

T-477-95

Sentencia No. T-477/95

NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION DE TUTELA-Iniciación de la acción

Cuando una tutela se dirige contra particulares, el juez debe informarles a éstos que se ha iniciado un proceso en su contra y que pueden hacer uso de las garantías que la Constitución Política les otorga. El no hacerlo genera una nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, dado el carácter relevante de la omisión.

READECUACION DE SEXO DEL MENOR/CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE-Cambio de sexo/TEORIA DE LA INFORMACION-Cambio de sexo

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACION es una prestación de servicios que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el CONSENTIMIENTO, entendiéndose por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico. El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe provenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aún con el lleno de algún formalismo como sería el consentimiento por escrito. En el asunto sometido a esta acción de tutela el acuerdo sólo podría ser celebrado entre el médico que ofrecía el tratamiento de readecuación de sexo y el sujeto pasivo con capacidad para aceptar esa POLICITACION. Al recibir la oferta el paciente, principia a formarse la concurrencia de voluntades, y, dada la gravedad del asunto a tratar, sólo cuando el peticionario recibe la aceptación del peticionado puede decirse que se ha consumado el proceso volitivo. (Esto ha sido llamado desde hace mucho tiempo TEORIA DE LA INFORMACION). En la teoría de la información, vista desde el lado del enfermo, como peticionado, la respuesta que el médico debe recibir a su ofrecimiento particularmente importante (caso de la readecuación de sexo) debe ser no solo expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido. Por supuesto que se parte de la base de que es plenamente capaz el paciente y que su consentimiento no está viciado.

CONSENTIMIENTO INFORMADO-Cambio de sexo/RELACION MEDICO PACIENTE

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que sólo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor. Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial.

CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE-Prescindencia en caso de urgencia

Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda. La discusión puede surgir en la explicación que se le de al calificativo "integridad de la persona", esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean. En el caso que motiva la presente acción de tutela, hubo dos operaciones: una inicial, la "meatotomía" practicada un mes y diez días después de la mutilación, y, la segunda, de "readecuación de sexo", seis años después. Luego el calificativo de atención inmediata no vendría al caso, no puede hablarse de una situación de urgencia que pusiera en peligro la vida y que sustituyera el consentimiento del paciente. Y tan es así que los médicos buscaron una previa "autorización" de los padres y sólo después de que por escrito ellos la dieron se procedió a operar. Jurídicamente habrá, entonces, que entrar a estudiar lo que firmaron unos padres de escasa cultura y semianalfabetos: que autorizaban "cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo".

TRATAMIENTO MEDICO DEL MENOR-Límites

En principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. ¿Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad? La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos.

CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE MENOR DE EDAD-Elementos

La Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son: a) de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor; b) De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es “notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal”, de suerte que se afecta “de manera sustancial el principio de autodeterminación personal”. Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor; c) Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad. En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos.

READECUACION DE SEXO DE MENOR-Autorización del paciente/LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Cambio de sexo del menor/DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

NO es posible la “readecuación de sexo,” sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones: Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. La tragedia del niño a quien un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte “la presencia en mi” (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la IDENTIDAD de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aún de “género” (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del “género” que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo “menos malo”. En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.

DERECHO A LA IDENTIDAD

La significación del derecho a la identidad, contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. De otra parte se establece que: “La condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivientes”. Tal significado, comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la dignidad de la persona humana. Son todos estos derechos asignados a la persona humana, algo propio en razón de su naturaleza. El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía,

identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad. La persona humana es dueña de si misma y de su entorno. El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

DERECHOS DEL NIÑO-Cambio de sexo/INTERES JURIDICO SUPERIOR DEL MENOR

Es así como el respeto al derecho a la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interes jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento"resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél."

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA EN LA IDENTIDAD SEXUAL

Al defenderse la individualidad del menor, o en otros términos, su identidad, como un interés jurídico superior, es necesario afirmar que cualquier intromisión efectuada sin su consentimiento, constituyó una vulneración de sus derechos fundamentales. Pues la superioridad que contiene la naturaleza de este derecho fue precisamente establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como ser humano. Otro aspecto sobre el que es indispensable hacer claridad, es que si bien el menor en virtud de su condición estaba sometido a la patria potestad de sus padres, y aún a la de los intereses del

propio Estado, no podía condicionarse tal situación, como un menoscabo de su derecho a la identidad, en cuanto éste es un interés jurídico superior ampliamente protegido frente a los intereses de aquellos. El derecho a la identidad, y más específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho "Opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución". El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la dignidad Humana.

PREVALENCIA DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Corresponde entonces tratándose de una materia de interés vital como los Derechos del Hombre, dar la eficacia jurídica a los Tratados Internacionales. Esto nos permite desarrollar, que el contenido de distintos preceptos vinculantes en tratados internacionales determinaban desde ya, la plena protección del Derecho a la identidad, manifestación a su vez de la dignidad humana y garantía del libre desarrollo de la personalidad.

TRATADO DE DERECHOS HUMANOS-Fuerza vinculante

La fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos, está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sea por iniciativa de cualquier Estado, o a solicitud de la Comisión Interamericana de derechos Humanos, previa evaluación de las denuncias de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Hay un salto cualitativo cuando la seguridad jurídica ya no es el centro de gravedad de las instituciones sino que se ve desplazada por el valor de la justicia como realidad social. Es la superación de la retórica por lo pragmático. Y, dentro de este contexto se puede afirmar que el Estado Social de Derecho hunde sus raíces en el principio de solidaridad. El reconocimiento a la solidaridad puede ser estudiado en la tutela.

READECUACION DE SEXO DE MENOR-Tratamiento permanente

La protección especial a disminuidos, consagrada en el artículo 47 de la Constitución, razonablemente no se puede suspender cuando N. N. llegue a los 18 años, sino que el tratamiento médico que se iniciare y el psicológico que ya está en curso (con la aceptación del paciente) se continuara hasta cuando un dictámen de un grupo interdisciplinario lo considere pertinente. Lo que se le ordena al I.C.B.F. es que mantenga la continuidad en la readecuación y tratamiento integral del menor que instauró la presente tutela.

REF: EXPEDIENTE T-65087

Peticionario: Menor N.N.

Procedencia: Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia.

- Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía.

TEMAS:

- El consentimiento informado del paciente.

- El Derecho a la identidad. Debe respetarse por el Juez en los procesos de jurisdicción voluntaria y por los médicos que no pueden hacer “readecuación de sexo o transformación de órganos sexuales” sin autorización personal del paciente.

- La fuerza vinculante de los Tratados de Derechos Humanos durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1886 y 1991.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá D.C. veintres (23) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela identificado con el número de radicación T-65087, adelantado por el Personero Municipal de A. A., quien actuó en representación del menor N. N., contra el médico que le hizo una operación al niño “readecuándole” el sexo, contra el Hospital Universitario San Vicente de Paúl donde se practicó la operación, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que contribuyó a que la readecuación de sexo se efectuara y contra los padres del menor quienes autorizaron la operación de su hijo.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Episodios que motivaron la acción.

De la prueba aportada en la instancia y de la recepcionada por la Corte se puede hacer este relato:

1.1. Según versión de los padres del menor N.N., cuando éste tenía 6 meses, sus progenitores lo dejaron encerrado con una perra pequeña, a la cual “apenas le estaban naciendo los dientes”; al regresar, el padre de su parcela y la madre de recoger leña, encontraron al animal con sangre en el hocico y el niño tenía cercenados el pene y los testículos. Los padres del menor emasculado son campesinos semi-analfabetas, habitantes

de una región alejada y subdesarrollada.

Los crudos episodios en la forma como los narraron los padres son calificados diez años después, en informe interno al I.C.B.F., como fantasía simbólica, y de acuerdo con un concepto de medicina legal, hecho meses después de la época de la mutilación, la herida se produjo posiblemente con instrumento cortopunzante, lo cual trajo como consecuencia la “emasculación con cercenación de sus genitales externos (castración) del menor”. Dentro del expediente aparece copia íntegra del proceso penal (que finalizó con auto declarando que no se observa que el hecho constituyera delito) y no hay el menor indicio de que los padres fueran los autores, por el contrario, al día siguiente del lamentable episodio, a las 7 de la mañana, ellos iniciaron una caminata para llevar al niño desde la montaña hasta el poblado a donde arribaron a las cuatro de la tarde.

1.2 El incidente ocurrió el 10 de marzo de 1981 y el 11 de marzo el menor fue trasladado del hospital del municipio al Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, institución donde se le practicó una operación de “meatotomía”, el 21 de abril de 1981. Previamente, el 1º de abril, los padres, dibujan su firma en un escrito que autoriza “cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo”, en realidad, no surge de la prueba que los padres fueran conscientes de la trascendencia del “cambio de sexo”, por el contrario, antes, el 16 de marzo de 1981 en la historia clínica se insinuó por el médico un estudio genético “con fines netamente académicos” y “planear el cambio de sexo en este niño, pues está en la edad adecuada y no es posible en la actualidad reconstruir genitales funcionales”, es decir, primero se proyectó por los médicos el cambio de sexo y luego se obtuvo el permiso de los padres. Parecería que la pobreza de la familia, la ignorancia de los padres, el ambiente social atrasado y un ser humano de escasos seis meses, no ofrecían contratiempo alguno al tratamiento que los médicos iban a practicar y que según se dice se ha repetido en numerosos casos y ha sido defendido por los galenos como lo más adecuado. El propio médico que practicó esta primera operación la califica como REASIGNACION DE SEXO, dentro de la cual, según el médico relata, estos eran los pasos a dar, estos los resultados que se buscaban y la causa (según él) para el fracaso del experimento:

“... a) explicación exhaustiva a los padres en términos que ellos pudieran entender de que no había recurso médico posible para restituir sus órganos genitales externos. b) Se les explicó

igualmente, en términos sencillos, que el niño podía crecer y desarrollarse en el sexo femenino, pero que requeriría una cirugía posterior cuando sus tejidos lo permitieran . c) Se habló con Bienestar Familiar para que si fuere necesario le diera un hogar sustituto a este niño, ya que sus padres eran personas que vivían lejos de cualquier centro urbano y analfabetas (el padre). d) Igualmente se consultó al Departamento de Siquiatría y se presentó el caso ante el grupo multidisciplinario del Hospital que estudia los pacientes que consultan por ambigüedad de sus órganos genitales. E) Una vez conseguida la opinión unánime del grupo se instruyeron los padres sobre la necesidad de cambiar los documentos en la notaría de A. A. y en el despacho parroquial. El niño siguió bajo control en la consulta interna y los padres en el departamento de siquiatria que el proceso de identificación sexual femenino progresaba normalmente se le remodelaron quirúrgicamente sus órganos genitales femeninos. F) En las revisiones posteriores al procedimiento quirúrgico que se hicieron en consulta externa se encontró que la evolución era satisfactoria aunque la comunicación con el paciente era siempre difícil, por lo cual en alguna ocasión los siquiатras pensaron que había algún factor autista (trastorno de la personalidad que le dificulta al paciente comunicarse con el medio). Posteriormente supimos que el paciente había sido ubicado en un albergue de monjas de A. A. Una vez reasignado el sexo, cambiado los documentos de identificación, el proceso de identificación genérica depende en gran parte del medio ambiente donde crezca y se desarrolle el niño. En algunas consultas pudimos captar que en el centro donde estaba el paciente había cierta ambivalencia en el trato que estaba recibiendo, ambivalencia de tipo genérico, pues en algunas ocasiones lo llamaban N. N. Retrospectivamente pensamos que este ambiente inadecuado en el cual vivió el paciente una buena parte de sus años fue el factor causal de su mala identificación con el sexo asignado”

No era la primera vez que hacían tal clase de experimento; uno de los médicos declaró bajo juramento:

“Desde el año mil novecientos setenta y cinco y como Profesor del Departamento de Ginecología y Obstetricia me ha tocado participar en diferentes grupos con el Dr. Bernardo Ochoa resolviendo problemas de reasignación de género en niñas y en adultas con genitales ambiguos, principalmente en casos de hiperplasia suprarrenal congénita, testículos feminizante y recientemente en casos de transexuales. Es por ello que el problema de este niño atañe a un grupo interdisciplinario de médicos”

Para este médico, se trataba de un niño asexuado,

“... sin posibilidades de producir en un futuro hormonas masculinas (testosterona) que es la hormona encargada de desarrollar los caracteres sexuales secundarios masculinos desde el principio de la adolescencia, alrededor de los nueve o diez años de edad. Por las características expresadas, este niño estaba condenado a ser una persona con ambigüedad sexual y sabiendo que la identidad sexual de un niño se inicia desde el año y medio a dos años en adelante, es lógico pensar que era necesario tomar una decisión con respecto a su reasignación de su sexo.”

1.3 Retomando la historia:

Desde septiembre de 1981 hasta el 28 de julio de 1986, el menor fue depositado en la “Casa del Niño Dios”, albergue de monjas. Allí aprendió el niño a caminar, se le dió la orientación propia de una niña, sin que mostrara curiosidad por el sexo, entre otras cosas porque a los infantes se los bañaba solos y se les cubría con una toalla para que nadie los observara. No obstante las rígidas reglas, a las religiosas les causaba extrañeza que el infante “tenía comportamientos de varón en la postura para la micción y en algunos juegos”. La caridad cristiana fue la constante en este tiempo. Entre tanto, los padres hacían correr la voz de que el niño había muerto.

1.4 En julio de 1987 se tramita con gran rapidez un proceso de jurisdicción voluntaria que finaliza en septiembre con decisión del Juzgado Promiscuo del Circuito autorizando cambiar el nombre N.N. del menor por el nombre femenino de X.X. Surge del expediente que este aspecto formal de respaldar el sexo en una partida notarial es lo central para algunos funcionarios judiciales y administrativos. Mientras para la familia lo fundamental era que en la fé de bautismo figurara como niña, lo lograron y en tal condición hizo la primera comunión.

1.5 Antes de tramitarse ese proceso judicial, el 6 de mayo de 1986, el I.C.B.F. abre historia integral al menor porque la hermana Emilia, directora de la Casa del Niño Dios, se presentó al Centro Zonal debido a que la menor “X.X era varón y le fueron cercenados sus órganos genitales y requiere de tratamiento especial para que quede como una niña”. La Defensora

de Menores decreta la ubicación “de la menor” en un hogar sustituto en el barrio Manrique de Medellín, considerando que la menor X.X., requiere la continuación del proceso de remodelación de sus genitales, de conformidad con la evaluación realizada por un cirujano, adscrito al hospital San Juan de Dios de Antioquia, por ello, se hacía necesaria la ubicación del menor en la ciudad de Medellín, para ser intervenido quirúrgicamente y continuar su tratamiento. Así se escribió en la Resolución de 28 de julio de 1986 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Pasa, entonces, del cuidado de las monjas al hogar sustituto. Pero antes de que se proferiera la Resolución, el I.C.B.F., el 4 de julio de 1986 busca para el menor una cita médica en el hospital San Vicente de Paúl en Medellín, se señala para el 10 de julio y el galeno conceptúa que “cuando se ubique en Medellín se iniciará el proceso quirúrgico de remodelación de sus órganos genitales”. No obstante, el 23 de agosto de 1986 se deja constancia por el I.C.B.F. que “según el equipo médico del hospital infantil a la menor aún no se le puede hacer la operación, ya que hay que esperar a que llegue a la etapa de la adolescencia, pero está en la sicoterapia”. Entre tanto, el hogar sustituto continúa cumpliendo su específica función: facilitar la disponibilidad del infante para la nueva operación.

1.6 El 7 de abril de 1987 se le practica una segunda operación, de remodelación de genitales externos femeninos y se dice por los médicos que adquirió un “fenotipo femenino”. Según el Hospital, hubo “reasignación de género”. Los médicos siempre sostuvieron que ésto era lo que había que hacer y resaltan que “En este proceso, jugó papel importante el I.C.B.F. al facilitarle todos los medios al menor para su ubicación en centros y hogares sustitutos, que le permitiera esa continuidad, autenticidad, y coherencia para su adaptación a su género (femenino)”.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hace la anotación de que los padres del niño dieron la autorización, pero, no hay nada por escrito diferente a lo que suscribieron en 1981; sólo aparece en 1987 una fotocopia borrosa que se refiere a si se autoriza o no la necropsia y si se autoriza o no la extracción de órganos para transplante. Al solicitársele al hospital que remitieran a la Corte Constitucional fotocopia de la autorización, enviaron la que los padres habían firmado el 1º de abril de 1981.

1.7 Ya se dijo que en 1987 el menor estaba bajo el cuidado de la familia sustituta. El I.C.B.F. había hecho entrega del menor el 4 de febrero de 1987 y “durante todo el tiempo requerido

para tal proceso (operatorio)". Egresó el menor del hogar Sustituto y fue entregado nuevamente a sus padres biológicos, el 25 de septiembre de 1989.

Hay que decir que, el 15 de abril de 1987 después de la operación, el menor es dado de alta y el Hospital le efectúa esporádicos controles el 23 de abril de 1987, el 3 de diciembre de 1987, el 7 de julio de 1988, el 15 de diciembre de 1988, el 8 de octubre de 1990. La sicóloga que hoy lo atiende dice que ella encontró que el caso estaba "como archivado". Quienes lo operaron y luego sostienen alejados controles, curiosamente se extrañan del fracaso de la "identificación con el SEXO asignado".

El 7 de julio de 1988 se escribió en la historia clínica:

"Lo mejor es dejar crecer más a esta paciente y al rededor de la pubertad cuando se induzca su feminización hormonal se corrigen los defectos remanentes"

Y el 15 de diciembre de 1988 se consignó:

"la vagina está muy baja, esto se puede acercar a uretra, procedimiento que se realizará en edad mayor".

En octubre de 1986 se inicia el tratamiento médico-siquiátrico para acondicionar la conciencia del menor a fin de que se adaptara como mujer. Debe anotarse que comenzó a surgir rechazo de parte del menor.

Aparecen los sicólogos, una de ellas, muy importante en este caso, Lucila Amparo Céspedes, afirma:

"Le apliqué diferentes pruebas psicológicas en las que pudo observarse que tenía una identificación masculina". Y comienza a respetársele por ella y luego por los funcionarios del I.C.B.F. tal condición.

No tienen el mismo parecer los médicos quienes protestan por la posición de la sicóloga, defienden su proceder en la "reasignación del sexo".

El Director del hospital de Medellín, lamenta que:

"Todas las actividades desarrolladas por el Hospital Universitario San Vicente de Paúl y el

I.C.B.F. tendientes a la obtención de la aceptación del nuevo género reasignado al menor, fallaron por razón del ambiente en que debió vivir el menor una vez fue reubicado en su familia ... la infortunada intervención de terceros hizo que este paciente perdiera todo el trabajo realizado, teniendo hoy una persona sin una identidad sexual”.

En el mismo sentido se pronunció otro médico del hospital: “Creo que en este caso hubo una falla de la sociedad”. “Fuerzas extrañas a la actividad médica (la sociedad, la familia y las instituciones donde fue educado) no consiguieron construir esa personalidad femenina”. y pronostica las “dificultades tan grandes que le trae asumir el sexo masculino”.

Hoy el menor tiene miedo de lo que pudieran continuar haciéndole los médicos. “A él le da temor de la anestesia o que le pueda pasar algo, pero él quiere tener su pene” (declaración de la sicóloga). La actitud del menor se traduce también en el rechazo a los medicamentos, aunque hay que anotar que son los médicos del hospital quienes consideran que no se le deben aplicar hormonas masculinas.

La hipótesis que manejan los galenos, es esta:

Y, como teoría, el Director del hospital dice:

“La fuerzas Biológicas: En los mamíferos el estado de base es femenino, y el sexo masculino sólo se produce si se sobreañade la acción androgénica siendo muy probable que los andrógenos sean necesarios para cada especie, con el fin de que el cerebro se organice en la dirección de la masculinidad, es decir, se configura la conducta masculina.

“Pero de la observación se ha concluido que en la medida en que se asciende en la escala zoológica, la regla general de conducta consiste en una mayor flexibilidad de respuesta ante los estímulos ambientales, y no hay ninguna especie diferente a los humanos que infrinja tan a menudo las reglas en virtud de la cual la masculinidad es propia del varón y la femineidad ligada a la hembra. Así las cosas, las fuerzas ambientales contribuyen en grado sumo al desarrollo de la masculinidad y la femineidad.

“En la consolidación de la identidad genérica se plantea el concepto de la identidad genérica nuclear que sirve de base para el proceso de identificación y que se desarrolla en los primeros 18 meses de vida del niño,..... éste como un período crítico para las decisiones con

respecto a la reasignación de géneros posteriores a esa edad, crean muchos problemas en el joven al cual se le practica, excepto en las cirugías de trans-sexuales que tienen un comportamiento diferente a su género y a su sexo dado por los órganos genitales externos.

Ubica el género dentro de un espacio sociológico:

“En resumen, la identidad genérica puede definirse entonces como el sentido de masculinidad o femineidad que tiene un individuo, la convicción de que pertenece al sexo masculino o femenino. Se trata de un estado sociológico de una parte de identidad personal que no es exactamente sinónimo de pertenecer a un sexo determinado sino que, además, incluirá la convicción de esta pertenencia y en los casos de equivocaciones, en la asignación de sexo, la identidad genérica depende más del sexo asignado que el estado biológico real.

“Todos los autores consideran que el desarrollo de la identidad sexual está relacionada con la posibilidad de los poderes para adoptar el sexo asignado con continuidad, autenticidad, coherencia y adaptación a las necesidades del niño; por esta razón la recomendación que obra en la historia clínica dada por el doctor Bernardo Ochoa A. es la de aceptación por parte de la familia y nueva ubicación de la familia si fuere necesario”.

Así piensan los médicos del Hospital San Vicente de Paúl en Medellín.

1.8. Con el paso del tiempo, la naturaleza del menor comenzó a rebelarse contra los “roles” que le habían impuesto los tratamientos médicos, así narra el niño esa situación:

“A mi me operaron cuando estaba pequeñito, me operaron la vagina dizque para ponerme mujer, pero uno grande ya tiene mas pensamiento y decide. Yo decidí ser un hombre, porque hombre era yo desde chiquitico. Yo decidí ser hombre, porque uno es hombre como nació.”

El maestro cuenta que el menor le decía:

“Por qué no esperaron a que yo estuviera grande para yo saber lo que me iban a hacer y hasta poder escoger, pero como uno estaba chiquito, hacían lo que querían con uno”.

El menor se rebeló y exigió el cambio de trato social, de ropa, se negó a tomar las pastillas para aumentar los senos, propició el cambio de denominación entre sus amigos y maestros,

aspecto que de acuerdo con los últimos conceptos psicológicos allegados al expediente, permitió el cambio de actitud del menor, “era menos agresivo, se relacionaba con los otros niños, quería jugar con ellos, incluso era el portero del equipo de fútbol...”, por cuanto según una funcionaria del I.C.B.F. el niño “tiene una identidad sexual masculina definida”.

Es en este momento cuando el menor se presenta ante el Personero. “Yo estuve donde él porque me llevaron de Bienestar para allá y conversé con él” y agrega el menor: “el me dijo a mí que si usted quiere ser hombre vamos a ver si de pronto podemos” y se presentó la tutela.

2. Fallo inicial de primera instancia (anulado posteriormente)

Presentada la acción ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia, se profirió sentencia el 24 de febrero de 1995, habiendo prosperado la tutela. Por tal razón se ordenó que el Hospital conformara un grupo interdisciplinario que buscara implantar un pene al menor si fuere posible, se determinó expedir copias para que la Fiscalía investigara si hubo o no ilícito penal y se ordenó la corrección del registro civil y la atención psicológica por parte del I.C.B.F.

El grupo se conformó, la partida se cambió y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar acudió a una figura: El hogar sustituto especial biológico, o sea, mantener al menor bajo la custodia de su familia biológica y para no desamparar al niño se lo subsidia con una mensualidad para alimentación, transporte al hospital de Medellín, gastos médicos y alguna ropa.

3. Declaratoria de nulidad

Habiendo sido seleccionado el expediente para su revisión en la Corte Constitucional, la Sala Séptima advirtió que en la primera instancia se había llegado al fallo sin que las Entidades Oficiales (I.C.B.F., Juzgado que ordenó el cambio de sexo, Notario que corrigió la partida) se hubieran al menos informado de la existencia de la tutela, como tampoco se notificó a los particulares contra quienes también se dirigía (el médico que practicó la operación, el hospital y los padres del menor). Por esta razón, siguiéndose el criterio adoptado en casos similares se procedió a declarar la nulidad de lo actuado.

Dijo la Sala, en Auto de 20 de abril de 1995:

El procedimiento de tutela tiene como característica fundamental y esencial la de ser un procedimiento especial y breve que garantiza la protección ágil y cierta de derechos y libertades que la Constitución Política le reconoce a todas las personas. Procedimiento éste que debe regirse bajo principios expresamente consagrados en el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, como el de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y publicidad. Esto quiere decir que el juez de tutela so pretexto de decidir una solicitud de protección de derechos fundamentales a través de un procedimiento que tiene un carácter sumario e informal, no puede atentar contra derechos que también son amparados por la Constitución.

Como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando una tutela se dirige contra particulares, el juez debe informarles a éstos que se ha iniciado un proceso en su contra y que pueden hacer uso de las garantías que la Constitución Política les otorga. El no hacerlo genera una nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, dado el carácter relevante de la omisión. Ha dicho la Corte Constitucional:

“Cuando la tutela es contra particulares hay que hacerles saber a los acusados que el proceso contra ellos se ha iniciado. No se puede argumentar que como en la acción de tutela no es indispensable que haya auto avocando el conocimiento, entonces no hay nada para notificar. Hay que acudir a cualquier medio expedito, esto hace parte del principio de la publicidad. Y, si no se hacen las diligencias para la notificación, se viola el principio de derecho de defensa.”¹

Debe hacerse claridad que la acción del juez no está encaminada a exigirle un resultado a través de la notificación, debido a que su obligación es de medio, esto quiere decir que cuando no puede notificarse personalmente pese a que se acude a un medio expedito y eficaz, se continuará la tramitación, así lo explicó la Sala Primera de Revisión, trátase o no de tutela contra particulares:

“La Sala considera pertinente descartar que si tratándose de acciones de tutela dirigidas contra una autoridad pública, las notificaciones deben realizarse por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, este principio opera con mayor razón cuando la acción está dirigida contra un particular. El ideal, lógicamente, consiste en la notificación personal de la

providencia que admite la demanda de tutela y ordena tramitarla. Pero si esta notificación personal no es posible, en razón de la distancia y el angustioso término de diez (10) días fijados en la Constitución impide el emplazamiento de la persona demandada, tal notificación deberá hacerse por el medio que, siendo expedito y eficaz, asegure o garantice que el demandado tenga un conocimiento real del comienzo del proceso. El juez debe ser especialmente cuidadoso para garantizar el derecho de defensa del particular. Pues una acción de tutela tramitada sin que éste tenga conocimiento real de su existencia, jamás se ajustará al debido proceso.”²

4. Nuevo fallo de primera instancia

Subsanados las irregularidades anotadas, recepcionadas algunas declaraciones y aportada prueba documental importante, se profirió sentencia el 23 de mayo de 1995, por el Tribunal de Antioquia, siendo esta providencia el objeto de la presente revisión.

Principia el fallo por resaltar, en forma categórica, pero en abstracto, la defensa de los derechos del menor; dice que se debe respetar la dignidad de las personas, quienes no pueden ser objeto de trato degradante; explica el concepto de autonomía y defiende el libre desarrollo de la personalidad; agrega un extenso estudio sobre la personalidad jurídica y su derecho a tener una identidad; explica cuáles son los derechos del paciente frente a las intervenciones quirúrgicas; hace varias citas de tratadistas, entre ellas una que dice que es irrelevante e ineficaz la autorización en varios casos como la eutanasia, el aborto, la modificación de sexo, y otra que dice que en el mundo sólo hay 5 ordenamientos jurídicos que permiten “después de cumplir muchos requisitos la adecuación sexual”, y remata con un capítulo sobre “El médico y el respeto a la dignidad humana” de la cual se deduce que el cuerpo humano no puede estar sometido a vejámenes y si el médico lo hace viola el juramento Hipocrático, la Declaración de Ginebra y el Código Internacional de Etica Médica.

Tan juicioso estudio, que parecía indicar que prosperaría la tutela, termina concretamente en una resolución que la DENIEGA.

Denegar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es no conceder lo que se pide o solicita.

Para llegar a tal negativa, el Tribunal hace este juicio de valor:

“ ... concluye la Sala que por el contrario, el Hospital actuó con suma diligencia y cuidado y puso a disposición del menor todos los recursos técnicos y humanos de que disponía en ese momento para darle a su caso la mejor solución, o la menos gravosa que a la sazón la medicina le podía brindar. Se dice lo anterior, porque no se le podían reimplantar los órganos genitales masculinos que le habían sido cercenados al menor. De haber seguido indefinidamente sin ninguna clase de órganos, se le hubieran presentado las dificultades a que hizo alusión el cirujano Ochoa Arismendi. Tampoco se podía esperar hasta la edad de la pubertad para la operación de readecuación de sexo que se le hizo a los siete años, por los traumas que el mismo cirujano narró en su declaración. En síntesis, el proceso menos traumático para el desarrollo de la personalidad e identidad futura del menor fue el que se inició en el año novecientos ochenta y uno, y que a la postre fracasó, por razones no propiamente atribuibles al Hospital San Vicente de Paúl de esta ciudad, que no es del caso traer a colación.

Por lo demás, el procedimiento utilizado en el caso del menor no fue precipitado, sino que por el contrario, se llevó a efecto con todo rigor científico que requería, que desde luego, estaba supeditado al éxito o al fracaso según circunstancias externas que se presentaran.

Como colofón de lo que se ha venido exponiendo, concluye la Sala que la acción de tutela no procede contra el Hospital San Vicente de Paúl, ni contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pues con su actuación no violaron los derechos fundamentales del menor, sino que por el contrario, estas entidades procuraron su bienestar, tanto físico como psicológico.”

También exonera de toda responsabilidad a los padres porque:

“Al llegar al Hospital de San Vicente de Paúl se encontraron ante un diagnóstico o recomendación de un grupo interdisciplinario de esta institución, según el cual, lo más adecuado científicamente para el desarrollo futuro de la vida del menor, era la readecuación del sexo. Situados en esta encrucijada, no sólo estas (ignorantes y de bajo estrato social), sino cualquier persona, de cualquier nivel social y cultural hubiera pensado en forma similar, pues se trataba de escoger lo menos perjudicial para el desarrollo íntegro de la vida del menor hacia un futuro y se contaba con un respaldo científico”

Paradójicamente, aunque la tutela no prosperó se ordenó la corrección de la partida de nacimiento, registrándose al menor como varón y se solicitó al Hospital Universitario de San

Vicente de Paúl que conformará un grupo interdisciplinario con el fin de que estudie y desarrolle un tratamiento tendiente a obtener lo que pretende el menor porque:

“Se considera que la sociedad, a través del Hospital, debe seguir prestando la asistencia que requiere el menor”.

Esta es la curiosa situación: se le pide a los médicos de un Hospital y en quienes el menor no confía, que hagan todo lo contrario de lo que aquellos científicamente sostienen y ello con base en una sentencia que negó las pretensiones del menor porque el fallador creyó que los médicos habían hecho lo mejor, es decir, lo que el menor precisamente rechaza.

5. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

Consideró la Sala Séptima de Revisión, mediante auto de 8 de agosto de 1995, que por la trascendencia humana de este caso, los Magistrados integrantes de la Sala de Revisión y el magistrado Auxiliar, se trasladaran al Municipio donde habita el menor para apreciar el contorno social y escuchar al niño y a las personas más cercanas a él. También se creyó necesario contar con opiniones de médicos, sexólogos y de la sicóloga.

5.1 Diligencias practicadas en el Municipio donde vive el menor

En el municipio donde habita el menor y su familia, los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Revisión de tutelas, observaron y escucharon las versiones que consideraron pertinentes para mejor proveer dentro de la tutela del menor N.N. En el acta respectiva se hicieron estas apreciaciones:

El contorno social dentro del cual se ha desarrollado la vida del menor se puede describir así: dentro del casco urbano, transcurrieron seis años del menor en un albergue regentado por monjas, caracterizado por espíritu de caridad; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar critica la escasa atención al mantenimiento de la unidad familiar de los niños que allí se atienden. En los últimos años el menor ha vivido en el campo, pero ha acudido regularmente a las instalaciones del I.C.B.F., en el casco urbano, porque ahí se le brinda la confianza debida y se le presta una colaboración económica a la familia (aproximadamente \$70.000.oo mensuales) dentro de un programa calificado como “hogar sustituto especial”. Hoy el ambiente en general es de respeto hacia el menor, cuyo problema es conocido de todos. En

los años que ha vivido el menor en su vereda, primero lo hizo en la casa de sus padres, ahora donde un hermano, en una pequeña pieza de adobe que solamente tiene la cama y una radio prestada; el menor ve con buenos ojos su habitación por ser expresión de su independencia. Tanto la casa paterna como las de los hermanos del menor se hallan muy cercanas, dentro de un predio rural de aproximadamente diez fanegadas, en ladera, con escasos siembros de café y maíz, predio que al parecer pertenece al padre y la abuela del menor.

Se trata de una región subdesarrollada, sin mayores fuentes de trabajo; en ella es notorio el maltrato a los niños. Sólo ahora tiene una vía de penetración en construcción que llega a la escuela, donde el menor no ha pasado del primer año, no obstante ser inteligente. En los últimos meses ha sido costumbre del menor no asistir a clases. Se trata igualmente de una región no alejada de zonas de conflicto. Para trasladarse al casco urbano hay un precario sistema de transporte, en terreno quebrado proclive a los derrumbes, y para llegar a la casa donde vive el menor, hay que transitar, además, un trayecto a pie.

Los comisionados conversaron extensamente con el menor y pudieron observar con atención su personalidad y situación actual. Se trata de un adolescente con presencia, ademanes y voz de hombre, lógico en sus respuestas, que rechaza los tratos que se le han dado como mujer, insiste en alejarse del medio donde conocen su problema, le tiene temor a que continúen los médicos con el tratamiento de readecuación de sexo, dice tener amigas, aspira ser profesor, en cierta forma critica a sus padres pero no desea perder el contacto con ellos, aunque expresa que le han hecho pasar hambre y en ocasiones ha sido objeto de maltrato físico.

La madre presenta problemas de comunicación y parece estar afectada de mudez temporal; tiene temperamento fuerte; trajo por escrito un reclamo por haber inconvenientes en la entrega del dinero que les da el I.C.B.F.; aparentemente este es el punto que más la preocupa. El padre no se expresa correctamente, siendo difícil entender lo que dice. Tanto él como ella admiten que su hijo es un hombre.

Los maestros veredales expresan que la permanente conducta del menor se orienta a afirmar su hombría a través de agresividad cuando se lo trata como mujer, hostilidad al medio, expresiones de venganza y anhelos de solucionar pronto, así sea parcialmente, el trauma sufrido. Cuentan que el menor repite: "ya me dañaron".

La sicóloga formuló apreciaciones muy completas. Principia afirmando que sólo la lógica humana del menor le ha permitido sobrevivir frente al trauma. Dice que el menor maneja mucho temor y prevención, tiene deseo de venganza pero sueña con tener casa y familia, aunque lo domina el sentimiento de soledad; siempre ha confiado en que le pueden implantar un órgano masculino. No se trata de un caso de hermafroditismo, por el contrario, se reafirma su condición masculina y podría aprender a vivir con la amputación; esto último se dificulta en el medio en el cual vive, porque ha sido objeto de curiosidad y la familia del menor es “disfuncional”. Por años (cuando el menor estuvo donde las monjas y en Medellín) los padres decían que el niño había muerto y el nombre de mujer que se le dio lo escogió una enfermera. Objeta el tratamiento dado por los médicos, se alarma porque los médicos piensan que “les dañaron el experimento” y, llama la atención ante el peligro de que se esté atendiendo psiquiátricamente al menor para tratar de rescatar el tratamiento que ellos iniciaron. Agrega que han hecho operaciones médicas con otros niños en parecido sentido, “no se sabe cómo están esas personas”.

Igualmente es de tener en cuenta que en la Notaría Unica de la localidad se modificó el registro civil de nacimiento, primero se registro como de sexo masculino, luego como de sexo femenino por orden judicial, y, últimamente, por fallo de tutela, volvió al registro original, como varón.

Similar situación ocurrió respecto al libro de bautismos llevado en la parroquia: el 31 de octubre de 1980 fue bautizado como hombre y figura así en la partida, pero en 1987 aparece en la partida que el 31 de octubre de 1980 fue bautizado como si fuera de sexo femenino, con nombre de mujer.

5.2 Criterios científicos

5.2.1. De la Academia de Medicina, en lo que tiene que ver con la solución a la mutilación que sufrió el niño.

“La pérdida del pene en cualquier momento de la vida tiene consecuencias devastadoras. Aún los niños más pequeños saben que ya no son normales y tendrán miedo acerca de su futuro. En el adulto, la pérdida de actividad sexual puede tener consecuencias catastróficas. En los últimos 15 años se ha producido un gran cambio en la reconstrucción del pene a partir de las técnicas antiguas de Gillies y de Borgoraz “de un tubo dentro de un tubo”, pasando

por el uso de colgajos musculocutáneos, colgajos de ingle y del área genital hasta las transferencias de colgajos con técnicas microvasculares y con la posibilidad de efectuar la anastomosis nerviosa del nervio sensitivo del colgajo al nervio pudendo, siendo posible así reconstruir el pene y mantener su sensibilidad.

“El uso de un pigmento tatuado, implantado en la porción distal del pene, para simular el color normal del glande ha sido de utilidad en algunos casos. La apariencia estética del pene es importante para el paciente y el uso de un colgajo de antebrazo ha permitido resultados finales aceptables.

La fístula uretral y las estenosis parecen ser las complicaciones más frecuentes que ocurren en la reconstrucción del pene.

El sitio del antebrazo que se utiliza para el colgajo es aún un problema desde el punto de vista estético: Muchos pacientes aceptan fácilmente esta deformidad pero se les debe mostrar fotografías de otros pacientes sometidos a este procedimiento, para que conozcan en el preoperatorio la cicatriz que presentará. La búsqueda de un mejor neopene o pseudopene continúa, pero se ha hecho un gran progreso hasta el presente, y este procedimiento en un solo tiempo quirúrgico con resultados predecibles puede ser ofrecido con garantía al paciente cooperador.

El neopene debe tener sensibilidad tanto táctil como erógena y un volumen suficiente para tolerar la inserción de un endurecedor protético. Debe crearse una neouretra adecuada y competente que permita la evacuación de pie. La apariencia estética del neopene no es perfecta, pero sí bastante aceptable. Los avances en la reconstrucción del pene han cambiado la idea de la asignación en los casos de sexo indeterminado al nacimiento o de traumatismo en pacientes de corta edad. En el pasado, a los hombres que sufrían la pérdida del pene por trauma y a los pacientes cuyo sexo no estaba definido científicamente o no era determinable, era fácil recomendarles que se convirtieran en mujer. Con los nuevos resultados de la reconstrucción de pene en la actualidad, estas decisiones deben evaluarse en profundidad debido que es posible construir un neopene adecuado para estos pacientes”.

5.2.2. Del sexólogo Alonso Acuña Cañas.

Está en contraposición con la anterior opinión de la Academia de Medicina:

“Las hormonas tenidas como prototípicas de uno de los dos sexos, han resultado ser determinantes -tal como se ha venido a conocer en la última década- en ambos sexos. Tal sucede con la TESTOSTERONA que se ha tenido siempre como patrimonio del sexo masculino y determinante de todas sus conductas. Pues sucede que esto no es así. Por ejemplo, la testosterona influye en el deseo sexual POR IGUAL en hombre y en mujeres, y aunque el hombre tenga tasas 12 veces superiores en cantidad a las de la mujer, sin embargo no por ello se podría afirmar que todos los hombres tengan el deseo sexual docenas de veces más intenso que las mujeres pues esto no correspondería a la realidad. Un ejemplo de muchos que indica la relatividad de los hechos científicos que no por ciertos son exactos.

“Los homosexuales hombres, son individuos que tiene sexo cromosómico XY, sexo morfológico y gonadal masculino y sin embargo muchas de sus conductas y comportamientos son francamente afeminados. Entonces cabe preguntar por qué si estos individuos tienen impregnación testosterónica en su cuerpo y en su cerebro, tienen cromosomas masculinos XY y tienen sexo gonadal y morfológico masculino, sin embargo sus comportamientos son los relativos al sexo femenino? Ni la genética, ni la biología, ni la neurología han podido aun contestar con exactitud esta pregunta, y solo la sociología trata de demostrarse como válida al proponer la enorme influencia de la crianza.

“La experiencia en transexualismo ha mostrado que tratamientos quirúrgicos y hormonales y psicoterapéuticos pueden conseguir resultados biológicos, psicológicos y sexuales, de tal manera que la estructuración biológica no es ineluctablemente determinante en los comportamientos psicosexuales de las personas de tal manera que no puede desconocerse la influencia del factor social. Transexuales y homosexuales tienen sexos cromosómicos definidos, así como gonadales, y sin embargo sus comportamientos psicosexuales no están acordes a estas características.

“En ausencia de testículos, la función endocrina (hormonal) se puede reemplazar, pero la reproductiva es imposible. La construcción de un pene morfológico y fisiológico es un imposible técnico. Nadie lo ha logrado en la historia de la cirugía urológica ni plástica. En vez, remedos ridículos antiestéticos y antifuncionales altamente frustrantes han sido presentados en casos esporádicos luego de cirugías respectivas y engorrosas con los más pobres resultados estéticos, y mínimos o ningunos funcionales erectivos y/o miccionales...

“En la identificación masculina existe el fenómeno denominado “imprinting” que en su mejor traducción sería la de impregnación y/o imprimación. En la parte referente a la relación de la testosterona y el imprinting, aún no se sabe con plena exactitud el momento preciso y exacto en que esto se efectúa. Hasta el momento lo que distinguidos especialistas de fama mundial han determinado y tenido como verdad para sus actuaciones quirúrgicas en los caso de intersexo para definir el sexo más apropiado, han estimado que la mejor época para llevar a cabo las operaciones para asignar el sexo morfológico definitivo es la anterior a los 18 meses de edad, pues según estos expertos, el imprinting testosterónico que determina la masculinidad se efectúa luego de esta edad. Y relatan los mejores resultados ulteriores cuando estas operaciones se han efectuado antes de estas edades, lo cual les sirve como un argumento mas a sus aseveraciones al respecto. El endocrinólogo sexólogo doctor John Money preconizó -secundado por muchos autores de fama como los cirujanos urólogos y pediatras Panayotis Kelalis, Lolwel L. King y Barry Belman- que el “cambio de sexo” en los estados intersexuales debe hacerse antes de los 18 meses de edad para que se pueda anticipar un buen resultado...

“En el caso que nos ocupa, y con los conocimientos y tendencias de las escuelas quirúrgicas especializadas en vigilancia, este niño fué castrado y emasculado por un animal a los 6 meses, cuando por tanto venía a ser valida a la luz de los conocimientos actuales la conducta quirúrgica asumida. Conducta que la inmensa mayoría -si no todos- los cirujanos urólogos pediatras y cirujanos pediatras, prefieren asumir al sexo femenino, ya que es bien sabido que quirúrgicamente es inmensamente más viable construir una vulva y vagina funcionales que un pene antiestético y antifuncional.

5.2.3 Otros aspectos:

El cirujano plástico Felipe Caiffman considera que sí es posible reconstruir un órgano parecido al pene, sin que ello ocasione secuelas colaterales. Y se adjuntó al expediente un informe científico donde se dice que en Cuba se han efectuado 99 implantes de pene con resultados positivos.

5.2.4. De la sicóloga Lucila Amparo Céspedes

“Se inició nuevamente un proceso de evaluación donde se le aplicaron pruebas psicológicas tales como Test de la figura humana (Machover), Test de la familia, Test Proyectivo (Test de

Apercepción Temática, T.A.T.). Bender Clínico (Test de Inteligencia), dibujo libre, y entrevistas clínicas donde se encontró y pudo comprobarse que N.N. se identificaba con el rol masculino, a pesar de lo que el medio externo le imponía. En las pruebas apreciaron frases como “el está triste porque le cortaron un brazo y lo quieren convertir en mujer y quiere ser un hombre como lo que fue desde que nació”. “Este es mi hijo menor, el mayor y, mi mujer aquí vamos pa la casa”. “Este soy yo N.N”. (Nombre de varón).

“Además pudo observarse que el paciente tiene una capacidad intelectual superior que le ha permitido aprender, razonar y entender su historia personal y tomar decisiones respecto a el mismo y a su vida. Así como sobrevivir al maltrato recibido y a lo que el medio le ha impuesto...

“Después del diagnóstico correspondiente, el trabajo psicológico ha estado dirigido a que N.N afirme la identidad masculina que asume en todos los roles que desempeña y que siempre manifiesta y desea tener “Yo quiero ser un hombre, si uno hubiera sido mujer cuando nació, como mujer se comportaría, pero yo nací hombre”. “Cuando yo era chiquito me daba miedo hablar y decir lo que pensaba, pero ahora que soy grande y pienso: Yo quiero ser hombre”. “Uno ya puede decidir, cuando uno es chiquito los otros deciden por uno, es muy duro estar así sin “eso” pero “Yo soy un hombre y qué puedo hacer”.

“El paciente siempre se ha referido a la operación que le van a hacer con temor e incertidumbre de que le pueda pasar algo con la anestesia, esperando que le van a “poner eso”, también es consciente de que “Yo no puedo tener hijos, pero me puedo casar y adoptarlos, no se si una mujer me quiera así, pero yo quiero casarme”.

6. Decisión de reserva

La Sala de Revisión determinó que, con la finalidad de proteger la intimidad del menor no se podrá citar, ni en este fallo ni por quien desee hacer referencia a él, el nombre del menor, ni de sus padres, ni del municipio donde viven. Por lo tanto, los informadores a la opinión pública y quienes aspiren efectuar investigaciones científicas al respecto (jurídicas, médicas, psicológicas, fisiológicas, sociológicas o de cualquier otra índole) deberán respetar la reserva durante la vida de la persona cuya situación se analiza en este fallo, salvo que aquella, al llegar a la mayor edad lo autorice expresamente.

CAPITULO II

ASPECTOS JURIDICOS

7. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

8. Temas jurídicos

El gran interrogante para absolver en esta tutela es:

Fue o es legítima la conducta de las autoridades y de los particulares que participaron en el proceso de readecuación de sexo del menor, a la luz de los artículos 20 de la anterior Constitución, artículo 6º de la actual y, en el caso concreto de los particulares, del artículo 45 del Decreto 2591 de 1991?

Para responder tal pregunta es necesario analizar diferentes aspectos jurídicos:

En primer término, y en lo que tiene que ver con la “readecuación de sexo” o mas propiamente “transformación de órganos sexuales”³ se estudiará lo concerniente al debido y personal consentimiento que debe dar el paciente a los tratamientos psiquiátricos y quirúrgicos, salvo las situaciones de urgencia que pongan en peligro la vida. Luego, se analizará la situación concreta del menor, especialmente en lo referente a la autorización que los padres dieron sobre readecuación de sexo. A continuación cabe preguntar: es permitido o no que alguien diferente al paciente autorizara la mutación?. Viene entonces otro interrogante: Los hechos que motivaron esta acción constituyen violación al derecho a la identidad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad?.

Se concluirá, para darle piso a algunas de las órdenes que se darán, que la solidaridad es expresión del Estado Social de Derecho que conlleva búsqueda de soluciones para este caso

particularmente, que el Estado dará a través de la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, todo ello enmarcado dentro de las características de la tutela: la eficacia de las órdenes y la protección a los indefensos.

9. Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios.

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACION 4 es una prestación de servicios⁵ que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el CONSENTIMIENTO, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; se ha afirmado que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional “paternalista” del médico, mientras que la doctrina anglo-norteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la aceptación del usuario, criterio que tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad, señalando como cualidades primarias las inseparables del cuerpo (entre ellos la “figura”) diciendo que en las alteraciones que el cuerpo sufre, esas cualidades se mantienen como son. Este fundamento propio del empirismo-materialista ha ganado terreno en el tema que nos ocupa: el consentimiento del paciente; y este criterio también fue absorbido por el materialismo francés, de ahí que el “consentiment éclairé” o consentimiento aclarado brota del manantial teórico del SANO SENTIDO COMUN (bon sens) propio de Locke.

En el ordenamiento constitucional colombiano, el primitivo concepto que reconocía el “respeto de los derechos naturales” (art. 19 de la Constitución de 1886) fue suprimido por el Constituyente de 1936 (art. 9º, convertido luego en artículo 16), no obstante en el Preámbulo de la Constitución Nacional de 1886 se determina que los poderes públicos están constituídos para asegurar los valores materiales de la justicia, libertad y la paz, concepto que fue adoptado como principio fundante en la Constitución Política de 1991.

10. El proceso volitivo

En el terreno jurídico la problemática del consentimiento entre el médico y el paciente no

ofrece dificultad alguna en las actitudes cotidianas del acercamiento del enfermo hacia quien hará la curación. Hay en estos eventos un consentimiento rápido e implícito que permite la actuación del médico. El problema del consentimiento adquiere relevancia jurídica cuando, como en el asunto que motiva esta sentencia, está en juego algo demasiado importante como es el sexo de una persona. Por lo tanto, habrá que afirmar que en este caso el consentimiento debe provenir personalmente del propio paciente, con capacidad plena y aún con el lleno de algún formalismo como sería el consentimiento por escrito.

En esta situación especial entran en juego todos los elementos del proceso volitivo, el móvil determinante del servicio requerido y hay que tener en cuenta también las situaciones que enturbian o excluyen el consentimiento.

Aunque el tema del consentimiento en la relación médico-paciente había sido especialmente estudiada por los tratadistas de Derecho penal, ahora habrá que darle una dimensión constitucional, porque están de por medio derechos fundamentales.

En el asunto sometido a esta acción de tutela el acuerdo sólo podría ser celebrado entre el médico que ofrecía el tratamiento de readecuación de sexo y el sujeto pasivo con capacidad para aceptar esa POLICITACION. Al recibir la oferta el paciente, principia a formarse la concurrencia de voluntades, y, dada la gravedad del asunto a tratar, sólo cuando el policitante recibe la aceptación del policitado puede decirse que se ha consumado el proceso volitivo. (Esto ha sido llamado desde hace mucho tiempo TEORIA DE LA INFORMACION).

Anteriormente se consideró que se presumía el consentimiento del paciente cuando el médico actuaba en beneficio de aquél, se llegó al extremo de creer que el consentimiento era irrelevante y el médico debería intervenir aún con la oposición del paciente porque estaba de por medio el deber del socorro. Este criterio fue revisado a fondo y hoy se acepta que en todo caso debe haber aceptación del paciente.

En la teoría de la información, vista desde el lado del enfermo, como policitado, la respuesta que el médico debe recibir a su ofrecimiento particularmente importante (caso de la readecuación de sexo) debe ser no solo expresa sino por escrito para que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido. Por supuesto que se parte de la base de que es plenamente capaz el paciente y que su consentimiento no está viciado. Jean Penneau dice que solo el consentimiento del enfermo permite la actuación del médico⁶.

11. El consentimiento informado

Dada la distancia científica que generalmente existe entre el médico y el enfermo, lo mínimo que se le puede exigir a aquél es que anticipadamente informe el paciente sobre los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor.

“Antonio V, Gambaro pone de relieve en relación con el consentimiento que tanto el ordenamiento francés como el ordenamiento americano reconocen la exigencia de que los actos médicos sólo se lleven a cabo en relación con el cuerpo del paciente después de que haya sido informado de las finalidades e ilustrado sobre las ventajas y riesgos de la terapia y, en fin exista el consentimiento expreso. Incluso la terminología con que esta exigencia viene expresada es análoga, se habla de ‘informed consent’ en U.S.A. y de ‘consentement éclairé’ en Francia. También las excepciones a la regla del consentimiento del paciente son tan obvias que resultan similares. aparece así mismo homólogo el punto de partida de la problemática del consenso cuya base se encuentra, tanto en Francia como en Estados Unidos, con la antigua idea jurídica y civil de que todo individuo es titular de un derecho exclusivo sobre el propio cuerpo, por lo que cualquier manipulación del mismo sin consentimiento del titular del derecho constituye una de las más típicas y primordiales formas de lo ilícito”⁷

Esto se ha llamado el CONSENTIMIENTO INFORMADO; no es otra cosa que la tensión constante hacia el porvenir que le permite al hombre escoger entre diversas opciones. Es la existencia como libertad: tomar en sus manos su propio devenir existencial.

12. La urgencia en el tratamiento

En muchas ocasiones el médico se encuentra ante hechos de especial gravedad que convierten en urgente un tratamiento.

En nuestra normatividad, el artículo 3 del Decreto 3380 de 1981 (reglamentario de la Ley 23 del mismo año) establece:

“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”.

Prevista la urgencia por el propio legislador, el médico tiene la obligación de actuar en defensa de la vida y la integridad de la persona, siendo sustituido el consentimiento del paciente por la realidad objetiva de una intervención necesaria para preservar la vida de la persona, sobre esto no hay la menor duda. La discusión puede surgir en la explicación que se le de al calificativo “integridad de la persona”, esto exige una apreciación rigurosa, objetiva, muy ligada al requerimiento de atención inmediata para evitar un perjuicio irremediable, y en ningún caso debe responder al deseo del médico de efectuar experimentos científicos por publicitados que sean.

En el caso que motiva la presente acción de tutela, hubo dos operaciones: una inicial, la “meatotomía” practicada un mes y diez días después de la mutilación, y, la segunda, de “readecuación de sexo”, seis años después. Luego el calificativo de atención inmediata no vendría al caso, no puede hablarse de una situación de urgencia que pusiera en peligro la vida y que sustituyera el consentimiento del paciente. Y tan es así que los médicos buscaron una previa “autorización” de los padres y sólo después de que por escrito ellos la dieron se procedió a operar. Jurídicamente habrá, entonces, que entrar a estudiar lo que firmaron unos padres de escasa cultura y semianalfabetos: que autorizaban “cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo”.

B. CONSENTIMIENTO DE TRATAMIENTO MEDICO EN EL CASO DE MENORES

13. No pueden los médicos practicar la readecuación de sexo de un menor, justificando su actuación con la autorización de los padres del infante.

Dice el Código Civil.

Artículo 34.- “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...”

N.N. nació en septiembre de 1980, se le practicó la primera operación a los seis meses, la

segunda a los seis años y medio, en ambos casos era un infante.

Ya se dijo que etimológicamente no era dable calificar de urgente la operación. Sin embargo, los médicos opinan que tratándose de readecuación de sexo la mejor época es la anterior a los 18 meses de edad. Sea lo que fuere, la pregunta es: Podían los padres autorizar ese tratamiento que se dice era conveniente hacerlo antes de que el niño cumpliera los 18 meses de edad?

El principio general es que el médico, en un Estado social de derecho, debe contar con el consentimiento informado de su paciente para adelantar tratamientos terapéuticos, ya que éstos pueden afectar la dignidad humana de éste último. Esto significa que la labor médica no puede orientarse únicamente por la búsqueda de resultados que la ciencia médica considere óptimos, sino que debe respetar la dignidad y la autonomía de los pacientes, tal y como esta Corte ya lo ha reconocido en diversos fallos⁸. Sin embargo, este principio -que tiene fundamento en la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (CP arts. 1º y 16)- puede entrar en colisión con otros principios constitucionales igualmente importantes, que son relevantes en el caso sub iudice, como es la protección que la familia, la sociedad y el Estado deben brindar al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (CP art. 44). En efecto, ¿qué sucede cuando la persona no está en capacidad de manifestar su consentimiento informado por tratarse de un menor de edad? ¿Pueden en tales eventos decidir los padres por sus hijos, en función de los intereses de estos últimos?

Esta situación muestra que si bien la Constitución opta en principio por un tipo de Estado que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individual, ello no significa que estén totalmente proscritas de nuestro ordenamiento jurídico las llamadas medidas paternalistas, entendiendo “paternalismo” en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, como “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada”⁹.

En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia

de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. Como dice Carlos Nino, “la autonomía de los padres no es la de los hijos”, 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”¹⁰. ¿Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos¹¹. Con todo, la Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son:

- de un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.
- De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es “notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal”, de suerte que se afecta “de manera sustancial el principio de autodeterminación

personal”¹². Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

- Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.

En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos. Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, y de evidentes beneficios médicos para el mismo. 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 podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito)”¹³.

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 mera razones estéticas. En efecto, 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. En este caso, la medida deja de ser “paternalista” para convertirse en lo que la filosofía ética denomina “perfeccionismo”, esto es, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, 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).

Como es obvio, entre estos extremos, encontramos múltiples situaciones intermedias que deben ser analizadas, en concreto, para determinar si los padres pueden tomar legítimamente decisiones médicas que afecten a sus hijos. Con base en tales elementos, entra entonces la Corte a analizar si los padres podían autorizar, en este caso concreto, la llamada readecuación de sexo de su hijo.

La respuesta categórica es: NO es posible la “readecuación de sexo,” sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones:

13.1. Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. La tragedia del niño a quien un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte “la presencia en mi” (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la IDENTIDAD de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aún de “género” (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del “género” que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo “menos malo”. En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.

13.2. En el mismo Derecho Romano donde los infantes eran “alieni juris” y era tan arraigado

el concepto de PATRIA POTESTAD, se valoraba el consentimiento del infante para hacer su condición mejor (major infantia). Ante la situación en la cual se encuentra el menor N.N. sólo él, hoy como menor adulto, puede indicar si acepta o no una intervención quirúrgica que supere o mitigue el destino trágico en que fuerzas extrañas lo ubicaron. Ni los médicos, ni el juez, unilateralmente, pueden decidir que sea hombre o mujer, que tenga o no pene. Si el menor aspira a ser hombre por encima de las dificultades es libre para tomar en sus manos su propio devenir. Y sus padres no pueden ni podían autorizar que unos médicos, que en cierta forma se aprovecharon de la ignorancia de unos campesinos y de circunstancias que posibilitan un experimento, preferenciaran el sexo femenino (que no era el natural del niño) sobre la identidad propia del infante, afectada por una mutilación pero NO destruida en su totalidad; y tan es cierto esto que LA NATURALEZA DEL MENOR SE REBELO y por eso rechazó el tratamiento médico que se le daba y acudió ante el Estado mediante el mecanismo de la acción de tutela para que le amparara su identidad de hombre. No hubo, era culturalmente difícil que la hubiera, una visión lúcida de los padres para comprender que ellos no podían autorizar la renuncia a una identidad sexual de su hijo. Y al hacerlo propiciaron ese optimismo trágico de los médicos que significó en últimas la violación a la dignidad y a la dimensión ética del hombre.

13.3. Otro importante punto es el de saber hasta cuándo se proyectaba en el tiempo la inconstitucional y desdichada “autorización de los padres”, porque ocurre que los médicos dicen haber efectuado la segunda operación en 1987 con el respaldo de la “autorización” dada en 1981 antes de primera operación. Hay que recordar que el menor fue retirado de sus padres y puesto bajo el cuidado de un hogar sustituto con el propósito deliberado de facilitar el experimento de la readecuación de sexo efectuada en 1987. Hubo con esta actuación un abuso de la modalidad del “Hogar Sustituto”; se esquivó así la obligación que tenían los padres de retractarse, se prolongó más allá de lo razonable tan peregrina “autorización” y con un simple papel se contribuyó a desfigurar la identidad de un ser humano, se le impuso una determinación que violaba su dignidad y se soslayó una edad en la vida donde ya es posible tener algunos elementos serios de discernimiento¹⁴. Entonces, hacer valer la “autorización” de 1981 seis años después demuestra más una sospechosa disculpa que un consentimiento jurídicamente serio.

13.4. Además, el paso del tiempo permitía que libremente se escogieran el médico y los siquiátras que de todas maneras requería el menor, puesto que éste no estaba eternamente

ligado a la asistencia profesional de los especialistas del hospital San Vicente de Paúl de Medellín. Este derecho también fue conculcado. Como el tratamiento efectuado en 1987 ocurrió bajo la vigencia de la anterior Constitución, viene al caso recordar la sentencia del 19 de octubre de 1984 que declaró inexecutable los artículos 27 y 30 de la Ley 23 de 1981 que dictó normas en materia de ética médica¹⁵. Dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena:

“Esta disposición (el artículo 30 de la Ley 23/81) cuyo propósito de evitar la competencia desleal y los conflictos entre colegas es claro, no tiene tampoco, sin embargo, fundamento constitucional, pues en aras de esas metas, aunque deseables, pone en peligro la salud y la vida misma del paciente y el derecho constitucional que éste tiene a una y otra. La misma ley, en efecto, garantiza al enfermo el derecho de escoger su médico y de procurarse la asistencia profesional a su voluntad, pues el artículo 4º prescribe que ‘la asistencia médica se fundamentará en la libre elección del médico, por parte del paciente’ y el artículo 8º ordena que ‘el medico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios’ nada de lo cual podría cumplirse a cabalidad si no pudiese el que sufre obtener opiniones divergentes”. (Subrayas propias).

Salta a la vista el desconocimiento de la libertad del paciente y aún de sus padres en este y otros temas que es necesario ver frente al ordenamiento constitucional integrado con la citada ley 23 de 1981, para concluir que el fallo que se revisa debe ser sustancialmente cambiado.

14. Derechos fundamentales violados

Se desarrollarán dentro de este acápite aspectos constitucionales que respondan a las inquietudes que arroja el caso que motiva esta tutela. En primer término, se planteará si hubo o no violación al derecho a la IDENTIDAD, específicamente en lo que tiene que ver con el sexo. Si hubo o no violación a la dignidad o al libre desarrollo de la personalidad.

Este caso plantea por otro aspecto, complejas situaciones objetivas derivadas del tiempo. Por un lado, está lo efectuado en la década pasada cuando la actitud de los médicos, del I.C.B.F., de los funcionarios judiciales, de las religiosas de la caridad, de la comunidad y aún de los mismos padres se orientaron para darle al menor un trato de mujer; aunque esto ocurrió antes de la Constitución de 1991 cuando no existía la acción de tutela, los efectos de la “readecuación de sexo” continúan proyectándose a través del tiempo. El otro aspecto se

patentiza en la presente década cuando la naturaleza del menor se rebela y lucha por su identidad masculina y hay que decir que en esta etapa el menor principia a contar con la aceptación de la comunidad y de sus padres (con las limitaciones obvias del subdesarrollo tan marcado de esa remota región campesina), de los funcionarios judiciales (en cuanto a la identidad jurídica) y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -I.C.B.F.- en lo referente al trato psicológico como hombre. Sólo los médicos que trataron a N.N. se mantienen hoy en su posición de creer como lo más adecuado que sea mujer. Todas estas conductas hay que examinarlas a la luz de la Constitución Política de la República de Colombia porque se trata de una acción de tutela donde hay que cotejar los hechos frente a los derechos y deberes fundamentales.

C- DERECHO A LA IDENTIDAD, A LA DIGNIDAD HUMANA Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

15. El derecho a la identidad

A continuación de modo singular se aborda el tema del derecho a la identidad, como manifestación del derecho a la dignidad inherente a toda persona humana y que cobra su mayor relevancia en el caso concreto, toda vez que el derecho vulnerado hace parte también de derechos garantizados por los pactos internacionales, desde antes de la Constitución de 1991.

Son derechos fundamentales “que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”.¹⁶

El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad¹⁷. La persona humana es dueña de si misma y de su entorno.

El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

Son todos estos “Derechos naturales o propios de la persona humana, que revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, con la inherencia a la naturaleza humana”.¹⁸

Es de aclarar que la conclusión de Bidart Campos al hablar de derechos inherentes a la naturaleza humana está fundamentada en el artículo 33 de la Constitución Argentina y en el artículo 29 literal c) del Pacto de San José de Costa Rica, similares al consagrado hoy en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia.

La manifestación del derecho a la identidad, en cuanto hace parte de la dignidad del hombre, exige que en su naturaleza esten presentes los elementos de esta última. En tal sentido Bidart Campos señala también:

“Hay que admitir que ella es inherente a su ser, a su esencia o naturaleza. O sea, hay que dar por verdad filosófica que el hombre es un ser, que tiene ser, esencia o naturaleza”¹⁹.

16. El derecho a la identidad y el interés jurídico superior del menor

La Asamblea Nacional Constituyente fue particularmente cuidadosa del interés jurídico superior del menor:

“ Cuando se dice que los ‘derechos del niño están primero que los derechos de los demás’ y

que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está por primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltrato que se escuchan y se ven aún sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos o priorizados. Muchas violaciones o atentados sexuales, mutilaciones o destrozos físicos o psicológicos se podrán evitar en el futuro gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones...”²⁰

El interés jurídico del menor se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor con el fin de darle un tratamiento preferencial, su naturaleza jurídica está integrada por elementos que de manera alguna pueden desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece elementos de coercibilidad y obligatoriedad de estricto cumplimiento o acatamiento por todos.

El interés superior del menor, en cuanto otorga un tratamiento especial de obligatorio acatamiento por todos, comporta una naturaleza que la lleva a ser determinada “Como una instrumentación jurídica con bases científicas y, por lo tanto flexible y adaptable a su desarrollo, así como idónea para la organización de un tratamiento digno y protector del menor. Lo que a su vez, permite distinguirla de la tradicional naturaleza jurídica formal de la institución del menor, la cual por lo tanto generaba desajustes con la realidad y, por consiguiente retroceso y perjuicio a los menores de edad , y consecuentemente a los mayores de edad del mañana”²¹.

Es así como el respeto al derecho a la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interés jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento”resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél.”²²

Por consiguiente, al defenderse la individualidad del menor, o en otros términos, su identidad, como un interés jurídico superior, es necesario afirmar que cualquier intromisión efectuada sin su consentimiento, constituyó una vulneración de sus derechos fundamentales. Pues la superioridad que contiene la naturaleza de este derecho fue precisamente establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como ser humano.

Otro aspecto sobre el que es indispensable hacer claridad, es que si bien el menor en virtud de su condición estaba sometido a la patria potestad de sus padres, y aún a la de los intereses del propio Estado, no podía condicionarse tal situación, como un menoscabo de su derecho a la identidad, en cuanto éste es un interés jurídico superior ampliamente protegido frente a los intereses de aquellos.

17. El derecho a la identidad y su fundamento la dignidad humana

El derecho a la identidad, y más específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho "Opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución".²³ El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la dignidad Humana.

Es bajo tal supuesto que lo consagrado en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la idea de que los derechos humanos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana (arts 1º y 5º), inherentes a su naturaleza.

Como se ve, en el derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud, es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser.

Este criterio, nos conduce a señalar cómo la estrecha relación presente entre el derecho a la

identidad y el interés autónomo, es garantizado constitucionalmente con una protección distinta y superior a los demás en cuanto al derecho de los niños se refiere y consagrado de manera expresa en la Constitución de 1991.

La dignidad humana supone unos valores básicos, en donde se reconoce que “En el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica”. En tal sentido también afirma Peces-Barba “Se trata del derecho a ser considerado, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad.”²⁴

La dignidad, base del derecho a la identidad, le otorga entonces su verdadero sentido, por cuanto establece sus contenidos y alcances lo cual implica una comprensión amplia de su naturaleza.

Efectuado el análisis anterior, entraremos a revisar en primer término, cómo el Derecho a la Identidad, se encontraba plenamente garantizado durante la vigencia de la Constitución de 1886 y de igual manera en los preceptos constitucionales que inspiraron la filosofía de la Constitución de 1991.

A partir de 1928 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia otorgó un valor prevalente a los tratados Internacionales sobre el ordenamiento jurídico legal. Normas estas últimas de naturaleza internacional, que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte del ordenamiento jurídico con carácter suprallegal. Estableciéndose así la fuerza coercitiva de preceptos a los cuales el Estado firmante, tiene el deber de garantizar su plena efectividad. Valor suprallegal expresamente contenido en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia y que también tenían pleno valor suprallegal, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia :

“ Agregáse a ello -continúa- que esa superioridad ha sostenido como doctrina invariable que “es principio de Derecho Público, que la Constitución y los Tratados Públicos son la ley suprema del país y sus disposiciones prevalecen sobre las simplemente legales que les sean contrarias aunque fuesen posteriores”.²⁵(Subrayas no originales).

Por otra parte el derecho a la identidad en la Constitución de 1886, debe ser mirado a la luz

de los bienes” justicia, libertad y paz” ampliamente protegidos por el preámbulo, principios fundantes que coinciden con los valores y principios de los tratados internacionales sobre derechos humanos. El preámbulo se constituye entonces en un sistema de carácter normativo, con fuerza vinculante.

Concepto aceptado por un grupo de magistrados de la Corte Suprema de Justicia que sobre la fuerza vinculante del preámbulo dijo en una ocasión :

.....Las Constituciones no tienen su fin en sí mismas; son instrumentos para la realización de los valores que una comunidad considera estimables y, entre ellos, el máximo es la justicia; de modo que, cuando se plantea una cuestión de constitucionalidad, el problema no solo es de legalidad formal, de validez lógica, sino esencialmente de justicia, de equidad pues las normas jurídicas solo existen y sirven en tanto permitan hacer vivos esos valores.”

”Si se quiere , por otra, parte vivificar la Constitución, ello exige entender que ella no sólo esta conformada por las normas positivas en que se expresa, sino por los principios implícitos en las mismas y por los valores enunciados como objetivo de su preceptiva; estas son instancias supra, aunque no extraconstitucionales, a las cuales es necesario referir toda interpretación y aplicación de las normas positivas, y su desconocimiento debe acarrear invalidez, inconstitucionalidad, pues todo lo que sea contrario al derecho, y un control de constitucionalidad que no tenga este enfoque es incompleto y carece de eficacia²⁶”

En otra oportunidad :

“Pues bien, debe recordarse que la estructura de la norma jurídica no se da en los ordenamientos siempre en esa forma tan simple y ejemplar, pues su mundo es más complejo y abigarrado, es decir, que la simple morfología de una expresión no es suficiente para realizar el juicio de identificarla como normativa ni para negarle dicho carácter, en efecto, en el derecho positivo hay verdaderas constelaciones de normas cuyo contenido de mandato, prohibición, permisión o condena no se conoce en si misma sino por referencias adicionales a otras normas que determinan la sanción correspondiente, para usar los términos del nuestro Código Civil. Aplicando este concepto al asunto que nos ocupa, se tiene que la invalidación de normas inferiores por ser contrarias a las normas del Preámbulo, sería consecuencia más que suficiente para dar a esta el carácter de norma jurídica, así esta consecuencia no haga parte de la expresión en que consiste dicho Preámbulo sino que resulta de su integración al

todo de la Constitución.”²⁷

La Corporación desde sus primeras Sentencia señaló:

“Esta Corte, estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política.

El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos.

El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.

Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.

Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro

nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.

Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene en utópico cuando se limita a la tarea de comparar entre sí normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable y sólido al conjunto.”²⁸

18.1 Determinado el rango supraconstitucional de los pactos internacionales ratificados por el Congreso, se concluye que es deber del Estado colombiano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. En efecto, esta disposición de orden constitucional, encuentra sustento en los contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos artículo 2º ord.2º, y del Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica artículo 2º.

“Este principio de efectividad encuentra perfecta correspondencia con la normatividad internacional en materia de derechos humanos y, en particular, con los deberes de respeto y garantía que los Estados tienen en este campo. En efecto, la Convención Interamericana y los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana art. 1º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord 1º). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (CP art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos (subrayas no originales)” los derechos humanos (Convención Interamericana art. 2º; Pacto de Derechos Civiles y Políticos art. 2º ord 2º). Ahora bien, la Corte Constitucional, en acuerdo con una doctrina muy autorizada en este campo, considera que entre las medidas “de otro carácter” deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas.”²⁹

El artículo 2º del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 23 de noviembre de 1969, y de carácter vinculante

en el orden Jurídico Interno de Colombia a través de la ley 16 de 1972, hace explícita la obligación estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, dándole a estos rango directamente constitucional. Tal disposición señala:

“Artículo 2º.- Deber de adoptar disposiciones del Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarios para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Las obligaciones que corresponden al Estado son en efecto múltiples, lo cual implica un compromiso colectivo de respeto y garantía de la dignidad humana. “Las obligaciones que asumen son complejas: reconocer tales derechos, garantizarlos frente al propio Estado y particulares, crear las condiciones de goce de una plena titularidad jurídica del ser humano. Dar cumplimiento a una obligación compleja sólo podrá realizarlo el Estado, si está inmerso en el sistema interno de normas y garantías legales, con publicidad, obligatoriedad y alcance general”.³⁰

“Una segunda consideración de su valor y obligatoriedad intrínseca de la naturaleza y contenido del convenio se trata de valores objetivos y vivos que se imponen por la dignidad de la persona humana y cotas progresivas de su personalización social y jurídica”.³¹

Hay que adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos.

Por consiguiente, las sentencias de los jueces -como medidas de otro carácter diferentes a las leyes- deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los Pactos.³²

En tal sentido Bidart Campos señala:

“La Corte tiene la posibilidad de modular de muy diversas maneras los efectos de sus

sentencias, pues la Constitución le permite adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permite asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución misma”.³³

Corresponde entonces tratándose de una materia de interés vital como los Derechos del Hombre, dar la eficacia jurídica a los Tratados Internacionales.

Esto nos permite desarrollar, que el contenido de distintos preceptos vinculantes en tratados internacionales determinaban desde ya, la plena protección del Derecho a la identidad, manifestación a su vez de la dignidad humana y garantía del libre desarrollo de la personalidad.

Aquí es importante tener en cuenta que toda la humanidad, en la Declaración de Teherán, suscrita por todos los países del mundo determinó la autovinculación de los Estados para hacer efectivo los derechos humanos y consagró:

“Artículo 6º.- Los Estado deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Así mismo, el artículo 29 del pacto de San José de Costa Rica suscrita el 22 de noviembre de 1969, aprobada mediante la ley 16 de 1972, con depósito del instrumento de ratificación el 31 de julio de 1973 y entrada en vigor el 18 de julio de 1978, establece un criterio amplio de interpretación, en cuanto a los efectos vinculantes que puedan tener otros actos de igual naturaleza. Es en este sentido, que la disposición anota:

Artículo 29. Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

.....

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.(Subrayas no

originales).

Hoy, en la Constitución de 1991, tal contenido quedó recogido en el artículo 94 que expresamente preceptúa:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ellos.”

De un lado, el artículo 29 inciso c) nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que aun cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

En igual forma, el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al consagrar en su numeral 1 “Toda persona tiene deberes respecto de la Comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”, así como lo preceptuado en el artículo 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, quedan expresamente garantizados por el literal c) del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29 establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y por otra parte otorga un amplio sentido de interpretación, de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar al derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.

Esta consideración, nos permite afirmar que el derecho a la identidad como derecho inherente a la persona humana para la época de ocurridos los hechos estaba plenamente garantizado, por cuanto la fuerza vinculante de pactos internacionales así lo determinaba al igual que la consagración del derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

En igual sentido, dentro de la protección a la dignidad humana, es de suma importancia retomar lo preceptuado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 22000 del 16 de

diciembre de 1966, y que entró en vigor en el orden interno del Estado Colombiano el 26 de marzo de 1976.

Artículo 7º.- “Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.(subrayas no originales).

Así mismo el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 5 consagra:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Nadie debe ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.....

Toda persona..... será tratada con el respeto debido a la dignidad humana.

La prohibición de la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes y la experimentación médica o científica sin el libre consentimiento de la persona, es la manifestación más concluyente de la comunidad internacional por la defensa y conservación de la integridad física y moral del ser humano. “Esta prohibición no sólo está presente en todos los instrumentos sobre derechos humanos, sino que además, no puede ser derogada nunca de los mismos, ni siquiera en caso de emergencia pública.”³⁴

De la afirmación anterior se colige que es en virtud del principio *ius cogens* como se determina la inderogabilidad de normas de carácter internacional. Así lo determina el artículo 64 de la Convención de Viena y el artículo 2 numeral 3 de la Carta de Naciones Unidas.

Artículo 64.

Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”

Visto lo anterior, resulta de vital interés, revisar cómo el derecho a la identidad del menor, es también expresamente garantizado por la Convención de los Derechos del Niño, que atendió

los criterios recogidos por la Declaración de los Derechos Humanos, y la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció:

Principio 6:

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;

En igual forma los distintos preceptos, determinados en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece en su preámbulo:

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Reconocimiento que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la declaración universal de derechos humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el Niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Artículo 8.

1. Los Estado Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin ejercidas ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos, está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sea por iniciativa de cualquier Estado (artículo 62 Pacto de San José de Costa Rica), o a solicitud de la Comisión Interamericana de derechos Humanos, previa evaluación de las denuncias de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización (art.44 Pacto de San José de Costa Rica).

La decisión de la Corte Interamericana en la protección de los derechos humanos, puede consistir en ordenar que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertad conculcados ; disponiendo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Y en caso de extrema gravedad y urgencia , y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere

pertinentes.(artículo 63 del Pacto de San José de Costa Rica).

E. EFICACIA DE LA TUTELA EN DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

19. La protección de los derechos fundamentales se expresa en ordenes para que la persona o entidad contra quien se dirige “actúe o se abstenga de hacerlo”, indica el artículo 86 de la C.P. Pero ya desde antes, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se estipuló que para defenderlos “los miembros se comprometen a tomar medidas”. Es importante hacer referencia a ello porque varios de los hechos que motivan esta tutela ocurrieron antes de la Constitución de 1991.

Hay que distinguir dentro de la decisión que se tomará , en primer lugar, el alcance y fundamento de la orden que se le dará al I.C.B.F. y en segundo lugar, la proyección de la orden hacia el Notario que cumplió lo determinado en el proceso de jurisdicción voluntaria. Y en cuanto a las personas naturales y jurídicas contra quienes también se orientó la tutela (médico, padres del menor, hospital) habrá una orden de abstención, ya decidida provisionalmente en auto de 29 de agosto de 1995, y esto se ratificará en la presente sentencia, convirtiéndose en definitiva la orden de que NO se continúe el tratamiento de readecuar el sexo hacia lo femenino porque esto no ha sido consentido por N. N., todo lo contrario, él insiste en su derecho a una entidad masculina, y, obviamente no permanecerá el menor bajo control de los médicos del hospital San Vicente de Paúl y de sus padres, aunque respecto de éstos, no perderán la patria potestad, se mantendrán las relaciones familiares, pero como lo primordial es el tratamiento integral que debe dársele a N. N. y ello es imposible lograrlo en el ambiente donde los padres están, hay que buscar otros horizontes porque los derechos del menor están por encima de los derechos de los demás.

Tanto en las órdenes como en la determinación de abstención es imperioso resaltar que el menor interpuso tutela para que se le respete su condición de hombre, figure en el registro con su original nombre de varón, no se lo continúe maltratando y “quiere ser lo que siempre ha sido desde que nació”. Como la eficacia y la legitimidad de lo que se determine debe tener un respaldo jurídico, eso se desarrollará a continuación.

20. La solidaridad en el estado social de derecho, y los DEBERES en la antigua y nueva Constitución.

Al menor se le debe prestar solidaridad, esto se infiere del inciso 2º del artículo 44 de la Constitución actual que dice:

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Además, la Convención del Niño se pronuncia en el mismo sentido, pero tanto ésta como la Constitución de 1991 son posteriores a varios de los hechos que motivan la presente tutela, entonces, se repite lo dicho antes: se acude a normas internacionales que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte de la normatividad interna.

Continuando con lo de los DEBERES: la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 29 reza:

“Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

Nótese como se unen los deberes con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y como tal determinación fue el consenso de diferentes corrientes de pensamiento (dentro de ellas la Católica); hay que concluir que no hay contradicción alguna entre los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los preámbulos de la Carta del 86 y el Plebiscito de 1957. Aunque sobre el tema de los deberes no hay problema interpretativo porque el artículo 9º de la Reforma Constitucional de 1936 (codificado como artículo 16 de la

antigua Constitución) ordena a las autoridades “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares”.

Menos dificultad interpretativa existe hoy cuando se habla de la solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho.

20.1. La Corte Constitucional ha dicho:

“Dichas asistencia y protección, corresponden en primer término a la familia, como núcleo esencial de la humana convivencia; pero corresponden también a la sociedad, en general, y al Estado, en particular, como ente rector de aquella cuando está organizada política y jurídicamente. Es claro que si el niño carece de una familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos, o bien porque éstos o, en su defecto, sus abuelos, hermanos mayores, u otros parientes cercanos, no cumplan con ese sagrado deber, la asistencia y protección incumbe directa e insoslayablemente a la sociedad y, a nombre de ésta, al Estado, a través de los organismos competentes para ello. Con esto se configura la intervención subsidiaria del Estado, a falta de una familia que cumple con las obligaciones antes señaladas.

El bienestar de la infancia, es una de las causas finales de la sociedad -tanto doméstica como política-, y del Estado; por ello la integridad física, moral, intelectual y espiritual de la niñez, y la garantía de la plenitud de sus derechos son, en estricto sentido, asunto de interés general. Son fin del sistema jurídico, y no hay ningún medio que permita la excepción del fin.

Pero no basta con el deber de asistencia, porque la Constitución obliga al Estado, a la sociedad y a la familia también a proteger al niño. Esta protección implica realizar las acciones de amparo, favorecimiento y defensa de los derechos del menor. Por ello el artículo 44 superior, concluye en su último inciso: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”; lo cual está en consonancia con el inciso tercero del artículo 13 de la Constitución que señala: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta (...)”.³⁵

20.2 La solidaridad social es inherente al Estado Social de Derecho (arts. 1º, 2º, 95-2 y Preámbulo de la C.P.):

“Este deber de prestar solidaridad es una muestra de que sí hay diferencia entre el Estado Social de Derecho y el viejo esquema del Estado de Derecho. En otras palabras, la Nueva Constitución difiere bastante de la 1886.

Recientemente la Corte Constitucional dijo:

“Con la evolución del Estado liberal y su tránsito al Estado Social de Derecho, el valor jurídico de los deberes ha variado de manera radical. Su incorporación en los textos constitucionales modernos, paralelamente a la idea de la Constitución como norma jurídica, son transformaciones políticas que otorgan una significación diferente a los deberes de la persona.

La concepción social del Estado de Derecho, fundado en la solidaridad, la dignidad, el trabajo y la prevalencia del interés general (CP art. 1), se traduce en la vigencia inmediata de los derechos fundamentales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales. El artículo 1º de la Constitución erige a la solidaridad en fundamento de la organización estatal. Los nacionales y extranjeros tienen el deber de acatar la Constitución y la ley, y son responsables por su infracción (CP arts. 4 y 6). De esta forma, los deberes consagrados en la Carta Política han dejado de ser un desideratum del buen pater familias, para convertirse en imperativo que vinculan directamente a los particulares y de cuyo cumplimiento depende la convivencia pacífica.

La Constitución, además de fijar la organización política básica del Estado y garantizar los derechos y las libertades públicas, constituye un marco general de conducta que vincula directamente a los particulares.³⁶

Este criterio es el desarrollo de lo expresado en la sentencia de 5 de junio de 1992:

“La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un estado social de derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. Esta importancia amerita un pronunciamiento de la Corte sobre el alcance de este concepto y sobre su sentido e interpretación, no sólo en el contexto internacional -del cual sin duda alguna se nutrió la Asamblea Nacional Constituyente- sino en la Constitución misma, vista como una norma autónoma. Para ello ninguna ocasión tan oportuna como la que se refiere a

la definición de los derechos económicos sociales y culturales y a su relación con el derecho de tutela.

A. Origen y delimitación conceptual

1. Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda

la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.

4. La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica..."³⁷

En resumen, hay un salto cualitativo cuando la seguridad jurídica ya no es el centro de gravedad de las instituciones sino que se ve desplazada por el valor de la justicia como realidad social. Es la superación de la retórica por lo pragmático. Y, dentro de este contexto se puede afirmar que el Estado Social de Derecho hunde sus raíces en el principio de solidaridad. El reconocimiento a la solidaridad puede ser estudiado en la tutela. Ha dicho la Corte:

"La solidaridad como modelo de conducta social permite al Juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo, con miras

a la protección, efectivo de los derechos fundamentales”³⁸

En conclusión, es principio fundandante de la Nueva Constitución la solidaridad. Lo era desde 1936, luego, hay vía libre para tomar determinaciones en la tutela que motiva este fallo.

20.3. En el caso concreto del menor N. N., la sociedad en general y el Estado en particular tienen que convertir la solidaridad en realidades para las cuales el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es la Entidad que posee la infraestructura y la posibilidad jurídica de contribuir con soluciones que respalden el derecho de N. N. a reafirmar, en la medida de lo posible, su IDENTIDAD solicitada en la tutela, pedida por escrito en su declaración dentro del expediente y explicitada ante esta Sala de Revisión en la diligencia que para tal efecto se practicó.

En la contribución a la solución hay que partir de estos soportes normativos, adicionales a las normas de rango constitucional:

-El artículo 3º del Código del Menor (decreto 2737/89) dice que:

“Cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asumirá el Estado con criterio de subsidiaridad” (se refiere a los derechos para un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social).

-El artículo 23 ibídem define al Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado uno de cuyos objetivos es tutelar los derechos de quienes integran la familia.

-El artículo 30 del mismo Código contempla los casos en los cuales un menor se halla en “situación irregular” dentro de ellos está el peligro físico o moral y la falta de atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. En el caso de esta acción de tutela el menor está discapacitado, no ha podido avanzar en sus estudios, está disminuida su capacitación ante la vida y requiere de urgente ayuda por parte del Estado.

-La medida de protección no siempre debe ser declararlo en situación de abandono o darle un “hogar sustituto” (medidas excepcionales y que exigen una justa ponderación) puede ser otra, como por ejemplo “la atención integral en un centro de protección especial” (arts. 82 y s.s. del Código del Menor), que en su más amplia acepción se aplicará en el presente caso. El criterio antes expuesto no se puede convertir en una camisa de fuerza para el I.C.B.F.puesto

que al cumplir este fallo hay que darle a las normas del Código del Menor una lectura de acuerdo con la efectiva protección a los derechos fundamentales, y, por lo tanto, si lo mejor que puede hacer el I.C.B.F. es atender al menor en un Centro de Protección Especial ello debe ir de la mano con la eficaz protección al menor discapacitado (arts. 222 y s.s. del Código del Menor) y con los demás instrumentos teóricos y prácticos que contribuyan a una real solución o acercamiento en lo posible a esa solución, inclusive, buscándose tratamiento médico en el exterior, si es del caso proyectando la capacitación laboral dentro del país, manteniendo el modelo de vida que el menor ha tenido como campesino que es, respetando su vocación, ideales y proyecciones, en fin, respetándosele su dignidad que es lo más importante.

Como este es un DEBER del Estado y como el I.C.B.F. facilitó en el año de 1987 la operación de “readecuación de sexo”, dándosele cobertura al propósito de los médicos y ubicando al menor en un hogar sustituto para que fuera factible la operación, entonces, LA PROTECCION ESPECIAL A DISMINUIDOS, consagrada en el artículo 47 de la Constitución, razonablemente no se puede suspender cuando N. N. llegue a los 18 años, sino que el tratamiento médico que se iniciare y el psicológico que ya está en curso (con la aceptación del paciente) se continuara hasta cuando un dictámen de un grupo interdisciplinario lo considere pertinente. Lo que se le ordena al I.C.B.F. es que mantenga la continuidad en la readecuación y tratamiento integral del menor que instauró la presente tutela.

Sería injusto e ilógico que la urgente atención médica iniciada en el I.C.B.F. en estos casos excepcionales se viera interrumpida. Además, el mismo Código del Menor tiene proyecciones más allá de los 18 años, por ejemplo, pedir la prórroga de la patria potestad para los deficientes mentales (art. 232 Código del Menor):

“Cuando el menor sufra de severa deficiencia mental permanente, sus padres o uno de ellos o el Defensor de Familia deberán promover el proceso de interdicción antes de cumplir aquél la mayoría de edad, para que a partir de ésta prorroga indefinidamente su Estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la ley”

O la adopción de mayores de edad (inciso 2º del art. 92 Código del Menor):

“Con todo, también podrá adoptarse al mayor de esta edad cuando el adoptante hubiere tenido el cuidado personal del adoptante antes de que éste cumpliera 18 años”.

Si ésto lo permite la ley, con mayor razón debe protegerse al discapacitado más allá de los 18 años cuando el I.C.B.F. lo ha venido tratando de tiempo atrás y cuando la protección es de rango constitucional.

21. Apreciaciones frente al cambio de nombre autorizado en un proceso de jurisdicción voluntaria.

El 10 de julio de 1987, el padre del menor otorgó poder “para que sea cambiado su sexo y nombre (de su hijo N. N.)” y en forma acelerada, el Juzgado que conoció el proceso de jurisdicción voluntaria consideró que:

“ha quedado plenamente establecida la necesidad de sustituir el nombre que se había fijado al menor, antes de sexo masculino, por otro que coincida con su sexo que ha pasado a ser femenino”.

Y se ordenó que en la Notaría se hiciera la corrección.

21.1 Hay que decir que el padre no podía otorgar poder para que se cambiara el sexo de su hijo, porque, se insiste, tal decisión sólo corresponde a la persona que quiere que su cuerpo tenga la mutación, significa lo anterior que el poder contiene un OBJETO ILICITO, puesto que viola derechos fundamentales, como ya se demostró; y, el Juez no podía avocar el conocimiento sin el poder directo del interesado, faltaba un presupuesto procesal y al hacerlo incurrió en una vía de hecho, y por este grave error terminó autorizando una sustitución de registro civil por presunto cambio de sexo, cuando el sujeto pasivo de ese “cambio” ni había autorizado que se le modificara su condición de hombre ni tampoco que de ahí en adelante se lo considerara como mujer sin serlo. En este aspecto, el ser humano, es libre de escoger su propio camino y un Juez no puede torcérselo por petición de otra persona.

21.2 Hay que resaltar que los actos relativos al estado civil (como el de modificación de nombre en una partida) son en sí actos administrativos aunque requieran la actividad del juez, mediante el llamado proceso de jurisdicción voluntaria. Por eso los constitucionalistas Fix Zamudio y Cappelletti los califican como simple acto administrativo. El propio Calamandrei considera como equívoca la calificación de jurisdicción que se le da a la jurisdicción voluntaria. Y, Hernando Morales, aunque habla de la semejanza a la jurisdicción, recuerda:

“Tales actos se denominan de jurisdicción voluntaria o graciosa, palabra ésta derivada de la jurisdicción que en forma de gracia ejercía el Pretor en Roma y que posteriormente pasó a los Cónsules, quedando aquél con la jurisdicción contenciosa. La jurisdicción voluntaria, una parte de los autores opina que no constituye propiamente actividad jurisdiccional sino administrativa confiada a autoridades judiciales, pues sus resoluciones tienen un valor precario y no hacen cosa juzgada”³⁹

Si el llamado proceso de jurisdicción voluntaria, propiamente no es un proceso judicial, entonces, es difícil ubicar la decisión dentro de las no susceptibles de tutela. Y si la decisión en la “jurisdicción voluntaria” es precaria, es posible que mediante tutela se den órdenes que alteren el fallo en la “jurisdicción voluntaria” siempre y cuando estén de por medio los derechos fundamentales.

21.3 Hay que aclarar, no obstante, este aspecto ya estudiado en esta Sala:

“La corrección del registro civil de las personas tiene dos caminos, ya sea a través del funcionario responsable del registro o acudiendo a la justicia ordinaria, como se verá a continuación.

La función registral, en relación con la corrección del estado civil, se encuentra dividida en comprobaciones declarativas como fórmula general y comprobaciones constitutivas excepcionalmente, tomando en cuenta que siempre se presenta una comprobación, mas no una valoración, pues esta última implica la indeterminación de lo examinado.

Así el artículo 89 del Decreto No. 1260 de 1970, modificado por el artículo 2º del Decreto No. 999 de 1988, establece que “las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas, solamente podrán ser alteradas en virtud de decisión judicial en firme o por disposición de los interesados”. Esta disposición autoriza la alteración de la inscripción, ya sea por sentencia judicial o por disposición de los interesados, sin brindar elementos que distingan claramente la competencia del juez y del funcionario responsable del registro civil respecto de la corrección del estado civil.

La interpretación de la norma anterior, de acuerdo a lo expuesto, llevaría a pensar que el trámite de corrección notarial sólo debe corresponder a la confrontación de lo empírico con la inscripción para de este modo lograr que la situación jurídica del solicitante responda a la

realidad..

Es de mérito anotar que el simple cambio de nombre, no significa el cambio de sexo⁴⁰, debido a que el nombre a pesar de ser un elemento indicativo del sexo, no tiene poder definitorio respecto a este último.

Es que no tiene explicación procesal alguna que un tercero se presente a pedirle a la justicia que se reconozca el cambio de sexo de “otro” que nunca ha consentido en ello, y, si un Juez acepta pretensión “contra natura” habrá que concluir que actuó dentro de una clásica vía de hecho susceptible de enmendarse mediante la tutela.

Antes de entrar a las órdenes a dar es necesario resaltar situaciones que gravitan sobre este caso:

CAPITULO III

DETERMINACIONES

a. El I.C.B.F., en la actualidad, es la única entidad en la cual el menor tiene confianza, por los servicios de asistencia que viene prestando.

b. El menor se encuentra hoy en un medio donde es difícil adecuar la cultura para lograr su identidad sexual. Aunque tampoco desea un rompimiento con su familia, de todas maneras ésta no ofrece el clima adecuado para tan compleja terapia.

c. 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 pseudo hermafrodita, 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.
- La investigación sobre la conducta profesional de los médicos que propiciaron e hicieron el tratamiento de readecuación de sexo o transformación de órganos sexuales corresponde adelantarla al Tribunal de Ética Médica.
- La presunta responsabilidad civil que implicaría una indemnización de perjuicios se tramita mediante proceso ordinario, luego no se condenará en perjuicios en esta tutela, ya que le queda al joven una vía para acudir a la jurisdicción ordinaria; como se trata de un menor desprotegido para adelantar esa posible acción reparatoria, se le solicitará al Defensor del Pueblo la asistencia jurídica para que, si el menor lo acepta, se inicie y adelante el correspondiente juicio de responsabilidad civil.
- Y, en cuanto lo principal: la orden para hacer real la solidaridad que merece el menor por la vulneración de sus derechos fundamentales, ésta se dará al I.C.B.F. según ya se ha explicado.
- Por último, se ratificará la orden dada al Notario de mantener en el Registro Civil el nombre de varón que identificó inicialmente a quien instauró la tutela.

En mérito de lo expuesto la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO: REVOCANSE los numerales primero y tercero de la sentencia del 23 de mayo de 1995 proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil, fallo materia de revisión.

SEGUNDO: CONCEDASE la tutela al menor cuya identificación aparece en la solicitud y por lo tanto se le protegen los derechos fundamentales a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

TERCERO: ORDENASE al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar , representado por su

Director, que le preste a la persona vulnerada a cuyo nombre se instauró la tutela, la protección adecuada consistente en el tratamiento integral físico y psicológico requerido para la readecuación del menor, previo consentimiento informado, y en relación con la mutilación sufrida y a la cual se ha hecho referencia en este fallo. Este tratamiento integral podrá tener continuidad más allá de los 18 años siempre y cuando un grupo científico interinstitucional lo considere conveniente. El mismo grupo interinstitucional, junto con el correspondiente Defensor de Menores, hará el seguimiento al tratamiento.

CUARTO: CONFIRMASE el numeral segundo de la sentencia de revisión en cuanto ordenó la corrección del registro civil de nacimiento.

QUINTO: ENVIESE copia de esta sentencia al Tribunal de Ética Médica para lo que estime pertinente.

SEXTO: ENVIESE copia de este fallo a la Defensoría del Pueblo para que, si el menor lo acepta, se designe por el Defensor del Pueblo un abogado que inicie el correspondiente juicio de responsabilidad civil por el daño sufrido por el menor debido a la “readecucación de sexo” o “transformación de órganos sexuales”, practicada sin su consentimiento.

SEPTIMO: El Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil, que conoció en primera instancia, VIGILARA el cumplimiento de esta sentencia.

OCTAVO: El correspondiente defensor de menores mantendrá informado al Tribunal de Antioquia sobre el cumplimiento de lo ordenado.

NOVENO: COMUNIQUESE este fallo al Tribunal Superior de Antioquia, Sala Civil, para la notificación y efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

DECIMO: GUARDESE la reserva expresada en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1Auto de abril 15 de 1994. Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-27441.

2Auto Septiembre 14 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía. Expediente T-16617.

3 En la medida que genéticamente se continúa teniendo el género original.

4 La Corte Constitucional, ha entendido por CURACION no solo la derrota de la enfermedad, sino el alivio de la misma.

5Para el profesor José Alejandro Bonivento, "Los Principales Contratos Civiles", pág 448, esta forma de prestación de servicios profesionales está colocado dentro de lo estatuido en el artículo 2144 C.C. y es mandato.

6 JEAN PENNEAU, la responsabilidad medicale, p. 68.

7 Derecho a la Salud y Constitución Española: Problemática del consentimiento y derecho de rechazo al tratamiento en el ordenamiento jurídico sanitario. ANTONIO PEDREIRA ANDRADE. Conferencia.

8Ver sentencias T-548/92. MP Ciro Angarita Barón; T493/93 MP Antonio Barrera Carbonell; T-401/94 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

9Gerald Dwoekin. "El parternalismo"

10Carlos Santiago Nino. "La autonomía constitucional" en Cuadernos y Debates. No 37.

Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p 67.

11 Ver sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3

12 Sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3

13 Gerald Dworkin. Op-cit, p 156.

14 “El querer me pertenece” decía San Pablo. Se hace esta cita porque cuando se efectuó la operación en 1987, el Estado reconocía a la religión católica como la de la Nación.

15 Magistrados Ponentes: Jaime Sanin Greffenstein y Jairo Duque Pérez

16 Ver Truyol y Serra Antonio, Los Derechos Humanos, Editorial Tecnos , 1984, pág 11.

17 Ver, Ilva Myriam Hoyos ,El Concepto de persona y los derechos humanos Universidad de la Sabana, 1991, Pág 128.

18 Ver, Bidart Campos, German J, Teoría General de los derechos humanos, Editorial Astrea, 1991 Pág 4.

19 Ibidem, pág 72.

20 Ponencia de la Subcomisión Primera, presentada a la Comisión V en la asamblea Nacional Constituyente.

21 Laffont Pianetta Pedro, Compilación legislativa , Doctrinaria y de jurisprudencia relacionada con el menor, 1994 , Pág

22 Ibidem, pág 25.

23 OP. Bidart Campos, pág

24 Ibidem, pág 73.

25 Ver, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta Magistrado Ponente Enrique A. Becerra.

26 Ver, Sentencia N° 51 de la Corte Suprema de Justicia, Mayo diez y nueve de mil novecientos noventa y ocho. Magistrados Ponentes Hernando Gómez Otalora y Jaime Sanín Greiffenstein .

27 Ver, Salvamento de Voto de los Magistrados Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greiffenstein, Gustavo Gómez Velásquez, Jairo E. Duque Pérez, Lisandro Martínez Zuñiga de la Sentencia N° 51 de mayo diecinueve de mil novecientos ochenta y ocho.

28 Sentencia N° C-479 /95, Magistrados Ponentes Doctores Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo.

29 Sentencia C-109/95, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, Pág. 27.

30 Ver. Espada Luisa María Ramos, El efecto directo y los tratados internacionales suscritos por España. pág 1204.

31 Ibidem.

32 Sentencia C-109/95, Magistrado ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, Pág 27.

33 Bidart Campos , Germán, Revista El derecho , Universidad Católica, Argentina Buenos Aires, pág.1 , julio 6 de 1995.

34 Karel Vasak, La dimensión Internacional de los derechos humanos. serbal/Unesco pág 126.

35 Sentencia T-29/94, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

36 Sentencia T-125, de 14 de marzo de 1994, Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

37 Sentencia T-778/92, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

38 Sentencia T-125/94, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

39 Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, 10a. Edición, p.30.

40 Corte Constitucional. Sentencia No. T-594 del 15 de diciembre de 1993. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.