud, como la práctica de una cirugía o el suministro de asistencia médica-hospitalaria, en principio, según lo dispone el artículo 2° de la Ley 712 de 2001, corresponde a la jurisdicción del trabajo, previo el agotamiento de la vía gubernativa¹¹, conocer mediante el ejercicio de una acción ordinaria de: “...4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan...”¹².

Con todo, en el presente caso, la Corte considera que el problema jurídico objeto de revisión lejos de configurar un asunto de carácter legal propio de la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral (v.gr. la mera exigibilidad de prestaciones en salud), plantea un conflicto jurídico en torno a la ponderación y armonización de principios, valores y derechos constitucionales, tales como, la autonomía, la libertad, la vida y la dignidad humana alrededor de la problemática del consentimiento informado o sustituto como requisito sine qua non para el adelantamiento de cualquier práctica médica o quirúrgica. De allí que, el asunto objeto de revisión escape a la órbita de acción del juez ordinario y, por ende, corresponda a una materia que irremediablemente debe ser resuelta por el juez constitucional. Más aún, cuando se solicita la inaplicación de la doctrina sentada por esta Corporación, en relación con el requerimiento del consentimiento informado del menor para la práctica de la cirugía de asignación de sexo en tratándose de estados intersexuales.

Por lo tanto, se tiene que en el presente caso no existe medio de defensa judicial alternativo que sea adecuado para dar una protección integral a los derechos constitucionales que se encuentran en juego, razón por la cual la acción de tutela procede de manera definitiva.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, procederá esta Sala a examinar el asunto objeto de conflicto, para efectos de determinar la ocurrencia de la vulneración de los derechos fundamentales y su protección en tutela.

1. Protección a la intimidad personal y familiar frente al principio de publicidad procesal.

Como lo ha expuesto esta Corporación en casos similares, la Sala Quinta de Revisión considera que debido al complejo problema de sexualidad humana que el desenvolvimiento de esta tutela plantea y a las posibles reacciones sensacionalistas que implicaría su conocimiento público, es preciso adoptar todas las medidas necesarias para proteger la intimidad y el sosiego familiar de los peticionarios y del menor.

Sobre el particular la Corte ha expresado que:

“...no sólo todas las personas tienen derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15) sino que, además, la acción de tutela ha sido instituida para proteger los derechos fundamentales (CP art. 86). Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos, por lo cual la preocupación de la madre por la posible afectación de su intimidad y la de su hija es perfectamente legítima. Es pues necesario que el juez de tutela, y esta Corte Constitucional, tomen todas las medidas pertinentes para amparar los derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la presente acción judicial, lo cual sugiere la conveniencia de la reserva completa de estas actuaciones.....

...Sin embargo, los procesos judiciales deben ser públicos. Además, la Corte Constitucional revisa eventualmente las acciones de tutela con el propósito esencial de unificar la doctrina constitucional para de esa manera orientar la actividad de los distintos jueces en la materia. La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición

de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional...”13. (Subrayado por fuera del texto original).

Por las anteriores consideraciones, en la presente Sentencia se suprimen los datos que permitan identificar al niño, a sus padres y a sus médicos tratantes, así, como la referencia al lugar de los hechos y a la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Por esta misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas con la decisión, esto es, por los padres, los médicos tratantes y el representante del Seguro Social y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a mantener y proteger esa confidencialidad14.

Por otra parte, atendiendo al principio de publicidad que rige los procesos judiciales (artículo 228 de la Constitución Política), es inevitable hacer pública la presente providencia, pues en ella se manifiesta la doctrina constitucional fundamental en esta materia. Sin embargo, en este caso, su divulgación se encuentra limitada por las medidas previamente adoptadas destinadas a proteger la intimidad del niño y de su familia (artículo 15 de la Carta Fundamental).

1. Problema jurídico

De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, se le atribuye al Seguro Social - Seccional ZZ- la vulneración de los derechos fundamentales del menor NN a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al debido proceso y, en general, a los derechos fundamentales de los niños, como consecuencia de haberse negado a la práctica de una cirugía indispensable para la asignación de sexo del infante, dada la presencia de un cuadro médico de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita o Pseudohermafroditismo femenino.

Se impone, por consiguiente, establecer si, dadas las circunstancias del caso, para proceder a la protección de los derechos fundamentales invocados por el infante resulta viable que la

intervención requerida para la asignación de sexo se realice a partir del consentimiento sustituto de los padres, o si, por el contrario, como se trata de un menor que ha sobrepasado el umbral de los cinco años, se hace indispensable, de conformidad con la línea jurisprudencial fijada por esta Corporación, esperar a que adquiera la madurez suficiente para adoptar por sí mismo dicha decisión.

Para el efecto la Sala (i) presentará una síntesis de la jurisprudencia en materia de consentimiento para la intervención médica de los estados intersexuales; (ii) hará un recuento conceptual en torno a las materias relevantes para una aproximación al tratamiento de dichos estados y, (iii) presentará de manera detallada los elementos relevantes del asunto en concreto que resultan determinantes para establecer la manera como los criterios contenidos en los precedentes sobre la materia, pueden adecuarse a las particulares características del caso.

1. Consideraciones de la Sala

3.1. Antecedentes jurisprudenciales

Esta Corporación se ha ocupado en varias oportunidades del estudio de los problemas del consentimiento en torno a los tratamientos médicos del 'hermafroditismo' y de otros 'estados intersexuales' o de 'intersexos'¹⁵. Recientemente, en Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte realizó un estudio completo y detallado acerca de tales problemas y sobre las soluciones que para ellos se han encontrado en la jurisprudencia. La doctrina allí sentada ha sido reiterada de manera uniforme en los fallos subsiguientes y, especialmente, en la Sentencia T-551 de 1999, la cual resumió en forma precisa los lineamientos de la decisión de unificación. A continuación se establecerá la línea jurisprudencial desarrollada en esta materia:

3.1.1. Inicialmente, en Sentencia T-477 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte decidió el caso de un menor de sexo masculino que sufrió una cercenación de genitales externos a los seis meses de edad, y a quien le fue asignado anatómicamente el sexo femenino a través de un complejo procedimiento quirúrgico y psicológico, previa la autorización de sus padres (campesinos semi-analfabetas, habitantes de una región alejada y

subdesarrollada). En dicha oportunidad, mediante el ejercicio de la acción de amparo constitucional se pretendía restablecer la identificación sexual masculina del menor, quien en ningún momento se había identificado con el rol femenino que se le había impuesto¹⁶.

La Corte determinó que en ciertos casos, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas a favor de los menores, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y, además, no gozan de un nivel de conciencia idónea para definir sus intereses. Por consiguiente, a juicio de esta corporación, en principio los padres se encuentran legitimados para adoptar ciertas decisiones en relación con los tratamientos médicos de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos¹⁷.

Sin embargo, como lo bien lo sostuvo la Corte: "...ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. (...) Por lo cual la patria potestad 'debe estar dirigida a la formación en el grado máximo posible de la autonomía de los menores, pero no a que esa autonomía sea ejercida de una u otra manera'...".

Por ello, esta Corporación consideró que era necesario establecer unos límites de raigambre constitucional que permitiesen ponderar el principio de autonomía frente al principio de beneficencia, según el cual, el Estado y los padres deben proteger los intereses del infante. Destacando que no era posible establecer reglas generales y de fácil aplicación para todos los casos médicos, ya que las particularidades de cada asunto podrían alterar la decisión definitiva a tomar. De allí que, en situaciones de esta naturaleza, fuese necesario ponderar algunos elementos estructurales, a saber: (i) la urgencia del tratamiento; (ii) el grado de afectación de la autonomía actual y futura del menor, (iii) el alcance ordinario o invasivo de la práctica médica; y, por supuesto, (iv) la edad del niño.

Con base en dichos elementos, al analizar el caso en concreto, la Corte se preguntó si ante la emasculación de los órganos genitales externos del menor, los padres podían autorizar libre y autónomamente su readecuación de sexo. A juicio de esta Corporación, ello no era posible, dado que el reconocimiento del menor como una autonomía y libertad en formación, imponía la necesidad de obtener previamente su consentimiento para adelantar dicha práctica

médica. Nótese que en este caso, aun cuando la afectación patológica del menor, no era propia de un estado intersexual o 'hermafroditismo', su tratamiento clínico fue similar¹⁸.

3.1.2. En Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte se pronunció también in extenso sobre este tema, frente a un caso en el cual una madre solicitaba que se autorizara la práctica de un tratamiento de asignación de sexo a su hija menor de ocho años, quien padecía de pseudohermafroditismo masculino.

En dicha oportunidad, la Corte luego de conciliar la autoridad paterna con la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños (Artículo 44 C.P) y teniendo en cuenta la protección especial que se deriva de la Constitución para los hermafroditas, como minoría aislada y estigmatizada (Artículo 13 C.P), concluyó que en tratándose de intervenciones quirúrgicas y hormonales para la asignación de sexo, el permiso paterno era válido y suficiente en menores de cinco años, siempre que se tratara de un consentimiento informado, cualificado y persistente, cuya responsabilidad se adjudicó al grupo interdisciplinario de médicos, cirujanos, siquiátras, sicólogos y trabajadores sociales que cuiden y velen por la salud del menor.

Sin embargo, cuando dicho umbral crítico de identificación del género fuese superado, a juicio de la Corte, ante los riesgos excesivos que este tipo de operaciones plantean, no aparecía de manera clara la utilidad de practicarlas antes de que sea el propio paciente quien las autorice. De esta manera, la decisión sobre la realización de la operación de asignación de sexo para mayores de 5 años corresponde al propio menor, ajustando su ocurrencia a la necesidad de evitar las consecuencias traumáticas de la pubertad. Precisamente, esta Corporación manifestó que:

“...en este caso, como la niña hermafrodita ya ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo, no es legítimo el consentimiento sustituto paterno para que sea operada, pues los riesgos son excesivos, no aparece clara la utilidad de practicar esa cirugía antes de que el propio paciente pueda autorizarla, y la menor ya goza de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida. En esa situación, tanto el principio de beneficencia como el de autonomía ordenan que, en el presente caso, las cirugías deben ser

postergadas, puesto que la regla de cierre en favor de la intimidad de los hogares no opera para la menor XX, ya que el juez constitucional no está desplazando a la familia en sus decisiones sanitarias sino que está potenciando, dentro del hogar, la autonomía del menor, que de todos modos ya debe ser tomada en cuenta. Por ende, la Corte concluye que en estas situaciones, las cirugías y los tratamientos hormonales deben ser postergados hasta que la propia persona pueda autorizarlos...” (Subrayado por fuera del texto original).

Para la Corte existían cuestionamientos científicos razonables a la necesidad de proceder a una cirugía de asignación de sexo, como única alternativa médica posible, dada la avanzada edad de la menor. Además, la ausencia de una condición de amenaza para la integridad física y la vida de la niña, impedían categorizar a dicha práctica quirúrgica y hormonal como urgente. Por ello, a juicio de esta Corporación, era necesario esperar a que la propia paciente autónomamente expresara su consentimiento¹⁹.

Con todo, en la aclaración final de dicha providencia, la Corte consideró que el criterio o umbral establecido, lejos de convertirse en un regla general inmodificable e inmutable para todos los estados intersexuales o hermafroditismos, permitía en el caso en concreto preservar los derechos fundamentales y los valores constitucionales de la menor. Esto, en atención, a la diversidad de circunstancias que modifican y alteran cada asunto médico.

4. Posteriormente, se presentaron tres nuevos casos, en la providencia T-551 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se evaluó por parte de esta Corporación, la situación de una niña de dos años de edad, quien padecía de “hiperplasia suprarrenal”. En dicha oportunidad, la Corte insistió en la necesidad de salvaguardar el consentimiento sustituto informado, cualificado y persistente, sin entrar a analizar la procedencia de la operación, toda vez que en el trámite de la acción de amparo constitucional, ésta ya se había llevado a cabo. No obstante, en la parte motiva de dicha providencia, se reiteró que:

“...mientras no se ofrezcan nuevas evidencias científicas que obliguen a reconsiderar el anterior análisis, a partir de los cinco años, no es constitucionalmente admisible el consentimiento paterno sustituto para la remodelación de los genitales, por lo cual, en el caso estudiado en la sentencia SU-337 de 1999, no era válido que la madre autorizara la operación y los tratamientos hormonales para su hija, quien tenía al momento de la decisión más de ocho años (Fundamentos 83 a 89). Sin embargo, esto no significa que los derechos

fundamentales de la menor no debían ser amparados, sino que la protección a su identidad sexual pasa por otros mecanismos: un apoyo psicoterapéutico, y la constitución de un equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un psicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar a la menor y a su madre en todo este proceso (Fundamento 90 y 91)...”.

5. Luego, en Sentencia T-692 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte tuvo nuevamente la oportunidad de analizar la situación de una menor de dos años, quien al nacer presentó problemas de ambigüedad genital y frente a la cual, el Seguro Social se negó a autorizar la práctica de la cirugía necesaria para asignar su sexo.

Una vez más, la decisión apuntó a asegurar la integridad del consentimiento informado, cualificado y persistente, como condición válida y suficiente para el ejercicio del consentimiento sustituto. Destacando que, la demora en la autorización de la cirugía, exámenes y tratamientos recomendados con carácter de urgencia por parte de los médicos de dicha institución, “... va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en la iniciación de un tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”.

6. Por último, en providencia T-1390 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación conoció el caso de un niño de pocos meses de edad, quien presentaba genitales ambiguos con identificación genética hacia el sexo femenino. En dicha oportunidad, la Corte reiteró las providencias previamente citadas y reafirmó la obligación médica de salvaguardar los elementos integrantes del consentimiento sustituto. Precisamente, en la parte resolutive de dicha Sentencia, se ordena que: “...teniendo en cuenta que esta Corporación ha llegado a la conclusión, tanto en esta providencia como en las Sentencias SU-337 de 1999, T-551 de 1999 y T-629 de 1999 que el permiso paternos sustituto es válido para autorizar una remodelación genital en menores de cinco años, siempre y cuando se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente [ORDENA] al juez de primera instancia que verifique que el permiso de los padres para la realización de la cirugía a la menor, cumple con los lineamientos expuestos en la jurisprudencia de esta Corporación”.

7. A pesar de que en los pronunciamientos previamente expuestos las decisiones varían, existe una razón jurídica o ratio juris para adoptar cada una de ellas. Así, en unos casos, en aplicación del principio de beneficencia se permitió la realización de la cirugía de asignación de sexo en defensa de los derechos fundamentales de los menores - bajo una modalidad de consentimiento proyectado a futuro -, mientras que, en otros casos, se dio preponderancia al principio autonomista, según el cual, corresponde al propio menor adoptar dicha determinación vital, cuando tenga los elementos de juicio necesarios para decidir cómo va a ejercer su identidad sexual en el futuro. No obstante, en todos los casos, es manifiesto que el umbral delimitado por esta Corporación pretende garantizar la autonomía del menor en la definición de su identidad sexual, siempre que el grado de discernimiento y de madurez le permitan consentir en una operación de tal magnitud. Ello, en razón al reconocimiento de la naturaleza altamente invasiva de este tipo de operaciones y a los criterios de conveniencia médica que pueden interferir en la decisión²⁰.

En este orden de ideas, es posible inferir que la doctrina expuesta por esta Corporación supone la necesidad de evaluar y ponderar, frente a cada caso en concreto, las distintas variables que determinan la procedencia del consentimiento informado del menor con los elementos que dan preponderancia al consentimiento sustituto. A saber: (i) la urgencia del tratamiento; (ii) El impacto y/o riesgo del mismo sobre la autonomía actual y futura del niño; y (iii) la edad y/o madurez del menor²¹.

8. De conformidad con la citada jurisprudencia, la ponderación entre el consentimiento informado del paciente y el consentimiento sustituto de los padres debe atender también a la naturaleza de la patología y, en todo caso, al grado de impacto del tratamiento requerido o recomendado, es decir, al carácter más o menos invasivo de la intervención.

Por ello, ante la diversidad de variables y circunstancias que determinan cada caso, especialmente, en tratándose de estados intersexuales o hermafroditismos, es deber de los jueces de tutela aplicar de manera singular los criterios de ponderación previamente identificados por esta Corporación, teniendo en cuenta que cada asunto médico constituye un único universo. Esto, en razón a la multiplicidad de factores clínicos, psicológicos, sociales y culturales que requieren ser analizados y estudiados minuciosamente, en aras de

reconocer el amplio margen de diversidad presente en el desarrollo de cada patología.

9. Previo al análisis sobre los elementos del caso concreto, la Sala estima conveniente realizar algunas consideraciones en relación con: (i) los elementos conceptuales indispensables para comprender la problemática de los estados intersexuales; (ii) el alcance de los derechos fundamentales a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, (iii) la exigencia del consentimiento informado del menor en tratándose de cirugías de asignación de sexo y la admisibilidad del consentimiento sustituto, y, por último, (iv) la responsabilidad médica en casos de estados intersexuales o hermafroditismos.

3.2. Elementos conceptuales.

10. En aras de alcanzar un mayor grado de comprensión y de poder unificar conceptos terminológicos, procederá la Corte a recordar las distintas categorías científicas de hermafroditismo que se suelen clasificar en tres grandes grupos, a saber: "...el 'hermafroditismo verdadero', que se presenta en individuos 'con ambos tipos de gónadas, es decir con testículos y ovarios al tiempo'. En estos eventos los cromosomas suelen ser masculinos (46 XY) o femeninos (46 XX), aunque existe un grupo de baja frecuencia que puede mostrar anomalías de los cromosomas sexuales, pero que tiene en todo caso ambos tipos de gónada. Por otra parte, el 'seudohermafroditismo femenino' tiene lugar cuando el individuo posee cariotipo femenino (46 XX) y gónadas femeninas (ovario) pero 'ha sufrido algún grado de virilización antes del nacimiento, es decir una [mujer] virilizada'. En cambio, el 'seudohermafroditismo masculino' hace referencia a un individuo que presenta gónadas masculinas (testículos) y tiene 'un cariotipo masculino normal 46 XY la mayoría de las veces, o con alguna alteración en los cromosomas sexuales (X o Y), no ha virilizado normalmente, es decir un [hombre] mal virilizado'..."²².

De igual forma, esta Corporación considera oportuno resaltar que en tratándose de 'estados intersexuales' o 'hermafroditismo' es posible distinguir entre diversas categorías de sexo. Precisamente, la doctrina médica, psicológica y jurídica estima que existen las siguientes modalidades: "...el sexo cromosómico o genotipo, que es 'dado por los cromosomas sexuales: 46 XY para el varón y 46 XX para la mujer', el fenotípico, que es 'dado por el aspecto de los genitales externos', el gonadal que es el 'dado por el tipo de las gónadas:

Testículos u ovario', el legal, que es el que 'aparece en los Registros Notariales con el respectivo nombre o identificación', el de crianza, que es el que 'inducen los padres y el entorno familiar y social' y el psicológico, que es 'el que se adquiere en función de todo lo anterior o bajo el influjo de algunas condiciones genéticas, anatómicas o sociales...'23.

A partir de la categorización de estos conceptos, la doctrina médica y psicológica distingue entre los 'estados intersexuales' o 'hermafroditismos', que implican una discordancia entre las dimensiones biológicas del sexo (cromosómico, fenotípico y gonadal), y la 'ambigüedad genital', en donde la simple apariencia de los genitales externos no permite asignar fácilmente un sexo al momento del nacimiento, como sucede en los casos de micropenes, en donde stricto sensu no hay un 'estado intersexual', pero la apariencia de los genitales no sólo puede provocar dificultades en la asignación del sexo sino que, además, los médicos suelen recomendar un tratamiento similar al de muchos hermafroditismos.

11. Siguiendo esta diversidad terminológica, muchos autores estiman que la identidad de sexo y la identidad de género son nociones disímiles pero complementarias. De este modo, la identidad sexual hace referencia a "las características biológicas sexuales de una persona que incluyen cromosomas (XX mujer o XY hombre), genitales externos (pene o vagina), genitales internos (testículos u ovario)". En cambio, la identidad de género "tendría un componente más psicosocial, pues se relaciona con el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad"24.

Es, entonces, preciso reconocer que la noción de sexo tiene dos vertientes: estática y dinámica. La primera, se predica de los caracteres anatómicos y fisiológicos de la persona, mientras que, la segunda, se refiere a la personalidad misma del ser, a su actitud sicosocial, a su modo de comportarse, a sus hábitos y modales, etc. Por lo cual, el sexo se predica de las connotaciones cromosómicas, fenotípicas y gonadales, y el género de: "todo aquello que de innato y de adquirido se encuentra en la sexualidad humana y, ante todo, al momento psicológico y cultural"25

12. Por otra parte, la evolución histórica occidental de la humanidad ha enfocado rutinariamente el problema de la sexualidad a través de la definición categórica de dos vertientes sexuales: el sexo masculino y el sexo femenino. Así las cosas, se impone, en aras de preservar la eficacia de las garantías fundamentales a la vida digna, a la identidad

personal y al libre desarrollo de la personalidad, el deber de asignar a todas las personas un determinado sexo, ya sea al momento de su nacimiento o cuando la patología clínica no lo permita, en la mayor brevedad posible. Por ello, se justifican las cirugías de asignación de sexo en tratándose de estados 'intersexuales', cuya realización, en principio, debe llevarse a cabo en los primeros 18 meses de vida en consideración a la neutralidad sicosocial del infante (Teoría Money)²⁶.

13. Es preciso recalcar que al momento de adelantar cualquier tratamiento quirúrgico u hormonal para la asignación de sexo, el mismo no se debe enfocar exclusivamente en las características cromosómicas, fenotípicas y gonadales de la persona sino que es necesario que se evalúe y se involucre particularmente la condición genérica. Sin embargo, es de resaltar que dentro de la multiplicidad de variables, el único elemento inmutable e inmodificable desde el punto de vista biológico, es el sexo cromosómico²⁷.

De contera que, en casos de 'hermafroditismo' o 'estados intersexuales' no sólo es trascendente la determinación del sexo del menor, sino que igualmente es relevante la adecuación del citado sexo a su género. A manera de ejemplo, es posible que a una persona con hiperplasia suprarrenal congénita (cromosómicamente XX) se le asigne el sexo masculino, cuando presenta una relación de identidad con la masculinidad y, por lo tanto, sea palmaria y manifiesta su identificación genérica.

14. Así, los conceptos de sexo y género no sólo permiten distinguir entre los 'estados intersexuales' y la 'ambigüedad genital' sino que, igualmente, conllevan a entender el por qué en ciertos casos, se prefiere un determinado sexo, ante las divergencias cromosómicas, sicosexuales y culturales de una persona.

La doctrina médico-sicológica en este punto ha sostenido que es deber de los médicos no sólo atarse a las condiciones biológicas de la persona sino prever las consecuencias propias de la identidad de género. Precisamente, manifiestan que: "Se recomienda entonces valorar la estabilidad de la identidad sexual sin atarse a lo biológico. Y es aquí donde, en nombre de la ciencia y de la biología, se pueden cometer graves errores, poniendo un supuesto destino biológico por encima de la identidad de género y la estabilidad emocional. Muchas veces, los médicos piensan en la futura mamá que ese adolescente podría llegar a ser, y se olvidan de ese joven que se siente un varón y no tiene ningún problema en querer seguir siéndolo. Él

siente que su prestigio como varón, su fuerza interior, es mucho más importante que una mirada desde afuera en nombre de la especie”²⁸.

De igual forma, la doctrina jurídica considera que el perfil psicológico o genérico prevalece sobre el criterio estructural o biológico, ya que permite la expresión de la identidad personal y sexual de la persona como el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Al respecto, se sostiene que: “...el sexo no es un factor inmutable de la personalidad sino que, por el contrario, su característica es la de presentarse como un elemento dinámico. El sexo, para este sector de la doctrina, no es sólo una expresión física, una determinada configuración somática, sino que también, y fundamentalmente, consiste en una actitud psicológica, en un sentimiento, en una opción personal, en una constante vivencia. En base a este planteamiento, se reconoce la libertad del sujeto para vivir según el sexo que concilie con su decidida inclinación sicosomática, con aquel con el que se siente existencialmente identificado. En consecuencia, dentro de estos parámetros, la adecuación de los caracteres genitales al sexo ‘sentido y vivido’ es un hecho posible y deseable, por lo que debería ser considerado como lícito, en tanto se origina en un acto de libre decisión del sujeto, teniéndose siempre en cuenta el interés de los terceros...”²⁹.

Ahora bien, de acuerdo con los datos proporcionados por la medicina legal, el género o sexo psicológico se adquiere por regla general, entre los 2 y los 4 años de edad, independientemente del desarrollo fenotípico y gonadal³⁰.

3.3. De los derechos fundamentales a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

15. Más allá de las distintas teorías filosóficas, políticas y jurídicas que han pretendido analizar y estudiar al hombre, es incuestionable que aquél es un ‘ser libre’ y que a partir de dicha libertad, es capaz de comprenderse ‘a sí mismo’ como ‘a los otros’. En estos términos, el ejercicio de la libertad le permite a cada ser humano llegar a ser ‘él mismo’ y con la mediación de los ‘otros’, es capaz de autodefinirse como un ser autónomo e independiente.

De modo que, el hombre aunque es un ser libre y autónomo, sólo es comprensible dentro de la sociedad y a partir de dicha intersubjetividad puede comprenderse y conocerse a sí mismo.

Ahora bien, para hacer efectiva la libertad es necesario garantizar un espacio de igualdad tanto formal como material. Por esta razón, resulta contrario a derecho que se permitan discriminaciones por razones de sexo, raza, origen, lengua, religión, opinión, etc., toda vez que restringen ilegítimamente la libre autodeterminación de cada persona. De ahí que no se admitan más limitaciones que las puramente legales y aquellas destinadas a asegurar dentro de la vida comunitaria, un espacio para el ejercicio de la propia libertad.

16. De esta manera, es posible enaltecer algunos de los atributos fundamentales del hombre que le aseguran y garantizan la expresión de su libertad, autonomía e igualdad y sin los cuales, la esencia del hombre como un ser único e irrepetible perdería su total eficacia³². A saber: (i) el hombre es un ser proyectivo, es decir, por su propia libertad está llamado a idear su existencia, en otras palabras, a forjar y determinar su 'ser'. De ahí surgen la 'elección' y la 'valoración' como elementos estructurales que le permiten a cada persona elaborar su proyecto vital o de existencia. Por otra parte, (ii) es un ser estimativo, o sea, desarrolla su vida alrededor de las posibilidades de estimar, apreciar, significar o desvalorizar los fines espirituales o materiales que se propone.

Así mismo, (iii) es un ser temporal, es decir, dado su carácter proyectivo puede enfocar y construir su existencia desde la valoración o estimación del pasado, como un tránsito para forjar su futuro y, por último, (iv) es un ser soberano, en otras palabras, a partir de su conciencia de libertad es capaz de constituirse a 'sí mismo' como un ser único e irrepetible. De suerte que eleva a mandato categórico 'el principio de disponibilidad', que le confiere de forma privativa la plena disposición de su vida, sus bienes, sus creencias y de su propia integridad física o psíquica.

17. De acuerdo con lo expuesto, es pertinente reiterar que el hombre como ser libre, sólo puede ser aprehendido y comprendido dentro de la comunidad. De modo que, es a partir 'del otro' y por 'el otro' que logra realizarse como persona y es capaz de autodeterminarse 'a sí mismo'. Con todo, es a través del ejercicio de la libertad, mediante la cual cada hombre elabora su proyecto de vida de acuerdo con sus valores y los dictados de su vocación, pero siempre dentro de los condicionamientos que le son inherentes (el derecho de los demás y el orden jurídico³³).

Desde este punto de vista, resulta que la identidad del ser humano se constituye, en cuanto

se permite el ejercicio de su libertad, en aras de elaborar un proyecto existencial o de vida, pese a los determinismos que soporta. Por esta razón, surge la identidad como el derecho de cada persona a que no se altere, desnaturalice o niegue la proyección externa o social de su personalidad³⁴.

En este orden de ideas, esta Corporación ha reconocido que de la Carta Fundamental y, especialmente, del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C.P), se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueño de sí, de sus actos y de su entorno³⁵. Así, el derecho a la identidad personal supone en su núcleo esencial el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, la identidad personal se convierte en un bien especial y fundamental, en cuanto exige de la comunidad el respeto del propio 'modo de ser' de cada hombre en el mundo exterior.

18. De manera que la formulación del derecho a la identidad personal supone el ejercicio continuo y permanente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual ha sido definido por esta Corporación, como aquél que le permite a cada ser fijar sus opciones de vida de conformidad con sus propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el orden jurídico³⁶.

Precisamente, la doctrina expuesta por esta Corporación, permite destacar la conexidad estructural que se predica entre los citados derechos. Al respecto, se ha manifestado que:

"...[A]l interpretar el artículo 16 constitucional que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el intérprete debe hacer énfasis en la palabra 'libre', más que en la expresión 'desarrollo de la personalidad', pues esta norma no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala 'que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional'. Por ello esta Corte y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida,

siempre y cuando no afecten derechos de terceros. Existe entonces una vulneración a este derecho 'cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano'...."(C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Subrayado por fuera del texto original).

Por lo tanto, solamente a partir del libre ejercicio de la personalidad, se constituye la identidad personal como un conjunto de cualidades y características que ante los atributos proyectivo, temporal y estimativo del hombre, le permiten a éste individualizarse en la sociedad, y exigir de ésta, el respeto y salvaguarda de las condiciones mínimas que conlleven a la proyección autónoma de su ser.

19. En este sentido, uno de los elementos estructurales de cualquier plan de vida y de la identificación de las personas en sociedad, es la identidad sexual³⁷. Ésta, al igual que el sexo tiene dos vertientes: estática y dinámica³⁸. Por lo cual, independientemente de los caracteres anatómicos y fisiológicos de la persona (visión estática), el género adoptado por ésta (visión dinámica), determina la formación de su personalidad a partir de su actitud sicosocial y cultural.

Sin embargo, como la formación sexual hace parte del crecimiento y proyección de la personalidad del individuo, es indispensable preservar en todo momento y lugar la autonomía y libertad del hombre para definir a partir de la interrelación de los factores sicosociales, culturales y sociales que le identifican su propia identidad sexual (visión dinámica). En efecto, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás³⁹.

20. En el caso de los estados 'intersexuales', la proyección de la autonomía y el establecimiento de la real identidad sexual, no corresponden al libre ejercicio de una opción peculiar y espontánea destinada a trazar una determinada vocación sexual de la persona ante la sociedad, como sucede en los casos de transexualismo o cambios de sexo. Por el contrario, las cirugías y los tratamientos hormonales de asignación de sexo, en dichos casos,

lejos de aspirar a modificar los genitales externos del individuo, suponen la necesidad de contribuir a superar un estado de ambigüedad afirmando las características predominantes de un determinado género.

En otras palabras, no se trata del ejercicio de una opción personal y espontánea sobre una determinada vocación sexual, sino de un mandato imperativo que ante la condición clínica del paciente, exige la intervención de la ciencia médica para definir un sexo, mas no para cambiarlo. Por ello, en este caso, el conflicto jurídico se plantea entre la necesidad de una temprana asignación de género, con el fin de garantizar el desarrollo de los atributos proyectivo, estimativo y temporal del ser, destinados a forjar su propio proyecto vital o de existencia, en contraste con el imperativo de una intervención sobre la sexualidad de la persona a partir de su consentimiento informado, cuando: (i) existen cuestionamientos científicos razonables a la necesidad de proceder a una cirugía de asignación de sexo, como única alternativa médica posible, dada la avanzada edad del paciente, o (ii) siempre que la ausencia de una condición de amenaza para la integridad física y la vida del enfermo, impidan categorizar a dicha práctica quirúrgica y hormonal como urgente.

En resumen, se trata de la ponderación de la autonomía del menor para disponer de su propio cuerpo, cuando las condiciones clínicas y el nivel de raciocinio le permiten optar por sí mismo en la afirmación de su sexo, frente a la posibilidad de proyectar un consentimiento sustituto a futuro, en aras de salvaguardar el ejercicio de las condiciones vitales que le permiten a cada 'ser' la construcción constante y permanente de su personalidad.

21. De contera que, es lícito permitir que cada persona ajuste su sexo al género 'sentido y vivido', y en consecuencia, en casos de 'estados intersexuales' o 'hermafroditismo', es deber de las entidades de salud como de los médicos tratantes, evaluar todos los factores que determinan la sexualidad del paciente, en aras de recomendar aquella asignación de sexo que más se aproxime a su real identidad personal y sexual.

Ahora bien, siguiendo lo expuesto, si la identificación sexual se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto por constituir un importante elemento de su identidad. En casos de 'estados intersexuales' o 'hermafroditismo' no puede prescindirse, desconocerse o abstenerse de permitir la consolidación del sexo o género del paciente, so pena de vulnerar los derechos fundamentales a la identidad personal y al libre desarrollo de

la personalidad ya que, dejar a la persona en una estado sexual de indeterminación, conlleva al desconocimiento de su libertad de autoproyectarse en comunidad, y de paso, se niega su condición intrínseca de hombre temporal y estimativo.

Por esta razón, la doctrina médica considera que si la identificación genérica del hombre comienza entre los 2 y 4 años de edad, es fundamental proceder a la práctica de asignación de sexo lo más pronto posible, precisamente, para evitar las cargas psicosexuales y sociales que puedan afectar al menor⁴⁰. Con todo, por el hecho de superar ese umbral crítico, no pierde trascendencia la pronta realización de dicha operación ya que, como se ha expuesto, la identidad sexual permite garantizar la eficacia de los derechos fundamentales a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, a través de la consolidación de una opción sexual de vida.

22. Para concluir, es preciso reconocer que la intervención médica en tratándose de estados 'intersexuales' o 'hermafroditismo' no sólo pretende aliviar o curar una determinada patología, sino que persigue el logro de un objetivo Superior, consistente en concretar un aspecto determinante de la naturaleza humana, esto es, la identidad sexual de la persona. Sin embargo, como los hombres son seres inviolables y por ende, sus cuerpos también lo son (C.P. preámbulo y arts. 1º, 2º, 5º, 11 y 12), es claro que no pueden ser intervenidos sin su permiso. De allí que, surja como interrogante ¿cuál es el alcance del consentimiento informado del menor en torno a los tratamientos médicos de asignación de sexo?.

3.4. El consentimiento informado en relación con los tratamientos médicos de asignación de sexo en menores de edad.

23. De la interrelación de los atributos de la personalidad que previamente se han reseñado surge, entre otros, el mandato de la ética médica, según el cual: 'nadie puede disponer sobre otro'. Así, dicho precepto se convierte en un imperativo estructural que exige el consentimiento informado como requisito sine qua non para la aprobación de cualquier procedimiento u operación que requiera el tratamiento de un estado patológico.

Al respecto, el artículo 1º del Código de ética médica (Ley 23 de 1.981) – en adelante C. de E.M- reconoce que: "...el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas curativas y de rehabilitación

correspondientes...". De modo que: "...Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente..." (artículo 15 del C. de E.M).

24. El citado consentimiento como lo ha venido señalando la jurisprudencia de esta Corporación, requiere de la presencia de varios elementos indispensables que legitiman cualquier tratamiento clínico y cuya ausencia permite catalogar la intervención como abusiva, ilícita o ilegal⁴¹. Precisamente, la Corte ha sostenido que aquél debe ser: (i) informado, (ii) persistente y, algunas veces, (iii) cualificado.

El citado acuerdo es informado, cuando el paciente tiene todos los elementos de juicio necesarios para poder aceptar o rehusar una acción médica, siempre que tenga certeza sobre los riesgos previsibles, los efectos adversos y de las posibles terapias alternativas, sin ningún tipo de prejuicio que límite la suficiencia de la información y ajustando la remisión de dichos datos al reconocimiento intrínseco de la condición humana. Es, entonces, deber del médico suministrar la información necesaria al paciente con el propósito de que éste conozca los beneficios y los riesgos de la intervención⁴², permitiendo sobrellevar la angustia, el dolor y el sufrimiento propio de los estados patológicos.

Igualmente, en ciertos casos, se exige del equipo médico no sólo suministrar una información muy depurada al paciente sino que, además, son responsables de establecer procedimientos que permitan constatar la autenticidad de su consentimiento. Así, en Sentencia T-477 de 1995, se estableció que el consentimiento cualificado debía constar al menos por escrito. De todas maneras, este requisito sólo opera en aquellos casos en que el riesgo del tratamiento dada las condiciones clínico patológicas del paciente lo exija. Por esta razón, una simple intervención odontológica o la toma de unos puntos para cerrar una herida, no requieren la cualificación del consentimiento, a diferencia de una operación invasiva como la asignación de sexo o injustificada como lo son generalmente las cirugías estéticas ⁴³.

Así mismo, el acuerdo de voluntades debe ser persistente, para significar que la información debe suministrarse durante todo el tratamiento clínico y postoperatorio.

25. De suerte que el reconocimiento de la libertad y autonomía del hombre, y de sus atributos proyectivo, estimativo, temporal y soberano, conllevan a imponer el consentimiento

informado, persistente y, algunas veces, hasta cualificado del paciente, para adelantar cualquier tratamiento médico o quirúrgico. A menos que – como lo ha expuesto esta Corporación – la presencia de algún elemento circunstancial, extremo o excepcional legitime a los médicos tratantes para suplir o desconocer dicha voluntad.

A título de ejemplo, en Sentencia T-474 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz), se determinó por parte de esta Corporación que es posible desconocer la autonomía de un menor, el libre desarrollo de su personalidad, su libertad de conciencia y su libertad de cultos cuando éste se niega a recibir un tratamiento indispensable para salvaguardar su vida. Por lo cual, el consentimiento de aquél debía ceder ante la necesidad de preservar su propia existencia permitiendo, en dicho caso, otorgar prevalencia al consentimiento sustituto paterno. En este evento, se trata de una ponderación de derechos fundamentales en donde la vida goza de prioridad⁴⁴.

También, en providencia T-477 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se dispuso que ante la presencia de una situación de urgencia, el consentimiento del paciente puede ser sustituido ante la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona. Al respecto, el artículo 11 del Decreto 3380 de 1981, establece que: “El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”

La situación de urgencia se encuentra definida en el artículo 3º del Decreto 3380 de 1981, de acuerdo con el cual: “Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndese por ésta todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”. A juicio de la Corte, el calificativo ‘integridad de la persona’, exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de la atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable⁴⁵.

Se puede concluir que la libertad y autonomía inherentes al ser humano condicionan la posibilidad de suplir o desconocer el consentimiento del paciente, a circunstancias especiales o excepcionales que ameriten una protección inmediata de los derechos a la vida o a la salud, con el fin de preservarlos o de evitar un perjuicio irremediable sobre los mismos. Por

esta razón, si el médico o el juez en un determinado caso, tienen dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser siempre resueltas a favor del respeto a la privacidad personal o familiar (in dubio pro familia⁴⁶), a fin de que la voluntad del paciente sea efectivamente salvaguardada. Recuérdese que el mandato imperativo de la ética médica, según el cual: 'nadie puede disponer sobre otro'⁴⁷, obliga a preservar la voluntad de la persona, sobre cualquier tipo de intervención médica que altere su integridad física o psicológica.

26. En el caso de los estados 'intersexuales', el problema radica en que de acuerdo con el protocolo médico imperante, la cirugía de asignación de sexo debe hacerse lo más pronto posible con el objeto de lograr una adecuada identificación genérica de la persona. Empero, dichos criterios de conveniencia médica tienen como inconveniente que desconocen la libre elección del menor para decidir autónomamente su propia identidad sexual, contrariando irremediablemente el principio de autonomía.

Con todo, tratándose de menores, de ordinario corresponde a quienes ejercen la patria potestad prestar su consentimiento para la práctica de las distintas intervenciones quirúrgicas o tratamientos terapéuticos indispensables para la recuperación o rehabilitación del menor, a través del denominado consentimiento sustituto. Sin embargo, en estrecha vinculación con la salvaguarda del principio de autonomía, la presencia de algunas circunstancias, tales como: (i) el carácter más o menos invasivo del tratamiento; (ii) la dificultad de su realización y las pocas probabilidades de éxito y, (iii) el riesgo que representa para ciertos derechos o intereses del paciente, etc.; suponen la improcedencia constitucional de dicho consentimiento, en beneficio de la prevalencia del consentimiento informado del menor, cuando éste tenga el suficiente discernimiento para optar por una decisión vital de tal naturaleza. Ello, en aras de salvaguardar el libre desarrollo de su personalidad, la proyección de su identidad y autonomía y, en últimas, su vida digna.

En estos términos, es necesario establecer que las citadas reglas lejos de ser absolutas, dependen de las particularidades de cada caso, por lo tanto, conforme a lo anterior, surge como interrogante: ¿cuáles son las condiciones de procedencia del consentimiento sustituto?

1. Primacía del consentimiento sustituto.

27. Una de las principales tesis, en cuanto al consentimiento informado en la práctica de cirugías de asignación de sexo, apunta a establecer que dada la incapacidad reconocida por el legislador a los menores de edad, éstos no son hábiles para desarrollar su autonomía y, por ende, para aprobar o improbar este tipo de operaciones.

Por lo cual, si para la validez de una manifestación de voluntad es indispensable la capacidad y el artículo 1504 del Código Civil establece que los menores de edad son incapaces (absolutos o relativos), entonces, no es necesario el consentimiento de dichos menores para proceder a la práctica de cirugías de asignación de sexo. De esta manera, si la ley prevé que en relación con los incapaces su voluntad se suple mediante el consentimiento de su representante legal, es a él a quien le corresponde expresarlo para legitimar la realización de cualquier tratamiento hormonal o quirúrgico que requiera el estado patológico del menor.

La presente teoría se encuentra reconocida en el artículo 14 de la Ley 23 de 1981 (Código de Ética Médica), según el cual: “El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata”⁴⁸.

28. Sin embargo, aun cuando esta tesis puede ser lógica y razonable para aquellas operaciones o tratamientos que por su propia naturaleza no tengan incidencia sobre la identidad personal o el libre desarrollo de la personalidad, no ocurre lo mismo con las prácticas médicas consideradas altamente invasivas, que por su estrecha vinculación con la definición de la propia personalidad del individuo, imponen necesariamente el consentimiento del paciente para su ejecución, v.gr., en las operaciones de asignación de sexo o remodelación de genitales.

Ahora bien, por el hecho de ser una operación de naturaleza ordinaria y no invasiva, no significa que adquiere plena prevalencia el consentimiento paterno ya que, es necesario adecuar la decisión de los padres a la voluntad del menor, en la medida en que éste pueda discernir sobre el tratamiento médico requerido. Es, entonces, predicable una relación inversamente proporcional entre la prevalencia del consentimiento paterno y la necesidad de

requerir la voluntad del menor, siempre que aquél pueda entender, comprender y juzgar el procedimiento clínico.

En relación con esta materia, la Corte en Sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), expresó que:

“...hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, realizados en infantes de poca edad y de evidentes beneficios médicos para su salud. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. Se respeta entonces la autonomía con base en lo que algunos autores denominan un ‘consentimiento orientado hacia el futuro’⁴⁹, esto es, la decisión se funda en aquello que los hijos verán con beneplácito al ser plenamente autónomos, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito. En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por meras razones estéticas. En este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. La decisión paterna deja entonces de tener sentido para proteger los intereses del menor y se convierte en la imposición coactiva a los individuos de un modelo estético contrario al que éste profesa, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (CP arts 1º, 5 y 16). Igualmente, como ya se señaló, tampoco podría un padre, invocando sus convicciones religiosas, rechazar para su hijo de pocos meses un tratamiento que resulta indispensable para proteger su vida, por cuanto se estaría sacrificando al menor en función de la libertad religiosa del padre, lo cual es contrario al deber del Estado de proteger de manera preferente la vida, la salud y la dignidad de los niños (CP arts 1º, 2º y 44)...”.

Por otra parte, es preciso reconocer que la existencia de múltiples situaciones médicas, convierten las citadas reglas, en parámetros de difícil aplicación. Ello ocurre porque los criterios médico-jurídicos no son categorías matemáticas sino conceptos indeterminados, cuya concreción en un caso específico puede estar sujeta a discusión y, por otra, no siempre es notoria y evidente la distinción entre las intervenciones ordinarias y los tratamientos invasivos, pues esta calificación no depende únicamente de la naturaleza objetiva de la terapia sino también de los valores subjetivos del paciente. “...Así, algunas personas consideran que una transfusión de sangre no es un procedimiento que afecte considerablemente su autonomía, mientras que para otros individuos, esa intervención es particularmente invasiva, e incluso intolerable, por cuanto es contraria a sus convicciones religiosas más importantes...” (Sentencia SU-337 de 1999. Alejandro Martínez Caballero).

29. Independientemente de estas dificultades, es posible colegir que en tratándose de intervenciones ordinarias, es imprescindible matizar el consentimiento sustituto frente a la necesidad del tratamiento u operación y en relación con la madurez y/o edad del menor. Así, por ejemplo, en el caso de los menores adultos, el Código Civil reconoce que sus actos: “pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”⁵⁰. Mientras que, en el caso de las operaciones invasivas por regla general, es prevalente el consentimiento informado del paciente -aun cuando éste sea menor de edad-, en aras de salvaguardar la libre determinación de su personalidad, la proyección de su identidad y, en últimas, su vida digna.

30. Con todo, la madurez para la adopción de una práctica médica no se asimila a la edad y a la capacidad legal prevista en el ordenamiento civil. Así, esta Corporación ha sostenido que:

“...se entiende que el número de años del paciente es importante como una guía para saber cuál es el grado de madurez intelectual y emocional del menor pero no es un elemento que debe ser absolutizado. Así, es razonable suponer que es menos autónomo un infante que un adolescente, y por ende el grado de protección al libre desarrollo de la personalidad es distinto en ambos casos. En efecto, la personalidad es un proceso evolutivo de formación, de tal manera que el ser humano pasa de un estado de dependencia casi total, cuando es recién nacido, hasta la autonomía plena, al llegar a la edad adulta. El acceso a la autonomía es

entonces gradual ya que ésta 'es el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente'. Ese progresivo desarrollo de la personalidad y de la autonomía se encuentra en gran medida ligado a la edad de la persona, que es lo que justifica distinciones como las establecidas por el derecho romano y el propio ordenamiento civil entre infantes, impúberes y menores adultos. Por ello, la edad del paciente puede ser tomada válidamente como un indicador de su grado autonomía, pero el número de años no es un criterio tajante, ya que menores con idéntica edad pueden sin embargo, en la práctica, evidenciar una distinta capacidad de autodeterminación, y por ende gozar de una diversa protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad...."51

31. De lo expuesto, podemos concluir que generalmente el consentimiento del menor es obligatorio, dado el reconocimiento de éste como una libertad en formación y que, como tal, exige la salvaguarda y protección de su autonomía en cualquier tipo de práctica médica que de alguna manera altere el desarrollo normal de su vida52. Sin embargo, dicho postulado debe ajustarse a la necesidad o urgencia de la operación y a la edad y/o madurez del menor.

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, reitera la obligación del Estado de proteger el consentimiento del menor. Así, dispone que: "Los Estados partes garantizarán al niño que éste en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose en cuentas las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño".

1. Primacía del consentimiento informado del menor.

32. Siguiendo lo expuesto, en el caso de tratamientos u operaciones ordinarias, la prevalencia del consentimiento informado del menor debe ponderarse en relación con el consentimiento sustituto, en torno a la necesidad de la cirugía o tratamiento y a la edad y/o madurez del niño. De modo que, resulta improcedente que un padre tenga que consentir en una intervención meramente ordinaria para un menor que supera la pubertad, v.gr, la toma de unos puntos para cerrar una herida; o imponer la aquiescencia del infante para el

suministro de una vacuna indispensable contra una enfermedad grave. Con todo, es evidente que por tratarse de conceptos indeterminados y no de simples operaciones matemáticas, no es fácil establecer un lindero que permita dar prevalencia a alguno de dichos consentimientos, siendo entonces determinante la evaluación médica y psicológica que realicen los profesionales de la medicina.

33. En caso de operaciones invasivas, es procedente darle prevalencia al consentimiento informado del paciente, aun cuando éste sea menor de edad, en aras de salvaguardar la libre determinación de su personalidad, la proyección de su identidad y, en últimas, su vida digna. No obstante, el citado mandato admite excepciones, tal y como lo estableció la doctrina de esta Corporación en Sentencias SU-337 de 1999 y subsiguientes, en donde concluyó que el permiso paterno era válido en menores de cinco años, siempre que se tratara de un consentimiento informado, cualificado y persistente, cuya responsabilidad se adjudicó al grupo interdisciplinario de médicos, cirujanos, siquiátras, sicólogos y trabajadores sociales que cuiden y velen por la salud del menor.

Pero cuando dicho umbral crítico de identificación del género fuese superado, a juicio de la Corte, debe ser el propio menor quien autorice dichos tratamientos, dado los riesgos excesivos que este tipo de operaciones representan para su vida futura. Así, esta Corporación, en dichos pronunciamientos plasma como regla general que la decisión sobre las operaciones de naturaleza invasiva, en personas mayores de cinco años, corresponden al propio individuo.

1. Variables que determinan la prevalencia del consentimiento sustituto o del consentimiento informado del menor.

34. Siguiendo para el efecto los antecedentes jurisprudenciales previamente expuestos⁵³ y las citadas consideraciones, existen determinadas variables que en cada caso permiten dar prevalencia al consentimiento sustituto o al consentimiento informado y que, aún excepcionalmente, legitiman la intervención médica carente de cualquier voluntad directa o indirecta del paciente. Estas variables son: (i) la necesidad y/o urgencia del tratamiento⁵⁴; (ii) el impacto y/o riesgo del mismo⁵⁵; y (iii) la edad y/o madurez del menor.

Por ejemplo, como ya se expuso, es posible sustituir el consentimiento directo o indirecto del paciente, bien sea del menor y/o de sus padres, cuando la realidad objetiva de una intervención médica es necesaria para preservar su vida; o limitar la propia autonomía del menor, en aras de darle prevalencia al consentimiento sustituto, cuando la libertad de conciencia y de cultos invocadas por el infante se contraponen al hecho inequívoco de poner en peligro su propia existencia⁵⁶. Sin embargo, el impacto y/o riesgo de una operación altamente invasiva (como es el caso de las cirugías de asignación de sexo) requieren, por lo general, de la voluntad del menor dadas las implicaciones en su identidad sexual.

De todas maneras, cualquier decisión médica, más allá de la existencia de una causal de urgencia requiere valorar siempre el riesgo, la necesidad y el impacto de la cirugía o procedimiento clínico y la edad y/o madurez de la persona. De suerte que, si es predicable la capacidad de discernimiento y las otras variables lo ameritan, no sólo debe exigirse la voluntad de los padres o representantes del paciente, sino el consentimiento informado del sujeto directamente involucrado, aun tratándose de operaciones no invasivas.

3.5. Aplicación de la doctrina constitucional.

35. Los postulados previamente expuestos permiten a esta Corporación, aplicar la doctrina constitucional expuesta en asuntos de 'hermafroditismo' o 'estados intersexuales' a las particularidades de cada caso, sin desconocer la necesidad de amparar la autonomía del infante ante su inevitable correlación con el consentimiento paterno derivado del ejercicio de la patria potestad.

36. En esta medida, y sin alejarnos de la realidad científica y jurídica reconocida por la Corte en las Sentencias SU-337 de 1999 y subsiguientes, en ciertos casos, es pertinente darle prevalencia a la preservación de los derechos fundamentales de los niños a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, mediante la participación de los padres o representantes legales de los infantes mayores de cinco años, en la adopción de la decisión sobre la práctica de la cirugía de asignación de sexo. De modo que, conforme a la evolución de las facultades del menor, se forme un consentimiento asistido, en aquellos eventos en los cuales: (i) exista un acuerdo médico en torno a la alternativa clínica adecuada para el menor; y (ii) siempre que la identidad de género del infante se encuentre marcada o acentuada social y psicológicamente. Esta prevalencia tiene como fundamento la adecuación

de las variables de impacto y/o riesgo frente a las de edad y/o madurez.

Esto ocurre porque la variable riesgo, en casos de 'estados intersexuales' o 'hermafroditismo', no puede considerarse como un elemento estático que necesariamente imponga el aplazamiento de los tratamientos médicos y quirúrgicos hasta una edad cercana a la pubertad. Por el contrario, dicha variable al igual que la conceptualización del sexo, es estática y dinámica. Así, a mayor identificación de género menor impacto sobre la vida, la libertad y la autonomía del infante, toda vez que la asignación sexual se identificaría con el componente psicosocial que marca el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad. Hasta el punto de considerar que, si la identidad psíquica y social es marcada o acentuada, no es constitucionalmente válido someter a un menor a efectos psicológicos traumáticos, derivados de la postergación de una intervención requerida, desconociendo el alcance de los derechos fundamentales a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud.

Por otra parte, someter al menor por la apariencia extraña de sus genitales al rechazo social y al traumatismo psicológico derivado de su estado patológico, sería desconocer el alcance que tiene el derecho fundamental a la salud (artículo 44 de la Constitución), que comprende no sólo el cuidado o la atención física del paciente sino también la salvaguarda de su salud síquica. Por esta razón, el bienestar sicofísico del individuo se vería turbado si se le privara del reconocimiento de su real identidad sexual o de género.

En efecto, no sería justo ni correcto aplazar una operación cuya decisión de género es previsible, hasta que sea el propio menor quien la apruebe con un mayor grado de conciencia, cuando los padres en ejercicio de su derecho natural de cuidado, crianza y formación pueden asistir a sus hijos para el perfeccionamiento y manifestación de su voluntad. Por lo tanto, en estos casos, el goce y la protección de los derechos fundamentales de los menores no puede limitarse a la sola capacidad del individuo para la toma de decisiones vitales ya que, entonces, la protección especial que ordena la Constitución y los tratados internacionales sobre los derechos de los niños, resultaría vacua e inoperante.

37. Al respecto, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que: "Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su

desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. Asimismo, el artículo 24 determina que: “Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud...”⁵⁷.

Disposiciones que de conformidad con el artículo 94 de la Constitución Política, tienen prevalencia en el orden interno y, más aún, cuando “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (artículo 44 C.P). La doctrina expuesta por esta Corporación sobre la materia ha señalado que:

“...Las referencias anotadas son suficientes para comprender la particular preocupación de la comunidad nacional e internacional por atender a la protección de los derechos de los niños y promover su incorporación a la sociedad. La Corte ha dicho a este respecto que ‘[e]n el Estado social de derecho colombiano constituye un fin esencial adelantar precisas acciones que permitan a los menores de edad alcanzar un desarrollo armónico e integral, en los aspectos de orden biológico, físico, síquico, intelectual, familiar y social. La población infantil es vulnerable y la falta de estructuras sociales, económicas y familiares apropiadas para su crecimiento agravan su indefensión’

Agrega además en el mismo fallo:

‘Son considerados como grupo destinatario de una atención especial estatal que se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad. Así, logran identificarse como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico superior que irradia todo el ordenamiento jurídico y que, en términos muy generales, consiste en lo siguiente:

‘(...) se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad (Cfr. sentencias T-408 del 14 de septiembre de 1995 y T-514 del 21 de septiembre de 1998).’.

“Dicho interés supremo del menor se revela como un principio, el cual implica una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como

particular en las materias que los involucra, el cual obtiene reconocimiento en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional como en el nacional...". (Sentencia C-839 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Subrayado por fuera del texto original).

38. Ahora bien, la aplicación del consentimiento asistido no puede conducir al desconocimiento del consentimiento informado del menor, dado las consecuencias que para su vida se derivan de la decisión que se adopte. Por ello, la Corte considera que el consentimiento asistido es procedente, siempre que sea coadyuvado por la expresa voluntad del menor, quien por ejemplo, entre los 6 y 7 años goza de un cierto grado de discernimiento y de madurez que le permite consentir en una operación de tal magnitud. Sólo en esta medida se protege al menor en su autonomía y en la formación de su propia personalidad, alrededor de los conceptos de soberanía personal y autodeterminación.

Sin embargo, como no todo menor tiene el mismo nivel de juicio para coadyuvar la decisión, es imprescindible que la valoración de su voluntad se haga de una manera inversamente proporcional a la edad de dieciocho años, pero destacando que dicho criterio no es indicador tajante ni exclusivo de madurez⁵⁸. Ello explica la categorización efectuada por el Código Civil, en su artículo 3459 y los mandatos de la Convención sobre los derechos del niño (Ley 12 de 1991), especialmente, en los artículos 5° y 12, según los cuales: "Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención" y, " Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño".

En este sentido, esta Corporación ha manifestado que:

"...Sin embargo, es importante resaltar que numerosos estudios de psicología evolutiva y las diversas escuelas psicológicas, a pesar de sus obvias diferencias de enfoque, coinciden en general en indicar que a los cinco años un menor no sólo ha desarrollado una identidad de género definida sino que, además, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo y posee

una autonomía suficiente para manifestar distintos papeles de género y expresar sus deseos. Así, por no citar sino algunos de los planteamientos más significativos, desde una perspectiva psicoanalítica freudiana, a esa edad el niño ya ha claramente superado la etapa fálica, en donde precisamente muestra un particular interés en la exploración de los genitales y en conocer las diferencias anatómicas existentes entre los sexos, y se encuentra superando la fase edípica, en donde consolida su identidad de género. Igualmente, según Kohlberg, los niños forman un mapa cognoscitivo de los papeles de género entre los tres y cuatro años, y desde ese período empiezan a moldear sus comportamientos hacia esos roles.

Finalmente, desde un punto de vista cognitivo, conforme a los estudios de Piaget, entre los dos y los cinco años, los infantes superan la etapa preoperacional y empiezan a dedicarse al pensamiento operacional concreto, lo cual implica un desarrollo importante de la inteligencia y de la conciencia de lo que ocurre a su alrededor, pues los menores ya pueden, según la terminología de este autor, descentrar el pensamiento, concentrarse en las acciones y no sólo en los estados, e invertir mentalmente las operaciones....”(SU-337 de 1999).

39. De todas maneras, la procedencia del consentimiento asistido coadyuvado por la expresa voluntad del menor, requiere además de las exigencias previamente señaladas, que:

* La decisión en cuanto a la asignación sexo se adecue a las recomendaciones médicas. De tal manera, que si es evidente y palmaria la adecuación masculina, los padres no podrían insistir en la adaptación femenina. Esto sin desconocer la posibilidad que tienen de aplazar la operación hasta cuando sea adoptada por la voluntad del menor. Ello ocurre por dos razones: (i) El médico como profesional de la salud conoce de los beneficios y de la idoneidad y eficacia de una cirugía o tratamiento clínico para el cuidado integral de la salud del paciente. Por lo anterior, ha de presumirse que las recomendaciones del profesional pretenden hacer efectiva la protección a la vida y a la salud de sus pacientes⁶⁰; y además, (ii) porque sólo a partir de dicho presupuesto, los médicos estarían dispuestos a asumir las responsabilidades que su actividad profesional les impone.

* De igual manera, es indispensable que exista acompañamiento médico, psicológico y,

especialmente, de trabajadores sociales para con el menor y sus padres, siendo dichos profesionales los llamados a velar por la libre y expresa aquiescencia del infante en la operación y en los tratamientos médicos requeridos y, en general, en la salvaguarda del consentimiento asistido.

Al respecto la Ley 23 de 1981, obliga a los profesionales de la salud a conformar equipos médicos, siempre que las condiciones clínico-patológicas del paciente lo ameriten. En estos casos, como se trata de operaciones altamente invasivas, es necesario que dichos equipos médicos concurren en la evaluación permanentemente, tanto de los aspectos físicos como psicológicos del menor y de sus padres, en aras de adelantar los tratamientos clínicos que de acuerdo con el principio de beneficencia sean adecuados para el estado del paciente⁶¹.

40. De conformidad con lo expuesto, resulta que en torno a los estados intersexuales o hermafroditismos, existe una regla clara y expresa, según la cual es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo.

Con todo, cuando el menor ha superado el umbral de los cinco años, y por demoras en la confirmación del diagnóstico, en la realización de los procedimientos clínicos o en la obtención de la asistencia médica indispensable, no se haya iniciado el tratamiento sobre el que ha recaído un previo consentimiento sustituto de los padres y/o representantes legales, no necesariamente opera la regla de exclusión.

41. Por otra parte, cuando se supera el citado umbral, no puede imponerse exclusivamente el consentimiento informado del menor como norma general, impersonal y abstracta. Esto, en atención a la multiplicidad de factores que convierten cada asunto médico en un universo único e irrepetible⁶². De ahí que, en ciertos casos, quepa acudir a la opción del que en esta providencia se ha denominado consentimiento asistido.

Sin embargo, la citada premisa conduce a una regla sin salida y es que, en tales casos, ¿quien debe velar por la procedencia del consentimiento informado del menor o del consentimiento asistido para la aprobación de la intervención quirúrgica y de los tratamientos hormonales indispensables?.

Es claro que la existencia de una regla de exclusión en relación con el consentimiento sustituto, impediría que se atribuya a los padres y/o representantes legales la responsabilidad exclusiva de consentir en la práctica de dichas intervenciones o tratamientos hormonales. Lo contrario implicaría destruir la citada regla, ya que al investir a los padres con dicha facultad, siempre procedería el consentimiento sustituto de éstos.

En este orden de ideas, y en aplicación de los parámetros previstos por esta Corporación, es claro que los llamados a velar por la procedencia del consentimiento asistido que comporta el consentimiento prestado por los padres coadyuvado por la expresa voluntad del menor, son los profesionales de la salud, obviamente, destinando su *lex artis* a la defensa y protección de la autonomía e integridad del infante y siempre que se den las condiciones previamente determinadas para su ocurrencia⁶³.

Con todo, la aplicación del principio autonomista, obliga a que el actuar de dichos profesionales sea lo más neutral y objetivo posible, alejado de criterios de conveniencia médica que alteren su imparcialidad. Ello, porque la relación médico-paciente exige siempre la presencia de un acuerdo de voluntades sobre las medidas curativas necesarias para la recuperación o rehabilitación del enfermo. De ahí que, los profesionales tratantes siguiendo sus elementos de juicio y, obviamente, en aplicación de los parámetros determinados por esta Corporación, deben delimitarse a ponderar y especificar la procedencia de un determinado consentimiento, sin exigir o imponer una determinada conducta, ya que una acción en dicho sentido, haría inexistente la manifestación de voluntad del paciente y, por ende, se alejaría del consentimiento informado como requisito *sine qua non* para adelantar cualquier tratamiento médico, además, desconocería el mandato imperativo de la ética médica, según el cual: ‘nadie puede disponer sobre otro’⁶⁴.

En conclusión, antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, después, sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor, a menos que, en atención a las particularidad de cada caso se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido, siguiendo para el efecto los derroteros de opciones, factores o variables a los que hace referencia la jurisprudencia constitucional.

1. Del derecho a la salud y de la responsabilidad médica en casos de ‘estados intersexuales’

o 'hermafroditismo'.

42. La previsión del hombre como un ser libre y autónomo y el reconocimiento de su derecho a la identidad personal, otorgan a juicio de la Corte, una nueva visión sobre el derecho a la salud enfocada a través de la salvaguarda de la dignidad humana y en estrecha vinculación con los criterios adoptados por la Organización Mundial de la Salud.

En estos términos, dicha organización ha sostenido que: “la salud es un estado de completo bienestar psíquico, mental y social” (subrayado por fuera del texto original). Por ello, la salud no sólo debe orientarse en prevenir o curar enfermedades sino que debe apuntar, fundamentalmente, al bienestar integral de la persona.

Por consiguiente el derecho a la salud tiene dos funciones: una negativa, en favor de la prevención y tratamiento de las enfermedades y, otra positiva, en torno a la política de bienestar general. Así, la atención en salud no es exclusivamente un problema en sentido biológico, ya que su prestación se convierte en un instrumento necesario para la protección y salvaguarda del desarrollo personal del individuo.

43. Por tal motivo, tratándose de ‘estados intersexuales’ o ‘hermafroditismos’, tanto la doctrina médica como la jurídica han considerado que una concepción amplia del citado derecho, comprende no sólo la definición biológica del paciente sino su equilibrio emocional, ya que “el bienestar psicofísico del individuo se vería turbado si no le fuese reconocida su real identidad sexual”⁶⁵.

De este modo, el equilibrio emocional forma parte del derecho a la salud y en el caso de menores edad, permite alcanzar un estado de bienestar integral, reconocido, entre otros, por la Convención sobre los Derechos del Niño, que al respecto dispone: “Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud...” (artículo 24. Ley 12 de 1991).

44. Es, entonces, preciso recordar que en el caso de los menores de edad, la Corte ha sido reiterada en determinar que la salud, es un derecho de rango fundamental y no meramente prestacional, y que en atención a la primacía que la Constitución les otorga a estos derechos (artículo 44 C.P), es obligación de las entidades de salud prestar su servicio con prontitud,

eficiencia y eficacia. La doctrina sobre la materia ha sido precisada por la Corte en los siguientes términos:

“...La Corte [estima...] que del artículo 44 tantas veces citado se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. No obstante, la armonización de esta norma con el principio democrático - que dispone que los órganos políticos son los encargados de definir las políticas tributarias y presupuestales - exige que sólo la parte del derecho que tiende a la satisfacción de las necesidades básicas del menor - lo que se ha denominado su núcleo esencial -, pueda ser directamente aplicada por el juez, mientras que es el legislador quien debe definir su completo alcance. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. (Sentencia SU-225 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

45. Todos estos elementos permiten enfocar la prestación del derecho a la salud a través de los valores constitucionales de la protección de la vida y de la dignidad humana. Precisamente, la Corte ha sostenido que: “La protección del derecho a la vida, tal como lo ha entendido esta Corporación, no se circunscribe a aquellos casos en que el demandante se encuentre ante un inminente peligro de muerte. Por el contrario, el contenido del derecho es más amplio, en razón de su carácter esencial para preservar la dignidad humana consubstancial a la vida misma. Esta cualificación permite que la protección se encamine a dotar a todos los individuos de las condiciones mediante las cuales puedan alcanzar una vida digna”⁶⁶.

46. A partir de las citadas consideraciones y en aplicación del principio de beneficencia como integrante fundamental de la ética médica, se establece que: “la medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades (...)Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones

humanísticas que le son inherentes...”67. Esta reflexión ética tiene una indudable base constitucional, entre otras, en los siguientes aspectos:

(i) Se trata de un postulado básico para la realización de los fines esenciales del Estado, que se orienta a garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución Política, como lo son: la integridad física y psíquica, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. Además de asegurar la eficacia del derecho prioritario a la vida (C.P. art. 11). (ii) Se vincula con el deber del Estado y de los profesionales de la medicina de atender a la protección y recuperación de la salud de las personas (CP art. 49), imperativo que adquiere el carácter de fundamental y con prevalencia en el orden jurídico interno, en el caso de los menores de edad (CP art. 44). (iii) Por último, la ejecución efectiva del citado mandato conlleva a la realización de los postulados sociales del Estado, entre ellos, el de asegurar la prestación eficiente del servicio público de salud a todos los habitantes del territorio (C.P. Art. 365) y el de promover por la prosperidad general y el mejoramiento de su calidad de vida (C.P. art. 366).

47. Siguiendo lo expuesto debe requerirse de las instituciones de salud y, especialmente, de los médicos tratantes, en aplicación del principio de beneficencia, el acatamiento de su deber clínico de proceder con diligencia y profesionalismo en la prestación de los servicios de diagnóstico, terapia y rehabilitación en torno al tratamiento médico de los estados ‘intersexuales’ o ‘hermafroditismo’, precisamente, para equilibrar la dimensión enormemente traumática que para las personas y sus familias representan dichos estados.

De allí que para los médicos tratantes y los profesionales de la salud sea rigurosamente exigible una particular sensibilidad profesional, con el fin de ajustar su conducta a las exigencias éticas derivadas del servicio que le prestan a la comunidad, que se sintetizan en la fórmula contenida en el juramento hipocrático, conforme al cual, se comprometen a: “ - consagrar [la] vida al servicio de la humanidad; - Ejercer [la] profesión dignamente y a conciencia; - velar solícitamente y ante todo, por la salud [del] paciente”. (Ley 23 de 1981).

Esta sensibilidad debe orientarse a exigir de dichos profesionales, a través del ejercicio de su capacidad profesional o técnica (*lex artis*), la adopción de las medidas necesarias para: (i) el pronto diagnóstico de dichos estados, (ii) la formulación oportuna de terapias o alternativas médicas disponibles para su superación, (iii) el seguimiento, la constante valoración y la

protección del componente humano sensible e indefenso y, perentoriamente, (iv) la prestación del acompañamiento psicológico y terapéutico necesario para la rehabilitación⁶⁸.

48. Por lo tanto, cuando la Constitución Política establece que la seguridad social es un derecho que se presta con sujeción al principio de eficiencia (artículo 48 C.P), consecuentemente, está obligando a todas las entidades prestadoras de salud a atender oportuna y eficientemente a sus afiliados o beneficiarios. La doctrina expuesta por esta Corporación ha señalado que:

“...Sin duda, una de las características sobre las que se apoya el eficaz servicio que prestan a sus afiliados las distintas entidades que conforman el sistema de salud (bajo la supervisión y control del Estado), tiene que ver con la oportunidad con que se realicen los procedimientos médicos recomendados por los especialistas tratantes. De hecho, buena parte del éxito al que se aspira alcanzar con el tratamiento, control y superación de las dolencias que aquejan al ser humano, depende de que los protocolos sugeridos por los profesionales que están a cargo del cuidado de un paciente sean cumplidos con celeridad. De poco sirve el remedio o la terapia que se dispensan con retraso cuando, como acontece generalmente, se combaten patologías que se desarrollan progresivamente aumentando la afección y el dolor, llegando incluso hasta el punto de comprometer la propia existencia y la vida digna....

...Ahora bien, la necesidad de brindar una atención oportuna es un deber que se predica de todas las Entidades Promotoras de Salud que, en principio, debería extenderse a todo tipo de patologías. Sin embargo, no se puede desconocer el hecho de que el sistema de seguridad social en materia de salud no cuenta con los recursos suficientes para responder con igual rapidez todas las demandas de sus afiliados. En todo caso, la constatación de esta realidad jamás podrá ser razón suficiente para posponer o dilatar indefinidamente la prestación del servicio de salud en aquellos casos en los que está directamente comprometido el derecho a una vida digna y a aliviar los sufrimientos que impiden el goce efectivo del derecho a la integridad. Como ya lo ha señalado la Corte, en todos esos casos será indispensable que la entidad encargada de dispensar el servicio aprecie la situación concreta de cada paciente....

...Así, la formulación de una metodología de análisis para determinar la inminencia y necesidad en la prestación de los servicios de salud tiene el propósito de racionalizar y

armonizar la atención que se da a las demandas del usuario frente a los recursos existentes para atenderlas; al mismo tiempo, busca proteger efectivamente todos los derechos que de manera directa o conexas se ven comprometidos, brindado a los jueces de tutela, en los eventos en los que sea necesario, algunas herramientas de valoración que, con estricta sujeción a los hechos de cada caso, permitan apreciar hasta que punto es razonable que una persona deba esperar a que se concrete el plazo indeterminado para la curación. Al mismo tiempo, se busca impedir que la prolongación en el tiempo de la atención requerida se convierta en una amenaza a la vida del paciente....”69.

49. Con todo, la ley de seguridad social en concordancia con la Carta Fundamental dispone que la efectividad del derecho a la seguridad social exige también la aplicación del principio de integridad, según el cual, la cobertura del servicio debe comprender todo aquello que resulte necesario para atender adecuadamente la contingencia en salud. En este orden de ideas, es indispensable la presencia de un equipo interdisciplinario de apoyo que atienda íntegramente las eventualidades médicas y psicológicas que presenta un estado ‘intersexual’, incluso si es necesario mediante el soporte jurídico requerido por los padres y el menor.

50. De esta manera, es imperioso que la protección otorgada por las instituciones de salud y sus profesionales sea integral y oportuna con miras a salvaguardar, entre otros, los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la identidad personal. Del mismo modo, cualquier atención médica debe ajustarse al principio ‘primun non nocere’, es decir, absteniéndose de causarle cualquier daño físico o psíquico al paciente. Precisamente, la Ley 23 de 1981 determina que: “...el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es ...”, siendo imperativo que proyecten su conducta, desde una perspectiva inminentemente humanística.

51. De lo expuesto, es posible concluir que no es el juez de tutela quien está llamado a otorgar la autorización para la realización de cualquier práctica médica. Por el contrario, es al profesional médico a quien le corresponde atender prioritariamente estos casos, dada la fundamentalidad de los derechos a la vida y a la integridad física y psicológica de las personas y, especialmente, en atención a la prioridad que en el ordenamiento jurídico tienen los derechos de los niños.

En esta medida, no es posible que el juez de tutela recomiende una cirugía o exija la prestación de un determinado tratamiento médico, ya que la evaluación de estas opciones terapéuticas corresponden al adecuado y libre ejercicio del “lex artis” de los profesionales de la salud⁷⁰. Empero, lo que si es exigible es la formulación oportuna de alternativas de solución y la adopción de aquellos diagnósticos o medios terapéuticos que estimen convenientes, sin que la existencia de una doctrina constitucional conduzca a la inacción de las entidades de salud por un período prolongado, cuando es claro el consenso del equipo médico sobre la alternativa específica de acción.

En este orden de ideas, es censurable que las Entidades Prestadoras de Salud y sus profesionales tratantes, se excusen en la necesidad de obtener una autorización de tutela para prestar cabalmente sus servicios, desconociendo la fundamentalidad de los derechos de los niños y, por ende, la exigencia constitucional de su protección integral, eficaz y eficiente (artículos 44 y 48 C.P).

52. Así, siguiendo las consideraciones previamente expuestas⁷¹, son los profesionales de salud los llamados a velar por la presencia de situaciones de excepción que legitimen la procedencia del consentimiento asistido o, en caso contrario, que reafirmen la salvaguarda del consentimiento informado del menor, esto en atención a la diversidad de factores que determinan cada caso y a la generalidad de la regla de la exclusión⁷².

53. Por último, la Corte encuentra oportuno reiterar que dada la naturaleza altamente invasiva de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo (cirugías, suministro de medicamentos, tratamiento hormonal, etc.), es forzoso adelantar la atención física y psíquica del paciente mediante un equipo médico compuesto por distintos profesionales de la salud y trabajadores sociales con el objeto de asegurar una atención integral al infante y de salvaguardar su consentimiento informado, sustituto o asistido.

1. Caso en concreto⁷³.

3.7.1. De la situación del menor a partir de su estado físico y psicológico.

54. De acuerdo con las evaluaciones médicas realizadas al menor con anterioridad a esta sentencia de revisión, se presenta en él la siguiente sintomatología: (i) su conformación genética es 46 XX (mujer); (ii) presenta órganos genitales internos femeninos (útero y ovario derecho), (iii) exterioriza una marcada virilización con agrandamiento progresivo del falo y crecimiento del vello púbico, (iv) carece de gónadas masculinas, y (v) evidencia una marcada tendencia social, cultural y psicológica hacia el sexo masculino.

Dichos antecedentes médicos permitieron catalogar la situación clínico-patológica del menor como: “virilización por hiperplasia suprarrenal congénita” conocida en la doctrina médica especializada como una modalidad de Pseudohermafroditismo femenino.

La hiperplasia suprarrenal congénita se caracteriza por ser: “... una de las enfermedades autosómicas recesivas más frecuentes en humanos. En el 95% de los casos es causada por deficiencia de la enzima 21 hidroxilasa, involucrada en el metabolismo de cortisol y aldosterona en la glándula suprarrenal. Esta entidad se caracteriza por presentar una gran variabilidad en la expresión de la sintomatología. Existen formas severas que se manifiestan desde el momento del nacimiento con ambigüedad de genitales y alteraciones hidro-electrolíticas graves hasta formas atenuadas que se presentan en adultos con manifestaciones leves de virilización...”⁷⁴.

Siguiendo su historia clínica, se pudo colegir que la presencia del citado cuadro médico no ha comprometido ni lesionado la integridad y el desarrollo de otros órganos internos. Así, en estudio de ecografía se manifiesta que: “...no vemos lesiones focales en las vísceras sólidas, el estómago y tracto gastrointestinal no presenta obstrucción. Hay múltiples imágenes seudonodulares en la cavidad abdominal que no se deberán de confundir con adenopatías o masas y corresponde a asas intestinales en suficiente contraste (...) No vemos masas o lesiones pélvicas...”.

A partir de dicho análisis y teniendo en cuenta el desarrollo del menor, tanto los médicos tratantes como el equipo interdisciplinario de Pediatría y Cirugía Infantil del Seguro Social consideraron que: “por la edad, los patrones fenotípicos y sociales NN debe seguir siendo

tratado como hombre”⁷⁵. Sin embargo, es preciso reconocer que valorando exclusivamente sus características cromosómicas y gonadales podría igualmente asignársele el sexo femenino⁷⁶.

55. Siguiendo las distintas intervenciones y conceptos médicos que se encuentran en el expediente, de asignarse el sexo masculino recomendado sería indispensable la extirpación de los órganos genitales internos femeninos, la colocación de prótesis testiculares en el escroto y un tratamiento hormonal destinado a normalizar los niveles de testosterona que permitan el desarrollo androgénico adecuado del menor, igualmente - de ser necesario -, se efectuaría un moldeamiento del falo⁷⁷.

En cambio, la asignación del sexo femenino significaría el cercenamiento del pene y la readecuación física a los órganos genitales externos femeninos. Además del suministro del tratamiento hormonal indispensable para controlar la progresiva virilización, tales como, la medicación de prednisona y flurocortisona.

En ambos eventos no se puede asegurar que mediante una única cirugía se puedan readecuar las características sexuales del menor, e independientemente de la decisión, la persona debe someterse constantemente a exámenes rutinarios de control.

56. En el presente caso, tanto los médicos, los padres y aún el mismo menor parecen tener la convicción que la solución adecuada a la indeterminación sexual que padece NN, es la asignación del género masculino. Sin embargo, en la declaración ante el juez de instancia, el infante manifiesta un principio de duda al sostener que: “yo pienso que cuando sea grande me pienso casar y tener hijos porque me encantan los bebés, yo quiero seguir siendo así como soy como un hombre, si no pudiera tener hijos pensaría si ser hombre o mujer”⁷⁸. Por otra parte, en el análisis psicológico del Instituto de Medicina Legal, se estima que el menor está en condiciones de dar su aquiescencia en la adopción de una determinada vocación sexual y que, concibe a la supuesta niña de su interior como un producto de su imaginación.

En relación con lo expuesto, a título de ejemplo, se encuentran en el expediente las siguientes declaraciones. El médico jefe de cirugía infantil manifestó que:

* ¿Cuál es el problema del menor?. (...) tenemos a un ser quien social, grupal y personalmente tiene identificación hacia el género masculino en forma clara; pero quien genéticamente tiene la dotación de genes y órganos interno femenino correspondientes a una mujer”.

* ¿Cuál sería la solución ideal para el menor NN?. No, existe una solución ideal es un problema complejo que tiene implicaciones personales, familiares y sociales, aparte que jurídicamente existe la sentencia de la Corte que a partir de los 5 años en estos pacientes no se les puede practicar una reasignación de sexo sino hasta cuando el menor tenga capacidad de decisión. Es la opinión del grupo que dada la prevalencia de la identificación del niño hacia el sexo masculino, su aceptación familiar y social en este sexo; recomendamos la adecuación de los genitales externos con características masculinas, extirpación de los órganos genitales femeninos internos, el soporte hormonal a la edad que le corresponda y a la asistencia psicológica para el niño y la familia, por su puesto todo esto último implica la reasignación hacía el sexo masculino”.

* ¿Podría decirse que el menor tiene capacidad para escoger el sexo que quiere?. Aun cuando él en la actualidad tiene claramente definida su identificación hacía el género masculino, se trata de un menor de edad; un grupo interdisciplinario que incluya psicólogos, psiquiatras y las áreas de pediatría comprometida serían los de mayor capacidad para decidir en que momento y edad de su vida tenga la formación para definir el tratamiento quirúrgico que mas le convenga”

Así mismo, el menor expreso:

“¿Tu como quisieras ser? Como soy por fuera como un niño, no importa que yo cometa errores o no, no quiere ser como soy yo por dentro como una niña porque de la otra mitad no entiendo nada de ella, yo escogí la de hombre porque que pereza que yo fuera como niña con cara de hombre como todo fuera como de hombre porque si yo fuera como una niña con cara de hombre se notara que era hombre, yo nunca me he imaginado como una niña (...)”.

Por otra parte de acuerdo con la madre del infante:

¿Cómo ha enfrentado el menor su problema?. El niño es consciente, a pesar que lo evade porque cuando está de animo uno se sienta con él y (...) le pregunta usted sabe su

enfermedad y él contesta sí, yo le pregunto que tienes y él contesta 'yo se ama que tengo unas cosas de mujer' yo le pregunto: ¿a voz que te gustaría ser hombre o mujer?, y él me contesta: 'hombre' con la voz gruesa que tiene, yo le digo: ¿Por qué hombre y no mujer?, él contesta: 'ama la mujer sufre mucho y yo no quiero sufrir como sufre usted'. Cuando vamos donde la abuela a pasear él se ensucia mucho, entonces mi suegra le busca una camisa de las hijas, y en cierta ocasión le puso una de color rosado y entonces le contesto 'oigan a mi mamita que cree que yo me voy a poner eso' la abuela sonriendo le pregunta por qué mijo, él contesta 'no ve mamita que eso es de mujer, yo no me pongo colores de mujer, yo soy un hombre' él parece al papá con la hermanita y no la deja jugar con carros ni con balones, le dice que eso son juegos de hombres que ella debe jugar con muñecas y juguetes de niña, él es más dado a tener relaciones con personas adultas, le gusta hablar con los hombres mayores y le encantan las mujeres monas, recorta fotos de las modelos de las revistas, de las monas y las mete debajo de la almohada y se enamoró de la esposa de un tío de él".

57. Por lo cual, podemos concluir que: (i) cromosómica y gonadalmente NN es mujer, mientras fenotípicamente su apariencia externa se identifica a la de un varón; (ii) éste en relación con su género tiene una marcada identidad hacia el sexo masculino; (iii) Por otra parte, independientemente de la decisión que se adopte es indispensable operar al menor para cercenar, moldear o extirpar órganos genitales internos o externos y; (iv) siempre será imprescindible complementar dicho tratamiento operatorio con el suministro hormonal requerido.

3.7.2. De la solución específica al caso concreto.

58. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, se le atribuye al Seguro Social - Seccional ZZ- la vulneración de los derechos fundamentales del menor NN a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al debido proceso y, en general, a los derechos fundamentales de los niños, como consecuencia de haberse negado a la práctica de una cirugía indispensable para la asignación de sexo del infante, dada la presencia de un cuadro médico de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita o Pseudohermafroditismo femenino.

Así, el médico jefe de cirugía infantil de la Clínica ZZ del Seguro Social, sostiene que:

* ¿Cuál es el problema del menor?. (...) En resumen se trata de una mujer genética con una hiperplasia suprarrenal congénita con Virilización extrema; ocasionado por un trastorno en el metabolismo y síntesis de las hormonas producidas por la suprarrenal, tiene la deficiencia de una encima que no permite que se sintetice adecuadamente los estrógenos, y se produzcan cantidades excesivas de andrógenos. Puntualizando tenemos a un ser quien social, grupal y personalmente tiene identificación hacia el genero masculino en forma clara; pero quien genéticamente tiene la dotación de genes y órganos interno femenino correspondientes a una mujer.

Como se expuso con anterioridad (fundamento 3.7.1) estamos ante la presencia de un menor que padece de un 'estado intersexual', cuyo sexo cromosómico (46 XX) y gonadal es propio de una mujer, pero su sexo fenotípico, dada la exposición intrauterina a hormonas masculinizantes se asemeja a los de un varón (falo). Por otra parte, su identificación genérica es notoriamente masculina.

59. De acuerdo con el fundamento 25 de esta providencia, en ciertos casos, es posible que dada la patología del infante sea necesaria la intervención quirúrgica o el suministro de un determinado tratamiento con carácter de urgencia, so pena de amenazar gravemente la integridad física o la vida del paciente. En estas circunstancias, es indiscutible que no existen cuestionamientos éticos ni jurídicos relacionados con que los padres autoricen las intervenciones médicas destinadas exclusivamente a enfrentar estas afecciones, puesto que claramente se cumplen los requisitos para que sea legítimo el consentimiento sustituto.

En el caso objeto de revisión, las declaraciones médicas sostienen que la ausencia de la cirugía de asignación de sexo no compromete ni amenaza la salud física ni la vida del menor, siendo, por el contrario, su principal motivación la tranquilidad psicosexual y social de éste y su familia.

Así, manifiestan que:

* ¿Existiría algún peligro para NN si se espera hasta que tenga la mayoría de edad y decida por su mismo cual es el sexo que quiere tener?. En general no habría peligro sin embargo es este paciente ya hay actividad del eje hipotálamo, hipófisis gónada demostrado por los

niveles de estradiol indicando actividad púberal por lo tanto se requiere mantener inhibida con medicamentos hasta que se llegue el momento de definir.

* ¿Quiere decir todo lo anterior que de no realizarse la cirugía a NN no pone en peligro su vida?. Su vida como tal no, pero la salud mental social y familiar de su núcleo si se ve y se esta viendo afectada.79.

60. Por otra parte, de acuerdo con los accionantes, no es posible aplicar la doctrina constitucional expuesta en las Sentencias SU-337 de 1999 y subsiguientes, porque el menor padece de retardo mental y sicomotriz en un 60%, lo que le imposibilitaría para prestar su consentimiento aun cuando obtenga la mayoría de edad. La citada afirmación carece de validez de conformidad con el dictamen médico del Instituto de Medicina Legal, según el cual:

“...Desde el punto de vista psicológico se encuentra que el examinado presenta dificultades de aprendizaje, debido al déficit en los repertorios de aprestamiento preescolar, y a los conflictos que su maduración sexual temprana le generan. No obstante, estas dificultades de aprendizaje no constituyen un retardo mental. La incapacidad mayor al sesenta por ciento, fue conceptuada globalmente apreciando tanto los problemas congénitos de tipo biológico, como las dificultades en su desarrollo, generadas mas por los conflictos emocionales que le causa su situación social y personal que lo condenan a ser víctima del rechazo social por sus diferencias, y le dificultan una adecuada solución de sus sexuación, que por un defecto constitucional....CONCLUSIÓN: Desde el punto de vista psicológico, NN, no presenta retardo mental. Desde el punto de vista médico, se trata de un paciente de siete (7) años de edad, con un cuadro de Hiperplasia Suprarrenal Congénita, recibiendo tratamiento hormonal actualmente, con un cariotipo 46 XX, con un síndrome de Virilización severo, sin retardo mental, según evaluación psicológica, fenotípicamente masculino, sin un diagnostico preciso del tipo de gónadas internas que presenta, lo cual amerita la realización de estudios complementarios para establecer con exactitud el tipo de gónadas femenino y/o masculinos que presenta...”80.

A partir de dicho concepto especializado, es posible sostener que el menor NN es una persona capaz dentro de los límites propios de su edad y que requiere de un adecuado seguimiento psicológico, psiquiátrico y de asistencia social para poder obtener su aquiescencia en la adopción de un determinado sexo.

61. En el presente caso, el problema constitucional surge cuando los médicos estiman y con justa razón, que la operación de asignación de sexo es procedente para disminuir la afectación psicosexual y social del menor NN y su familia, frente a la necesidad de preservar el consentimiento informado y suficiente de éste, dada la naturaleza altamente invasiva de este tipo de prácticas y cuyos efectos muchas veces resultan irreparables e irreversibles en la identidad del sujeto.

De acuerdo con lo reseñado anteriormente, el menor NN tiene 8 años de edad y un cuadro médico de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita (Pseudohermafroditismo femenino), cuyas características son: (i) un sexo cromosómico y gonadal propios de una mujer y, (ii) un sexo fenotípico y su identificación genérica notoriamente masculina.

Ahora bien, para la Corte surge como interrogante, si dadas las especiales condiciones clínico-patológicas del menor, es procedente la reiteración plena de la doctrina constitucional expuesta en esta materia o si es apropiado darle prelación a la tesis del consentimiento asistido.

62. De acuerdo con la doctrina tradicionalmente expuesta por esta Corporación, en principio, cuando se supera el umbral de los cinco años de edad, no es constitucionalmente admisible el consentimiento sustituto para la operación de asignación de sexo y, consecuentemente, para el tratamiento hormonal. De esta manera, la decisión sobre la realización de dicha operación correspondería al propio menor, ajustando su ocurrencia a la necesidad de evitar las consecuencias de la pubertad.

Esto no significa – a juicio de la Corte – que los derechos fundamentales del menor no deban ser amparados, sino que la protección a su identidad sexual pasa por otros mecanismos: un apoyo psicoterapéutico y la constitución de un equipo interdisciplinario que deba incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un trabajador social, para acompañar al

menor y a sus padres en todo el proceso clínico.

Téngase en cuenta que la aplicación uniforme de la doctrina constitucional, no solamente se exige de las autoridades jurisdiccionales, sino que la misma obliga a todas las autoridades públicas y a los particulares en cuanto sus actuaciones deben ajustarse a los principios de igualdad de trato y de buena fe. En efecto, es razonable requerir de éstos un comportamiento reiterado, en casos similares, cuando se encuentren en posición de definir el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas⁸¹.

Por ello, las pautas doctrinales expuestas por esta Corporación en relación con los derechos fundamentales, se convierten en umbrales de comportamiento exigibles tanto para las autoridades públicas como para los particulares. Con todo, dicha exigencia se subordina a la existencia de circunstancias o patrones comunes o similares a partir de los cuales no se puedan predicar razones suficientes que permitan otorgar un tratamiento desigual.

De contera que, la carga argumentativa se encuentra inclinada a favor del principio de igualdad, es decir, se exige la aplicación de la misma doctrina constitucional ante la igualdad de hechos o circunstancias. Sin embargo, quien pretende su inaplicación debe demostrar un principio de razón suficiente que justifique la variación en el pronunciamiento.

63. Con todo, como previamente se expuso, el umbral dispuesto por esta Corporación en las Sentencias SU-337 de 1999 y subsiguientes⁸², lejos de ser una doctrina absoluta, se encuentra condicionada por las particularidades de cada asunto. Por eso, en ningún momento, la Corte ha afirmado categóricamente que en torno a los estados 'intersexuales' o 'hermafroditismos' después de los cinco años sólo sea admisible el consentimiento informado del menor ya que, en ciertos casos, el carácter menos invasivo de la práctica médica o la ausencia de afectación a la autonomía del infante, otorgan relevancia al consentimiento sustituto o a la modalidad asistida como proyección del consentimiento del infante orientado a futuro. Por ejemplo, hay ciertos eventos, en los que no son forzosas las remodelaciones de genitales externos, o, las cirugías resultan meramente cosméticas, verbi gracia, a través de la implantación de prótesis testiculares.

En dichos casos, clara y objetivamente en su aspecto físico como psicológico, las intervenciones son menos invasivas y traumáticas que una remodelación de genitales externos. Además, la extirpación propuesta también es menos invasiva cuando aun a pesar

de que los genitales internos presentan cierta ambigüedad, sus componentes femeninos o masculinos están gradualmente atrofiados. De allí que, resulta recomendable que entre los factores de ponderación que cabría considerar para anticipar el consentimiento se encuentre la evaluación que se haga desde todas las perspectivas posibles de la capacidad reproductiva del sujeto, ya que obviamente no es lo mismo extirpar órganos plenamente funcionales que órganos atrofiados.

64. En este orden de ideas, la doctrina constitucional previamente expuesta, apunta a considerar que cada caso es diferente, por la condición del hombre como ser único e irrepetible y que, en principio, bajo ciertos supuestos, a partir de los cinco años se debe proteger la autonomía del menor mediante la exigencia de su consentimiento informado. Sin embargo, es admisible que a partir de la ponderación y valoración de ciertos elementos específicos, sea posible encontrar distintas hipótesis que conduzcan a la inaplicabilidad de dicha doctrina, a partir del señalamiento explícito y preciso de las razones que imponen una solución distinta.

Ahora bien, a tal conclusión sólo le corresponde llegar al equipo interdisciplinario de profesionales tratantes, ya que son ellos quienes pueden decidir acerca de la procedencia inmediata del tratamiento o la opción de esperar al consentimiento informado del menor, siguiendo para el efecto los protocolos médicos vigentes o el denominado 'lex artis'. Pero, en ningún momento, los médicos tratantes ni las entidades prestadores de los servicios de salud pueden estimar que la Corte ha resuelto de manera genérica todos los casos que de estados 'intersexuales' o 'hermafroditismos' se puedan presentar, excluyendo el criterio del equipo interdisciplinario y la posibilidad del consentimiento de los padres. Con todo, cuando sea predicable un cierto grado de juicio en el menor, es indispensable que éste, bajo condiciones compatibles con su nivel de comprensión, se entere del tratamiento, alternativas y de la decisión que se tomaría por él, la cual en ningún caso podría ejecutarse si el menor se opone.

65. A partir de todo lo expuesto, a juicio de esta Corporación, en este caso, se encuentra un principio de razón suficiente que permite atribuir una consecuencia distinta a un caso análogo. Esto es así, porque:

La identidad de género del menor NN se encuentra intensamente orientado social, cultural y

psicológicamente hacía el sexo masculino. De suerte que, el riesgo que este tipo de operaciones representan para su integridad y su personalidad se reduce ostensiblemente, hasta el punto de considerar que, no es constitucionalmente válido someterlo a los efectos psicológicos traumáticos que generan su estado de indeterminación sexual, desconociendo el alcance de los derechos fundamentales a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud como bienestar integral.

Recuérdese que a mayor identidad de género (visión dinámica del sexo) son menos riesgosas e invasivas las operaciones de asignación de sexo, toda vez que dicha asignación se identificaría con el componente psicosocial que marca el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad. Por esta razón, se exige como contrapartida una atención prioritaria y oportuna a dichos estados, en aras de salvaguardar a los menores de los traumatismos psicológicos, del padecimiento humano y del ostracismo social que generalmente conlleva la alteración sexual.

Por otra parte, en este caso, también incide el nivel menos traumático que en principio estaría presente en las intervenciones requeridas, porque no es estrictamente necesario la remodelación de los genitales externos del menor NN, es decir, no existe evidencia que conduzca a imponer como exigencia médica la remodelación del falo, sino que, en principio, bastaría la implantación de prótesis testiculares.

Así mismo, de acuerdo con lo expuesto, es indispensable que el equipo médico, antes de adoptar su decisión definitiva constate el estado de los órganos genitales internos del menor NN y evalúe su capacidad reproductiva. Ello, porque siguiendo la historia clínica existen serios indicios de que dichos órganos genitales podrían estar atrofiados, lo cual disminuye el alcance invasivo de este tipo prácticas.

66. En estos términos, es claro que someter al menor NN por la apariencia extraña de sus genitales al rechazo social y a la grave síquica derivada de su estado patológico, comprometería su derecho fundamental a la salud (artículo 44 de la Constitución). Este derecho fundamental, por tratarse de un menor, no sólo comprende la protección del aspecto físico del sujeto sino que, también abarca su equilibrio emocional, a través del denominado bienestar psicofísico.

Igualmente, un estado de incertidumbre sexual conduciría al desconocimiento de los atributos proyectivo, estimativo y temporal del menor NN, indispensables para asegurar el goce efectivo de sus derechos a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, ya que sin ellos sería prácticamente imposible definir un proyecto o plan de vida alrededor de una precisa orientación sexual.

Así para preservar los derechos fundamentales del menor NN a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud integral, es indispensable permitir la participación de sus padres, en la adopción de la decisión sobre la práctica de la cirugía de asignación de sexo, con miras a orientar el ejercicio de sus derechos constitucionales, de modo que, conforme a la evolución de las facultades del menor se forme un consentimiento asistido, que permita decidir definitivamente sobre su orientación sexual.

67. Empero, siguiendo las consideraciones previamente expuestas, la procedencia del consentimiento asistido exige el cumplimiento de unos requisitos destinados a preservar la autonomía, libertad e integridad del menor. Dichas exigencias deben ser garantizadas por la comunidad médica con el objeto de adelantar cualquier intervención o tratamiento clínico a los 'estados intersexuales'. Estas son:

(i) Por tratarse de operaciones y tratamientos clínicos sumamente complejos, es necesario que se integre un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud, para que realicen los estudios, diagnósticos y evaluaciones necesarias con el fin de proporcionar la asistencia científica más adecuada para preservar la salud integral del menor, teniendo en cuenta, todos los aspectos físicos y psicológicos.

Hasta el momento y de acuerdo con el material probatorio que subyace en el expediente, en relación con el menor NN, sólo se ha llevado a cabo una única evaluación clínica por un equipo médico cuyos resultados se expondrán mas adelante.

(ii) Que exista un consenso médico en torno a la alternativa clínica adecuada para el menor y que dicha determinación, se ajuste al principio de beneficencia.

"...Por la edad, los patrones fenotípicos y sociales NN debe seguir siendo tratado como hombre.

* Se debe hacer laparoscopia y resección laporoscópica de genitales internos con moldeamiento de pene (de ser necesario). Prioritario.

* En un futuro se haría terapia con testosterona para hacer un desarrollo androgénico adecuado en la pubertad y colocar prótesis testiculares en escroto, como se hace en los niños con hipogonadismo primario o agenesia gonadal.

* Es imperioso hacer un buen manejo de la hiperplasia suprarrenal, lo que ya se instauró.

- Se debe hacer apoyo psicológico a la familia..”

Por su parte, el médico jefe de cirugía infantil de la Clínica ZZ del Seguro Social, sostiene que:

¿Cuál sería su recomendación para el menor NN?. La recomendación personal y del grupo es la asignación del sexo masculino practicándole la cirugía que fenotípicamente lo adapte hacia el género masculino, dado que las circunstancias personales y familiares lo identifican claramente hacía el sexo masculino.

(iii) El consentimiento asistido debe ser siempre coadyuvado por la expresa voluntad del menor, quien por ejemplo, entre los 6 y 7 años goza de un cierto grado de autonomía y de madurez que le permitirían emitir un principio de consentimiento para una operación de tal magnitud.

Esto significa que los elementos estructurales que envuelven el consentimiento del paciente, es decir, los requerimientos de ser informado y persistente, son igualmente predicables en tratándose de la aquiescencia del menor. Por ello, los médicos tratantes tienen el deber de suministrar al infante toda la información indispensable que le permita a éste, conforme a la evolución de sus facultades, coadyuvar con el tratamiento médico que salvaguarde su integridad, autonomía y libertad.

En el caso objeto de revisión, el menor tiene 8 años y de acuerdo con el peritaje realizado por el Instituto de Medicina Legal, él es consciente de poder adoptar una determinación en relación con su sexo.

A lo anterior se agrega, que en este caso, por las condiciones de pubertad precoz del infante,

es posible anticipar un cierto nivel de consentimiento del menor, sin esperar a que este sea pleno, para lo cual, en condiciones compatibles con su grado de discernimiento debe ser enterado del tratamiento, de las alternativas y de la decisión que por él se tomaría, la cual no podría ejecutarse si el menor se opone.

(iv) La decisión de los padres y del menor, en ejercicio del consentimiento asistido, debe adecuarse a las recomendaciones médicas. De tal manera, que si es evidente y palmaria la adecuación masculina, los padres no podrían insistir en la adaptación femenina. Esto sin desconocer la posibilidad que tienen de aplazar la operación hasta cuando sea adoptada por la exclusiva voluntad del menor.

En el presente caso, como se expuso con anterioridad (fundamento 3.7.1 de esta providencia) existe un pleno consenso en asignar el sexo masculino al menor. Sin embargo, en una de las piezas transcritas parecería que existen dudas en él, sobre cuál debe ser la adecuación de su sexo en función de la posibilidad procrear. Precisamente, en estos eventos, adquiere un papel preponderante la asistencia de los médicos tratantes y de los padres, en orden a permitir, que en consonancia con su nivel de madurez psicológica el menor pueda expresar su voluntad.

De las consideraciones expuestas, la Corte puede concluir que, en el presente caso, es procedente el denominado consentimiento asistido, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud integral del menor. Por lo tanto, es deber del Seguro Social adoptar las medidas oportunas y necesarias destinadas a su protección.

68. Por otra parte, es importante establecer el papel que el Seguro Social ha desempeñado en este caso. Por ello, inicialmente se establecerá si el menor NN se encuentra afiliado a dicha E.P.S, ya que en respuesta al juez de instancia, la citada entidad manifestó que: “la accionante no ha aportado la documentación requerida que lo acredite [al menor] como afiliado a la [citada] EPS...”.

Por tal motivo, la Sala Quinta de Revisión de esta Corporación mediante Auto del 3 de mayo de 2002 con requerimiento del 29 del mismo mes y año, ordenó a dicha institución de salud: “Informar(...) si el menor NN, se encuentra afiliado al seguro social, en calidad de beneficiario? (...)”. En respuesta del 17 de junio, se manifestó por parte de la entidad

accionada que: "...verificadas las bases de datos de afiliados y cotizantes del Nivel Nacional se encontró que el menor NN, (...) registra afiliación a la EPS Seguro Social en calidad de beneficiario directo del señor YY (...) desde enero 14 de 1998, quien es cotizante activo de la EPS Seguro Social...".

De contera que, es atribuible al Seguro Social la atención oportuna, integral, eficaz y eficiente que el menor como su familia requieran, tanto de naturaleza física como psicológica y, siempre con la diligencia, interés y cuidado que exigen los derechos fundamentales de los niños (C.P. art. 44).

69. En el presente caso, la Corte observa la ausencia de una adecuada atención y en general, de la prestación oportuna del servicio de salud al menor NN por parte del Seguro Social, sobre todo en la realización de los exámenes requeridos para su control y en la entrega de medicamentos⁸³.

De la misma manera, se observa la falta de una diligencia especial para con el infante indispensable en casos de estados 'intersexuales'⁸⁴. Ello, porque no obstante las manifestaciones tempranas del 'hermafroditismo' y pese a la realización de algunos exámenes, el diagnóstico no se confirmó sino hasta los 4 años de edad, y luego se paralizaron las determinaciones clínicas hasta que se interpuso la acción de tutela, es decir, aproximadamente por un período de tres años.

Además, si se consideraba por parte del médico tratante y del equipo de profesionales que la operación era lo clínicamente recomendable y se estimaba indispensable la autorización judicial, no bastaba en este caso con sugerir en consulta clínica la interposición de la acción de tutela, sino que era su deber procurar que el Seguro Social otorgase el soporte jurídico necesario al menor como a su familia, en aras de preservar el carácter integral de la prestación de los servicios de salud y en consideración al alcance fundamental de dicho derecho en relación con los niños.

70. Por lo cual es necesario conminar al Seguro Social, para que preste la atención en salud que requiere el menor en atención a sus problemas médicos de forma oportuna, completa y suficiente. Esta Corte ha sido reiterada en determinar que la salud en tratándose de un menor de edad, es un derecho de rango fundamental y no meramente prestacional, y que en atención a la primacía que la Constitución les otorga a estos derechos (artículo 44 C.P), es

obligación de las entidades de salud prestar su servicio con prontitud, eficiencia y eficacia.

De esta manera, la demora en la determinación del tratamiento a seguir, la falta de atención para el suministro de medicamentos y el escaso cuidado que la entidad prestadora de salud le ha proporcionado al menor⁸⁵, permiten concluir que ésta le vulnerado sus derechos fundamentales a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y a la dignidad humana.

Por otra parte, la Corte estima procedente reiterar que resulta contrario a derecho, someter a un menor al traumatismo psicológico y al rechazo social, que puede derivarse de la indeterminación sexual, en contradicción con el deber clínico de ejecutar lo más pronto posible las alternativas médicas o terapéuticas necesarias para la definición de sexo del menor, en acatamiento del principio de beneficencia, desconociendo que existen herramientas jurídicas, médicas y científicas que permiten proceder correctamente sin lesionar la integridad del menor.

71. Por último, es importante resaltar el papel de los padres en la educación y cuidado de sus hijos, y en esta medida, es deber indelegable de éstos contribuir con amor y comprensión en su desarrollo. Con todo, este mandato adquiere mayor importancia cuando las condiciones especiales de los niños lo ameritan. Así, uno de los principios de la Convención de los Derechos del Niño, establece que: “ El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”, y a su vez, la Constitución Política, en el artículo 44, reconoce como derechos fundamentales de los niños, los deberes paternos de cuidado y amor.

72. De esta manera, la Sala confirmará parcialmente la Sentencia proferida por Juzgado XX, el día 8 de noviembre de 2001, en relación con la protección en tutela dada al menor NN, por las razones expuestas en esta providencia.

Con todo, el adelantamiento de las recomendaciones o tratamientos terapéuticos debe llevarse a cabo de forma oportuna y eficiente, a través de la modalidad del consentimiento

asistido que comporta el consentimiento prestado por los padres, con la asistencia y salvaguarda de un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud, siempre y cuando no exista oposición del infante mediante su expresa voluntad, en atención al deber de asistencia e información que tienen los médicos en torno al nivel de madurez del menor NN86.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

Primero.- TUTELAR el derecho a la intimidad de los peticionarios y del menor NN, para cuyo efecto, sus nombres no podrán ser divulgados, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico No 2.4 de esta Sentencia. El Secretario General de la Corte Constitucional y el Secretario del Juzgado XX que decidió en primera instancia el caso, deberán garantizar esta estricta reserva.

Segundo.- CONFIRMAR la Sentencia del Juzgado XX, de 14 de septiembre de 2001, en relación con la protección a los derechos a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, pero con el alcance previsto en esta providencia.

TERCERO.- ORDENAR al Seguro Social que:

a) Dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, INTEGRE un equipo interdisciplinario conformado por médicos (cirujanos, urólogos, endocrinólogos, pediatras y psiquiatras), psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que asistan, orienten y asesoren al menor NN y a sus padres en el proceso de toma de decisión de la práctica de la cirugía de asignación de sexo y el suministro de los tratamientos hormonales indispensables. Para tales efectos, el equipo interdisciplinario deberá realizar los exámenes, diagnósticos y evaluaciones necesarias.

b) Una vez se haya prestado la asesoría a que se ha hecho referencia, y el menor NN y sus padres estén suficientemente informados de las consecuencias de llevar a cabo la cirugía y los tratamientos de asignación de sexo, consulte formalmente al menor NN y a sus padres acerca de la decisión final adoptada, por intermedio del equipo interdisciplinario.

c) En caso de que ésta sea afirmativa y coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario, REALICE la cirugía en el término de los 15 días siguientes a dicha manifestación de voluntad. Así mismo, deberá realizar los tratamientos hormonales requeridos y cualquier otro tratamiento post-operatorio que sea indispensable, según concepto del grupo interdisciplinario y de conformidad con la evolución del paciente.

CUARTO.- En caso de que la decisión del menor no coincida con la de sus padres o que la decisión del menor y sus padres no coincida con el concepto del equipo interdisciplinario, no podrá realizarse la cirugía de asignación de sexo. Ello no obsta para que la misma se realice posteriormente, cuando así lo soliciten, por haber coincidido en su voluntad, el menor NN y sus padres, y dicha voluntad coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario. Para tales efectos, se ORDENA al Juez XX que vigile y tome las medidas necesarias para el cumplimiento de este numeral.

QUINTO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 La doctrina médica especializada sostiene que el Pseudohermafroditismo femenino, se presenta en una persona cuando: "...El cariotipo es 46 XX (mujer) y posee ovarios, pero la

exposición intrauterina a hormonas masculinizantes determinan que los genitales externos se asemejen a los de un varón; cuanto mayor y más precoz haya sido esta exposición, mayor semejanza tendrán los genitales externos con los de un varón sano. Las causas más comunes son: la hiperplasia suprarrenal congénita (la más frecuente), la ingestión materna de andrógenos (hormonas masculinas) y los tumores virilizantes del ovario materno...". (En: www.saludinfantil.com. Estados intersexuales. Genitales ambiguos. Dr. Ricardo Diez García. Especialista en Cirugía Pediátrica). Así mismo, en intervención del Profesor Jaramillo González, Director del Departamento de Psiquiatría de la Universidad Nacional, en Sentencia SU-337 de 1999, se afirma que: "...Uno de los casos más usuales de pseudohermafroditismo femenino es la hiperplasia adrenal congénita, por déficit de la enzima 21 hidroxilasa, la cual hace que personas con constitución cromosómica femenina (XX) se vean sometidas a hormonas masculinas en el útero, por lo cual 'presentan genitales externos que pueden ir desde un alargamiento del clítoris y fusión de los labios e hirsutismo hasta genitales que semejan un escroto normal, testículo y pene pero que presentan vagina y útero...".

3 No aparece en el expediente la referencia de la tutela interpuesta, sin embargo, en la historia clínica se afirma que: " (...) ya la madre entuteló y ordenaron los exámenes e incluso cirugía. Se comentará..."

4 Análisis médico del 10 de septiembre de 2001 realizado por el Centro de Resonancia e Imágenes, a petición del Seguro Social. Sin embargo, es posible que continúe el desarrollo del resto de órganos genitales femeninos toda vez que el menor NN presenta un cariotipo 46-XX (mujer).

5 Los accionantes no señalan expresamente en que Sentencia se fundamentó dicha determinación. No obstante, en relación con la materia objeto de revisión, la Corte se ha pronunciado en las siguientes providencias: SU-337 de 1999, T-477 de 1995, T-551 de 1999, T-692 de 1999 y T-1390 de 2000.

6 Aparecen como pruebas los siguientes documentos: 1. Historia Clínica; 2. Staff de pediatría y cirugía infantil del 16 de julio de 1998; 3. Declaración del médico Pediatra de Consulta Endocrinológica; 4. Declaración del médico Coordinador de Urgencia Pediátrica de la Clínica XX; 5. Declaración del médico Coordinador de Pediatría de la Clínica XX; 6. Peritaje de la Sección Psiquiátrica Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 30 de

octubre de 2001; 7. Declaración de la madre del menor; 8. Declaración del padre del menor; 9. Declaración del médico Jefe de Cirugía Infantil y 10. Declaración del menor.

7 Señala el dictamen pericial: “....CONCLUSIONES. Desde el punto de vista psicológico, [el menor], no presenta retardo mental. Desde el punto de vista médico, se trata de un paciente de siete (7) años de edad, con un cuadro de Hiperplasia Suprarrenal Congénita, recibiendo tratamiento hormonal actualmente, con un cariotipo 46 XX, con un Síndrome de Virilización Severo, sin retardo mental, según evaluación psicológica (...)”

8 Subrayado por fuera del texto original.

9 Subrayado por fuera del texto original.

10 Sentencia T-033 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

11 Téngase en cuenta que de conformidad con el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, es necesario agotar la vía gubernativa en las reclamaciones laborales o de seguridad social, cuando la entidad accionada forma parte de la administración pública, verbi gracia, el Seguro Social. Al respecto, dispone la norma en cita que: “Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta. Mientras esté pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa se suspende el término de prescripción de la respectiva acción. Cuando la ley exija la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, ésta reemplazará la reclamación administrativa de que trata el presente artículo”.

12 Recuérdese que de conformidad con el artículo 8° de Ley 100 de 1993, el sistema de seguridad social integral está compuesto por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la ley.

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

14 Recuérdese que de conformidad con el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, la historia

clínica que contiene el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.

15 SU-337 de 1999, T-477 de 1995, T-551 de 1999, T-692 de 1999 y T-1390 de 2000.

16 Según el cálculo de fechas, al momento de interponerse la tutela, el menor tenía 15 años de edad.

17 Por ejemplo, en Sentencia T-474 de 1996, la Corte apelando al ejercicio de la patria potestad, legitimó la decisión de los padres en relación con una transfusión sanguínea en un menor de edad, el cual por sus creencias religiosas se oponía a dicho tratamiento necesario para llevar a cabo una cirugía destinada a salvaguardar su derecho fundamental a la vida. Precisamente, esta Corporación, en la citada providencia manifestó que: "...El ejercicio de la patria potestad le permite a los padres orientar y participar en las decisiones de sus hijos menores adultos, y a exigir que se de prevalencia a las que ellos adopten, en caso de enfrentamiento o contradicción que ponga en peligro el derecho fundamental a la vida de sus hijos...". Así mismo, sostuvo que: "...En el caso objeto de revisión, si se tiene en cuenta que el menor adulto es titular del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 de la Constitución, que le permite profesar y practicar libremente su religión, cuyos preceptos, según él, lo obligan a rehusar transfusiones de sangre, y que lo es también de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de cultos y de conciencia, entre otros, el consentimiento que éste emita, cuando se trata de tratamientos de los cuales depende su vida, deberá ser complementado con el consentimiento de sus padres, como en efecto ha ocurrido, pues de lo que se trata es de garantizarle la máxima protección a su derecho fundamental a la vida...".

18 En efecto, la Corte concluyó que: " En el presente caso, quien interpuso la tutela no deja la menor duda de que el menor es varón. Si no se está ante la presencia de un transexual, bisexual, hermafrodita o pseudohermafrodita, hay que respetar la VERDAD NATURAL Y PERSONAL. Un caso fortuito, completamente extraño a la persona, ajeno a su voluntad no tiene la causa suficiente para alterar esa verdad, esa naturaleza. Cuando la mutilación se presenta, el paciente tiene posibilidad de decidir. Si no lo hizo antes lo puede hacer ahora que tiene uso de razón. Es inhumano que si el pene y los testículos fueron

cercenados, la solución sea volver a la víctima mujer. Este es un trato denigrante. Aclarado lo anterior, se concluye: 'El expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo. Como esto no ocurrió y la tutela se instauró para proteger el derecho a la identidad según se explicó anteriormente, prosperará no solo por tal violación sino por afectar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad'...".

19 Precisamente, en la Sentencia esta Corporación manifestó que: "... Por ende, la Corte concluye que, como no existe un evidente riesgo de que se comprometa el derecho a la vida de la menor si no se practica la operación, no es posible que, en el presente caso, la madre autorice la intervención y los tratamientos hormonales para su hija, que ya tiene más de ocho años. Por consiguiente, esas intervenciones sólo podrán ser adelantadas con el consentimiento informado de NN y por ello la tutela no debe ser concedida, pues no se acogerá la solicitud concreta de la madre que pretendía la autorización de los procedimientos. Sin embargo, es necesario que el juez constitucional tome las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales de la menor...".

20 Por otra parte, igualmente en las citadas providencias, se considera que la cirugía podría ser más exitosa, en términos de secuelas físicas y psicológicas, ya que es posible el mejoramiento de los tejidos corporales a intervenir aminorando los daños físicos que involucran este tipo de prácticas, v.gr, la pérdida de la sensibilidad sexual.

21 Precisamente, esta Corporación en Sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) manifestó que: "... En anteriores oportunidades, la Corte precisó que estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe directamente consentir el tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio de beneficencia, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos. Con todo, la Corte ha precisado que existen tres criterios centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del

paciente...". (Subrayado por fuera del texto original).

22 Concepto del Profesor Alejandro Giraldo de la Universidad Nacional. Antecedentes Sentencia SU-337 de 1999.

23 Concepto del Profesor Efraim Bonilla Arciniegas. Coordinador Académico de la Unidad de Cirugía Pediátrica de la Universidad Nacional. Antecedentes Sentencia SU-337 de 1999.

24 Concepto del Profesor Luis Eduardo Jaramillo González. Director del Departamento de Psiquiatría de la Universidad Nacional. Antecedentes Sentencia SU-337 de 1999.

25 Stanzone. Pasquale. Premessa ad uno studio giuridico del transessualismo. En. D'Addino -Perlingieri-Stanzone, "Problemi giuridici del transessualismo". Pág. 13.

26 Las explicaciones sobre el alcance de la Teoría Money pueden consultarse en la Sentencia SU-337 de 1999. En relación con la definición de las vertientes sexuales en occidente y la influencia moral del cristianismo, puede consultarse: Foucault. Michel. Historia de la sexualidad. 2. El uso de los placeres. Siglo Veintiuno Editores.

27 De acuerdo con recientes investigaciones efectuadas en Australia, el sexo biológico parece no sólo corresponder a un componente cromosómico, sino que, igualmente, tiene su origen en el hipotálamo - que comprende algunos órganos importantes como la hipófisis -, en donde existen células relacionadas con la función sexual de la persona. Así, dichas células determinarían el comportamiento sexual de la persona, ya sea varón o mujer, sin que se traduzca en una variante del factor cromosómico. (En: Derecho a la identidad personal. Carlos Fernández Sessarego. Astrea).

29 Op.cit. Fernández Sessarego. En este caso, la distinción entre sexo y género se encuentra en la consideración del sexo 'sentido y vivido' como producto de la actividad sicosocial y cultural de la persona, es decir, como el género propiamente dicho, mientras que el sexo corresponde al producto de la configuración somática de la persona, en otras palabras, a su naturaleza eminentemente corpórea.

30 Garutti Macioce., il diritto alla identita sessuale. Al respecto, es preciso tener en cuenta, que el transexualismo empieza a forjarse a esta edad pero sus efectos son notorios con posterioridad a la pubertad.

31 Téngase en cuenta que el artículo 14 de la Constitución Política, concede al reconocimiento de la personalidad jurídica, el título de derecho fundamental. En efecto, al pronunciarse sobre el contenido y alcance del citado artículo 14, la Corte ha dicho que: "...el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad. Por consiguiente, cuando la Constitución consagra el derecho de toda persona natural a ser reconocida como persona jurídica (C.N. art.14) está implícitamente estableciendo que todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica. ...".(T-028 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz)

32 Independientemente de los atributos propios de la personalidad, los cuales se suelen clasificar en: Estado civil, nacionalidad, capacidad, nombre, patrimonio y domicilio.

33 Constitución Política. Artículo 16.

34 Cfr. Op.Cit. Fernández Sessarego. En Sentencia T-090 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), se reafirma el alcance del valor supremo de la dignidad humana y el respeto a la autorformación personal, en los siguientes términos: "...El principio de dignidad no será comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originiladidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incesantes de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el 'yo social', la cual expresa un interés y una necesidad raciales del sujeto que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa...".

35 Cfr. T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

36 Cfr. T-015 de 1999, C-309 de 1997, T-516 de 1998.

37 Sentencia T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero.

38 Ver: (3.2) de esta providencia.

39 Al respecto, véanse, las Sentencias: T-097 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-539 de 1994 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); T-569 de 1994 (MP. Hernando Herrera Vergara); T-037 de 95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-290 de 1995 (MP. Carlos Gaviria Díaz); C-098 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-101 de 1998 (MP. Fabio Morón Díaz).

40 Al respecto, en sentencia SU-337 de 1999, se hace referencia a la Teoría de Money, según la cual, los seres humanos somos sicosexualmente neutros antes de los primeros 18 meses de vida.

41 La actuación médica por fuera del consentimiento del paciente podría conllevar a tipificar conductas tales como: las lesiones personales, la manipulación genética, etc.

42 El Código de ética médica en los artículos 15 a 18, regula la obligación de informar al paciente sobre los riesgos previsibles e injustificados. Son previsibles, aquéllos que dentro de la práctica médica pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento clínico. Son injustificados, aquéllos que no corresponden a las condiciones clínico-patológicas del paciente (como generalmente son las cirugías estéticas). De modo que, el médico no responde por reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión pero justificados dentro del campo médico al prescribir un tratamiento o procedimiento quirúrgico (artículo 13 del Decreto 3380 de 1981). Así mismo, como lo sostiene el artículo 11 del Código de ética médica, “la actitud del médico ante el paciente será siempre de apoyo. Evitará todo comentario que despierte su preocupación y no hará pronósticos de la enfermedad sin las suficientes bases científicas”.

43 Por ejemplo, el artículo 12 del Decreto 3380 de 1981, ordena a los médicos dejar constancia en la historia clínica del hecho de haber informado y advertido a los pacientes de los riesgos previsibles.

44 En Sentencia T-452 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz), la Corte sostuvo que: “...El primero de los derechos fundamentales es el derecho a la vida. Es un derecho inherente al individuo, lo que se pone de presente en el hecho de que sólo hay que existir para ser titular del mismo. De otra parte, se tiene que no se puede ser titular de derechos sin la vida presente, pasada o futura. Así, resulta la vida un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos”, entre ellos, la libertad de consciencia y de cultos.

45 Cfr. Sentencia T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. El citado decreto igualmente prevé como excepción al consentimiento del paciente, la circunstancia extrema y excepcional de encontrarse aquél en un estado mental que le imposibilite manifestar su voluntad y además carente de todo tipo de parientes o allegados que suplan su consentimiento.

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

47 La intervención del juez de tutela, en asuntos médicos debe ser estrictamente excepcional, en aras de dar prevalencia al principio in dubio pro familia. Sin embargo, su injerencia se legitima cuando es indispensable proteger tanto la eficacia como la efectividad de los derechos fundamentales. Así, se destacan las sentencias SU-337 de 1999, T-477 de 1995 o T-474 de 1996.

48 Sobre el alcance constitucional de esta tesis pueden consultarse las Sentencias: T-477 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y T-474 de 1996 (M.P. Fabio Morón Díaz).

49 Ver Gerald Dworkin. El paternalismo en Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo (Ed) Derecho y moral. Barcelona : Ariel, 1990, p 156

50 Artículo 1504 del Código Civil. Por otra parte, el artículo 34 del mismo ordenamiento, distingue terminológicamente a los menores de edad, para efectos de atribuir capacidad jurídica de la siguiente manera: “Llámesese infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, al que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años (modificado por la Ley 27 de 1977 que estableció la mayoría de edad en los 18 años), y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos”

52 En sentencia T-477 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se estimó que: “...Los padres [no pueden...] tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él es una libertad y autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional...”.

53 Mirar 3.1 de esta providencia.

54 Según se expuso, en nuestra normatividad el artículo 3º del Decreto 3380 de 1981, define el concepto de urgencia de la siguiente manera: “ Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico”.

55 Al respecto, el artículo 15 del C. de E.M determina que: “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlos física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”.

56 Caso resuelto por esta Corporación en Sentencia T-474 de 1996.

57 Subrayado por fuera del texto original.

58 Al respecto, la Sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), previamente citada, determinó que: “...se entiende que el número de años del paciente es importante como guía para saber cuál es el grado de madurez intelectual y emocional del menor pero no es un elemento que debe ser absolutizado...”.

59 El artículo 34 del Código Civil dispone que: “Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años (modificado por la Ley 27 de 1977, en diez y ocho años), y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos”.

60 Al respecto, la Ley 23 de 1981, dispone que: “La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico – social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes”

61 El sentencia SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se determinó que: “...Desde el juramento de Hipócrates, los médicos orientan su práctica por el llamado principio de beneficencia, en su doble dimensión: es deber de estos profesionales contribuir positivamente al bienestar del paciente (principio de benevolencia), o al menos abstenerse de causarle cualquier daño físico o síquico (principio de no maleficiencia o primun non nocere)...”.

62 Fundamento No. 8 de esta providencia.

63 Ver fundamentos 36 a 39 de esta providencia.

64 Al respecto, puede consultarse la sentencia T-823 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

65 Op.Cit. Fernández Sessarego. Así, por ejemplo, En concepto del Profesor Bernardo Ochoa Arismendy miembro de la Sociedad Colombiana de Urología, se afirma que: “...En cuanto a la propuesta de no asignarle sexo al niño hasta la pubertad o adolescencia, suena como un contrasentido. Cómo es posible criar, levantar un ser humano a quien no se le llame él o ella ? Cómo nos referiríamos a esta criatura ? Con el pronombre neutro: ello ? Y cómo la vestiríamos para que no se identifique con los varones ni con las niñas? Porque si lo vestimos de niña, de hecho estamos definiendo su identificación sexual. Lo mismo si lo vestimos de varón. Y si hay otros niños en casa, y otros parientes, cercanos o lejanos, cómo se van a relacionar con ello?. O será que lo aislamos de tal manera que no vea ni oiga todos aquellos mensajes audiovisuales con contenido sexual que le llegan al niño durante su crecimiento y desarrollo, como el vestido diferente de hombres y mujeres, como el tono y timbre diferentes de las voces masculinas y femeninas, como el uso de cosméticos y joyas por parte de mamá ? Todo esto sumado al hecho de que todos los niños empiezan tempranamente a reconocer sus propios genitales que va a encontrar deformados o inexistentes cuando se compara con otros niños. Estos acabarían por ser niños terriblemente estigmatizados, maltratados....”.

66 Sentencia T-728 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

67 Artículo 1° de la Ley 23 de 1981. Subrayado por fuera del texto original.

68 De acuerdo con la doctrina médica, los actos clínicos de rehabilitación consisten en el conjunto de medidas encaminadas a completar la terapéutica para reincorporar al individuo a su entorno personal y social.

69 Sentencia T-889 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

70 Este precepto normativo implica la competencia exclusiva del médico para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad del paciente, en aras de lograr su completo bienestar físico y psíquico

71 Fundamento 41 de esta providencia.

72 Recuérdese que dicha regla opera en relación con el alcance del consentimiento sustituto.

73 Es posible que para el momento de la adopción de este fallo, se haya llevado a cabo la cirugía de asignación de sexo del menor. Sin embargo, ello no es óbice para proceder a otorgar una protección integral en tutela.

74 En: (www.imbiomed.com.mx). Así mismo, se sostiene que la hiperplasia o síndrome adrenogenital consiste en el trastorno de nacimiento caracterizado por deficiencia de las hormonas cortisol y aldosterona, y una sobreproducción de andrógeno (hormona sexual masculina). Los distintos tipos de síndrome adrenogenital son heredados como defectos de un gen recesivo autosómico. Este defecto es consecuencia de la falta de una enzima requerida por la glándula suprarrenal para producir cortisol. Respondiendo a esta deficiencia de cortisol, la glándula pituitaria segrega la hormona ACTH, que estimula a la glándula suprarrenal causando la sobreproducción de hormonas andrógenas (masculinas), pero sin ocasionar un deseado incremento de cortisol.

Esta condición afecta tanto a hombres como a mujeres. En las niñas recién nacidas con este trastorno, el clítoris está agrandado y tiene la abertura de la uretra en la base (genitales ambiguos, que a menudo parecen más masculinos que femeninos). Las estructuras internas del tracto reproductivo (ovarios, útero y las trompas de Falopio) son normales. Al avanzar en edad, se produce la masculinización de algunos de sus rasgos, tales como el cambio de voz, la aparición de vello facial y el retraso en la menstruación en la pubertad. En los niños recién

nacidos, aparentemente no se presenta ninguna anormalidad, pero mucho antes que ocurra la pubertad el niño se vuelve cada vez más muscular, se agranda el pene, aparece el vello púbico y la voz cambia. Los varones afectados aparentan entrar en la pubertad tan temprano como de los 2 a los 3 años de edad. En la pubertad, los testículos son pequeños. (En: www.viasalud.com).

75 Subrayado por fuera del texto original.

76 Aun cuando dicha asignación de sexo es una opción médica. Debe recordarse que, como se expuso en el acápite (3.2) de esta providencia, es deber de los médicos en este tipo de operaciones no sólo atarse a las condiciones biológicas del ser sino prever las consecuencias propias de la identidad de género.

77 Los médicos tratantes en Staff de pediatría y cirugía infantil del Seguro Social, estimaron que: “...Por la edad, los patrones fenotípicos y sociales NN debe seguir siendo tratado como hombre. - Se debe hacer laparoscopia y resección laporoscópica de genitales internos con moldeamiento de pene (de ser necesario). Prioritario. - En un futuro se haría terapia con testosterona para hacer un desarrollo androgénico adecuado en la pubertad y colocar prótesis testiculares en escroto, como se hace en los niños con hipogonadismo primario o agenesia gonadal. - Es imperioso hacer un buen manejo de la hiperplasia suprarrenal, lo que ya se instauró. - Se debe hacer apoyo psicológico a la familia..”.

78 De acuerdo con la doctrina médica especializada, la posibilidad de procrear en el caso de los hermafroditas depende de la presencia y de la estimulación de los tejidos ovárico o testicular.

79 Declaración del médico pediatra - Profesional tratante -.

80 Peritación de la Sección Psiquiatría-forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

81 Al respecto, la Corte ha señalado que: “...El artículo 13 de la Carta no prescribe siempre un trato igual para todas las personas. Ello implica lógicamente, que sólo cabe un trato desigual cuando se aplique en supuestos de hecho también desiguales.(...)...La primera condición para que un trato desigual sea sustituto de una diferenciación admisible, y no una

discriminación constitucionalmente vetada, es la desigualdad de los supuestos de hecho. En efecto, lo que justifica constitucionalmente la diferencia de trato, y evita que se considere discriminación la existencia de situaciones de hecho que, por ser diferentes, admiten o requieren un trato también diferente, pues no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes. Dicho en otros términos: el principio de igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales. De ahí que lo constitucionalmente vetado sea el trato desigual ante situaciones idénticas (...)La segunda condición es la finalidad que ha de reunir el requisito de la razonabilidad, es decir, que no colisione con el sistema de valores constitucionalmente consagrado. (Sentencia T-174 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

82 Mirar fundamentos 1 a 7 de esta providencia.

83 Así, se encuentran en el expediente: - La siguiente declaración médica: ¿El Seguro Social ha cumplido con el suministro de la droga requerida (medicamentos conocidos como análogos de la GNRH?. No, así como tampoco con la oportunidad de los exámenes de control. - La declaración de la madre: ¿El Seguro Social le ha estado dando el tratamiento requerido?. No, el doctor XX le mandó unas inyecciones y no se las han dado, se las formuló desde el año pasado, coloque tutela y ni así, tiene también pendiente unos exámenes y tampoco se los han hecho. -¿Cuáles son los medicamentos que el Seguro no le ha suministrado?. No le han dado las inyecciones de leuprolida y la demás droga no se la dan completa le mandan 100 y le dan 50 y unos exámenes de sangre que hace mas de un año que no se lo hacen, en marzo hizo un año y el médico se los manda periódicamente para ver como va la enfermedad.

84 Mirar fundamento 47 de esta providencia.

85 Hasta el punto de desconocer su condición de beneficiario en la respuesta de oposición a la demanda de tutela.

86 Ver fundamento No. 67, punto (iii), en relación con la coadyuvancia informada y persistente del menor en relación con el adelantamiento del tratamiento médico al estado intersexual.