

T-622-14

Sentencia T-622/14

ESTADOS INTERSEXUALES-Clasificación

ESTADOS INTERSEXUALES-Problemas que enfrentan las personas que lo padecen

Los estados intersexuales cuestionan una de las convicciones sociales y culturales más profundas, toda vez que pone en tela de juicio la existencia biológica de sólo dos sexos; el masculino y el femenino. Esta situación a nivel cultural ha llevado a que las personas que nacen con estados intersexuales, se les trate como individuos que sufren un trastorno físico, y por ende, requieren de un tratamiento y una cirugía médica de readaptación o resignación que defina necesariamente alguno de los dos sexos. Desde su nacimiento, los padres de estos seres humanos se enfrentan a la disyuntiva de tomar la decisión unilateralmente de operar y decidir por ellos su sexo biológico, según las recomendaciones médicas, o esperar a que sea el mismo niño o niña quien decida cuando alcance un nivel de madurez suficiente.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Edad

La Corporación admite que es el menor de edad quien debe decidir si se realiza o no la operación de asignación de sexo y todo lo que ello implica, en virtud del respeto de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la autonomía personal.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Prevalencia

Esta Corporación concluyó que a medida que el infante crece, adquiere mayor autonomía y por ello debe respetarse con un margen más amplio su libre desarrollo de la personalidad, pero esto debe ir en compañía de apoyo psicológico y de sus padres, así como de la información suficiente sobre los tratamientos más benéficos en su condición de ambigüedad sexual.

ESTADOS INTERSEXUALES Y AMBIGÜEDAD GENITAL DE INFANTE-Desarrollo jurisprudencial

HERMAFRODITISMO-Línea jurisprudencial sobre los requisitos del consentimiento sustituto informado de los padres para las cirugías de asignación de sexo y remodelación genital

ESTADOS INTERSEXUALES-Debates actuales sobre el reconocimiento

A nivel comparado e internacional, las discusiones sobre el tratamiento de individuos con estados intersexuales se ha ido modificando, pues existe una tendencia a afirmar que las cirugías de reasignación de sexo no son de naturaleza urgente, y en cambio generan efectos irreversibles para el desarrollo autónomo de la persona. A partir de esta reflexión se pretende cambiar la tesis que hasta ahora ha prevalecido sobre la oportunidad de las cirugías y permitir que sea el mismo niño, niña, adolescente o adulto, quien otorgue el consentimiento previo libre e informado y decida, al tiempo que lo desee, si se realiza o no una cirugía. Así pues, existen países en los que se ha incorporado protocolos o guías médicas con el fin de asegurar el respeto de los derechos a la igualdad y no discriminación, la intimidad y la identidad sexual.

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL-Vulneración por parte de EPS por no adelantar y tomar oportunamente las medidas necesarias para que el proceso de reasignación de sexo que desea el menor cumpla con un consentimiento informado, cualificado y persistente

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL-Orden a EPS y Medicina una vez prestada la asesoría médica y que los padres estén informados de las consecuencias de llevar a cabo la cirugía y tratamientos de asignación de sexo, consultar al niño acerca de la decisión final adoptada

Referencia: expediente T-4.335.550

Acción de tutela instaurada por Natalia en representación y nombre de su hijo Pablo contra la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A.

Derechos fundamentales invocados: dignidad humana, identidad sexual, personalidad jurídica, salud, vida digna y seguridad social.

Temas abordados: (a) problemas que enfrentan las personas en condición intersexual, (b) los estados intersexuales en menores de edad y la importancia del consentimiento informado y (c) debates actuales sobre el reconocimiento de los estados intersexuales.

Problema jurídico: le corresponde a la Sala establecer si la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. vulnera los derechos fundamentales del menor Pablo al no haberle realizado la cirugía de reasignación de sexo que solicita.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Martha Victoria Sáchica de Moncaleano (E) y Luís Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de instancia proferida el 11 de febrero de 2014, por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral, Antioquia, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Natalia, en representación y nombre de su hijo Pablo[1], contra la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral, Antioquia, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección No. 5 de la Corte, el 15 de mayo de 2014[2], eligió para efectos de su revisión el asunto de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD

La señora Natalia en representación y nombre de su hijo Pablo solicita al juez de tutela que ampare sus derechos fundamentales a la dignidad humana, identidad sexual, personalidad jurídica, salud, vida digna y seguridad social, y en consecuencia, se ordene a la entidad accionada brindar toda la atención integral al menor Pablo, incluyendo las cirugía de

reasignación de sexo y los demás exámenes de procedimiento que se necesiten.

1.2. HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA

1.2.1. La señora Natalia interpuso acción de tutela en representación de su hijo, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la identidad sexual, a la seguridad social y a la salud.

1.2.2. Relata que su hijo de 11 años de edad padece, según diagnóstico, de “ambigüedad sexual” - hermafroditismo masculino-, como se evidencia en la historia clínica aportada por la medicina SURA EPS.

1.2.3. Señala que su hijo inicialmente fue inscrito en el registro civil con sexo femenino, pero debido a que evidenciaron que tenía una inclinación sexual masculina, se tramitó un cambio en su registro civil a los 6 años de edad; no obstante, en la tarjeta de identidad del menor aún aparece con sexo femenino.

1.2.4. Aduce que la Comisaria de Familia del Carmen de Viboral, Antioquia, realizó entrevista al menor mediante la cual manifestó “yo he asistido a la EPS Sura porque estamos tramitando una operación porque tengo órganos sexuales femeninos y masculinos, pero yo quiero quedar con órganos masculinos porque yo me siento hombre y me siento atraído por las mujeres” (fl. 10).

1.2.5. La actora resalta que el menor ha recibido atención psicosocial por parte de la misma Comisaria de Familia y es allí donde se evidenció que él está de acuerdo con la realización del procedimiento quirúrgico de intersexualidad.

1.2.6. Aclara que la Comisaria de Familia inició actuación administrativa y proceso de restablecimiento de derechos, conforme al artículo 52 de la Ley 1098 de 2006, a favor del menor y emitió auto el 14 de noviembre de 2013 en el que ordenó su ingreso a un proceso psicológico, un dictamen pericial, y dictó como medida de urgencia la orden de que la EPS Suramericana realizara las intervenciones y tratamiento respectivos para restablecer la identidad al niño.

1.2.7. Finalmente, alega que ha buscado ayuda en distintas instituciones con el fin de que se le brinde a su hijo un apoyo psicológico y médico adecuado en razón de los tratamientos

discriminatorios a los que ha sido sometido. Al respecto, precisa que la EPS Suramericana ha sido negligente en el trámite de la autorización para la realización de la cirugía de reasignación de sexo, pese a las recomendaciones de la Comisaria de Familia.

1.3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral, mediante auto del 28 de enero de 2014, admitió la demanda y concedió dos días a la parte demandada para pronunciarse sobre los hechos en que se fundamenta la acción.

1.3.1. La EPS Suramericana señaló que el 25 de septiembre de 2013, el menor de edad asistió a la IPS Sura de Rionegro a consulta con médico general, donde la madre manifestó que el primero sufre de hermafroditismo, sin acreditar estudios previos. El médico estableció que era necesario comenzar un estudio de fondo para determinar si el niño tiene cualidades congénitas de mujer o de hombre, por tanto, fue remitido al médico pediatra y se ordenó cariotipo para estudio genético y definición de sexo. Relató que posteriormente, el 15 de enero de 2014, el menor fue evaluado por el médico pediatra quien evidenció una mala definición de los genitales, por tanto lo remitió para evaluación de endocrinología y ordenó ultrasonografía de abdomen total y testicular. También asignó cita de control por pediatría para los siguientes tres meses.

Expresó que el 20 de enero de 2014, el menor fue valorado por endocrinólogo pediatra, sin embargo, aclaró que a esta consulta el paciente asistió sin los resultados de las ultrasonografías de abdomen y testicular, en razón a que no se las había practicado. En la consulta se ordenó estudio hormonal, se remitió a genética y se asignó nuevamente cita con endocrinólogo pediátrico con los resultados de los procedimientos ordenados.

Con base en el recuento anterior, la EPS Suramericana afirmó que su conducta no ha sido negligente, sino que, por el contrario, se están realizando los estudios necesarios para determinar las cualidades congénitas del niño y la pertinencia o no de un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo. Alegó que no ha procedido a ordenar la cirugía, toda vez que no existe aún prescripción médica que requiera.

1.4. DECISIONES JUDICIALES

1.4.1. Decisión de primera y única instancia – Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Carmen de Viboral, Antioquia.

Mediante sentencia proferida el 11 de febrero de 2014, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Carmen de Viboral decidió denegar la acción de tutela impetrada. Sin embargo, requirió a la EPS Sura para que brindara y prestara al menor Pablo todo el tratamiento integral para el manejo de la patología “pseudohermafroditismo masculino, no clasificado en otra parte”, de acuerdo a las prescripciones médicas expedidas por los especialistas tratantes.

Consideró el a quo, que la EPS no ha negado los servicios médicos al menor, pues no existe ninguna orden médica para los procedimientos quirúrgicos que solicita la madre. Igualmente argumentó que el consentimiento expresado por el niño en la entrevista en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos ante la Personería Municipal, es un elemento esencial, pero debe ir acompañado de una valoración médica. En palabras del juez:

“Entiende esta Agencia Judicial que dicha acción de tutela es coadyuvada por el Personero Municipal doctor Leonardo Arístizabal Zuluaga, no con base en una orden médica para la práctica de una cirugía, sino con base en la entrevista que le hicieron al menor [Pablo] en la Comisaría de Familia de la localidad, donde manifiesta que le gustaría que le realizaran una cirugía para quedar con órganos sexuales masculinos, porque se siente un hombre; además manifiesta el consentimiento para la realización de dicha cirugía (...) Esta Agencia Judicial comparte el proceso de Restablecimiento de Derechos que abre la Comisaría de Familia, pero hay que respetar y continuar con cada uno de los procedimientos y trámites médicos que le deben practicar al menor afectado, para que la ciencia médica determine cuándo y qué cirugía se le debe practicar (...)”.

1.5. PRUEBAS

1.5.1. Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia de la tarjeta de identidad de Pablo (fl. 8).
- Copia del cuestionario realizado al menor por la Comisaría de Familia de 8 de

noviembre de 2013 (fl. 10-12).

- Copia del auto que abre el proceso de restablecimiento de derechos a favor del niño Pablo y se ordena práctica de pruebas en el proceso administrativo (fl. 13).
- Copia de resultados médicos del 27 de noviembre de 2013, cariotipo de sangre que muestra un cariotipo masculino (fl. 14-16).
- Reportes de la historia clínica hojas de evolución emitidas por la EPS (fl. 20-24).

1.5.2. Pruebas solicitadas en Sede de Revisión

Mediante auto del 2 de julio de 2014, el Magistrado Sustanciador solicitó la práctica de las siguientes pruebas:

“PRIMERO: COMISIONAR a la Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Carmen de Viboral, Antioquia, para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de este auto, practique un INTERROGATORIO DE PARTE a la señora Natalia[3], accionante en el proceso de la referencia, para que amplíe la acción de tutela e informe a la Sala (i) cómo ha sido el proceso de crecimiento de Pablo[4] a lo largo de estos 12 años que cumple, (ii) si había solicitado antes la realización de la operación de su hijo Pablo conforme a su consentimiento y (iii) por qué hasta ahora deciden acudir a la operación de ambigüedad genital. De la misma forma, allegue todos los documentos que tenga en su poder sobre la historia clínica del niño.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A., que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, (i) allegue la historia clínica completa del paciente, (ii) informe en qué estado se encuentran los tratamientos y exámenes, y si ya se realizó alguna operación en virtud de su condición hermafrodita o de ambigüedad genital, (iii) aclare, con base en conceptos del médico tratante y los especialistas que han conocido del caso concreto, si existe un protocolo médico a seguir en casos de hermafroditismo, y en caso de tenerlo, expliquen detalladamente las condiciones para admitir el procedimiento quirúrgico -los exámenes previos que deben hacerse, etc-, (iv) precise cuáles son los eventuales riesgos que pueden existir si no se adelanta la operación y si se requiere o no tratamientos posteriores, y (v)

explique cómo se adquiere el consentimiento informado del paciente en los casos de ambigüedad genital o hermafroditismo como el que se presenta.

TERCERO: Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, PONER EN CONOCIMIENTO a la Registraduría Nacional del Estado Civil de la tutela, sus anexos y fallos de instancia, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, manifieste todo lo que estime pertinente sobre el caso en referencia. Para el efecto, se le remitirá copia completa de la demanda y sus anexos.

CUARTO: Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, PONER EN CONOCIMIENTO a la Defensoría del Pueblo de la tutela, sus anexos y fallos de instancia, para que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, manifieste lo que estime pertinente sobre las problemáticas que se formulan en el caso concreto. Para el efecto, se le remitirá copia completa de la demanda y sus anexos.

QUINTO: Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, PONER EN CONOCIMIENTO al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, de la tutela, sus anexos y fallos de instancia, para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, manifieste lo que estime pertinente sobre las problemáticas que se formulan en el caso en referencia, específicamente, en lo relacionado con los derechos de la niñez en situaciones de hermafroditismo. Para el efecto, se le remitirá copia completa de la demanda y sus anexos.

SEXTO: Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, INVITAR a las siguientes instituciones, para que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del presente auto, emitan un CONCEPTO TÉCNICO sobre los problemas jurídicos que plantea el proceso bajo revisión. Para el efecto, se les remitirá copia completa de la presente providencia a la Academia Colombiana de Medicina, a la Organización Panamericana de la Salud, a la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Javeriana, a la Escuela de Medicina y Ciencias de la Salud de la Universidad del Rosario, a la Facultad de Medicina de la Universidad de Los Andes, a la Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes a la Directora

de Departamento, a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, a la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional, concretamente la Escuela de Estudios de Género, a la Organización no gubernamental “Colombia Diversa” y al Centro de Estudios de Derecho y Justicia –“DeJusticia”.”

Sobre lo allegado y aportado por las entidades requeridas, se hará referencia en el análisis del caso concreto.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe estudiar si la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. vulnera los derechos fundamentales del menor de edad Pablo al no realizarle la cirugía de reasignación de sexo que solicita

En ese orden, la Sala, en primer lugar, hará referencia de manera general a los problemas que enfrentan las personas que nacen en estados intersexuales, en segundo lugar, reiterará la jurisprudencia constitucional que ha analizado los estados intersexuales en menores de edad y la importancia del consentimiento informado para las intervenciones médicas requeridas, en tercer lugar, identificará los debates que actualmente se presentan con el reconocimiento jurídico de las personas intersexuales y, en cuarto lugar, pasará a resolver el caso concreto.

2.3. PROBLEMAS QUE ENFRENTAN LAS PERSONAS EN ESTADOS INTERSEXUALES

La intersexualidad o hermafroditismo es comúnmente definida como la situación en la que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o

masculina culturalmente vigente. Se presenta cuando la persona nace con ambos sexos, es decir, con órganos sexuales, tanto externos como internos, del sexo femenino y masculino[5]. En la literatura médica, estudiada por esta Corporación en la sentencia SU-337 de 1999 y reiterada a lo largo del tiempo, se señaló lo siguiente sobre el significado y tratamiento médico de los estados intersexuales:

“31- Estos trastornos del desarrollo y de la diferenciación sexual, que en general la literatura médica caracteriza como ‘estados intersexuales’, suelen clasificarse, desde finales del siglo pasado, en tres grandes grupos. De un lado, encontramos los llamados “hermafroditas verdaderos”, que son casos poco frecuentes y se caracterizan porque son personas que en general, aunque no obligatoriamente, tienen un cariotipo XX y presentan los dos tipos de tejido gonadal, ya sea porque tienen testículo y ovario simultáneamente, o porque poseen lo que se denomina un ‘ovotestes’ (mitad testículo y mitad ovario). De otro lado, están los ‘pseudohermafroditas masculinos’, que son individuos con sexo genético XY y testículos, pero que presentan genitales ambigüos, por lo cual se suele hablar de un hombre mal virilizado. Estas personas pueden presentar, en algunos casos, genitales externos que son muy femeninos, y pueden poseer entonces un introito vaginal, un clítoris normal o ligeramente aumentado de tamaño, o un pene muy pequeño. Por último, existen otros casos clasificados como de ‘pseudohermafroditismo femenino’, que son individuos con sexo genético XX, con ovarios, pero con genitales ambigüos, o bastante masculinos, por lo cual se habla a veces, de mujeres virilizadas.

(...)

33- Las causas de los trastornos que generan la ambigüedad genital y los estados intersexuales son muy variadas y se relacionan con aspectos genéticos, efectos hormonales intrínsecos en el embrión, o incluso algunas influencias externas durante el desarrollo embrionario. Para comprender su lógica, es necesario tener en cuenta que el proceso de diferenciación sexual es gradual. Así, primitivamente existe una gónada indiferenciada. Igualmente, en las primeras semanas de gestación, el embrión internamente posee tanto los conductos de Wolff, que producirán los órganos masculinos, como los de Muller, que dan origen a los órganos femeninos. Y externamente, existe una estructura anatómica común, el tubérculo genital, que puede dar lugar tanto a la formación del pene y del escroto, como al desarrollo de la vagina y de los labios. De manera muy esquemática, la fecundación

determina el sexo genético y cromosómico del embrión, de manera tal que si el cariotipo es XY, la gónada primitiva se convierte generalmente en tejido testicular, y si es XX dará lugar a los ovarios. A su vez, los testículos producen hormonas masculinas (andrógenos), cuya presencia determina la formación de los órganos sexuales masculinos y bloquea el desarrollo de las estructuras femeninas; por el contrario, en caso de que esos andrógenos no actúen, entonces el embrión tiende a desarrollar órganos femeninos, que es lo que a veces se denomina el 'principio de Eva', según el cual, la naturaleza tiende a formar órganos sexuales externos femeninos, salvo que exista una descarga de andrógenos que provoque la diferenciación y formación de los genitales masculinos”.

Igualmente la Academia Nacional de Medicina[6] afirma al respecto que “los trastornos o anomalías de diferenciación sexual, incluyen una amplia gama de patologías originadas por defectos en algunas etapas del desarrollo fetal que comprometen el desarrollo normal del sexo genético (cromosomas, cariotipo), del sexo gonadal (ovarios y testículos) y del sexo genital (masculino y femenino) (...) [l]os trastornos de diferenciación sexual se deben manejar como una urgencia médica y social. Médica, por su gran complejidad; en algunas patologías hay compromiso del aparato urinario y rectal o trastornos endocrinos que ponen en riesgo la vida de estos niños; y social, porque definitivamente el sexo del recién nacido es muy importante para la familia y todos los que lo rodean”[7] (Énfasis de la Sala)

Como puede verse, los estados intersexuales cuestionan una de las convicciones sociales y culturales más profundas, toda vez que pone en tela de juicio la existencia biológica de sólo dos sexos; el masculino y el femenino. Esta situación a nivel cultural ha llevado a que las personas que nacen con estados intersexuales, se les trate como individuos que sufren un trastorno físico, y por ende, requieren de un tratamiento y una cirugía médica de readaptación o resignación que defina necesariamente alguno de los dos sexos.

Desde su nacimiento, los padres de estos seres humanos se enfrentan a la disyuntiva de tomar la decisión unilateralmente de operar y decidir por ellos su sexo biológico, según las recomendaciones médicas, o esperar a que sea el mismo niño o niña quien decida cuando alcance un nivel de madurez suficiente.

La jurisprudencia constitucional[8] y el derecho comparado[9] han intentado valorar estos casos teniendo en cuenta los derechos a la identidad y libre desarrollo de la personalidad

del individuo intersexual. Así, existe la tendencia de respetar en la mayor medida el consentimiento informado del niño que se va a intervenir quirúrgicamente, pues “cuando una persona es biológica y naturalmente intersexual el factor determinante para la clasificación de su género será aquél que el individuo, como principal afectado, alcanzando la mayoría de edad y con buenas e informadas razones, se sienta como hombre o mujer”[10]. Sin embargo, cuando existen riesgos a la salud y la vida digna del individuo que exigen de una operación urgente conforme concepto médico, es procedente el consentimiento sustituto de los padres, el cual debe ser cualificado y persistente[11].

Del mismo modo, el nacimiento de un individuo en estado intersexual genera problemáticas en el reconocimiento legal ante el registro público del Estado, toda vez que sólo se concibe el sexo masculino o femenino, y por tanto, en el afán y la presión de otorgarle alguno de los dos, los médicos y padres deciden realizar la operación, que en ocasiones no se requiere para la salud e integridad física del bebé[12]. El riesgo que se corre en estas situaciones es que el niño o niña que llega a un umbral de edad suficiente para concebirse sexualmente, puede preferir otra identidad a la escogida previamente por los terceros, lo que provoca conflictos psicológicos y en el desarrollo personal del mismo individuo[13].

Por otra parte, cabe señalar que las personas en estados intersexuales también se enfrentan a lo largo de su desarrollo a tratos discriminatorios por su apariencia sexual física. Por ejemplo, en establecimientos carcelarios donde se realizan inspecciones corporales, son vulnerables, pues por no tener un sexo definido biológica y físicamente, pueden ser sujetos de actuaciones arbitrarias. Igualmente, sucede en el desenvolvimiento de su vida íntima[14].

Con base en lo anterior, la Sala puede identificar en términos generales tres problemáticas concretas a las que se enfrentan los individuos que nacen con estados intersexuales: en primer lugar, al ser un trastorno genético congénito –en términos médicos-, se discute hasta qué tiempo deben ser los padres del individuo en estado intersexual, quienes otorguen el consentimiento previo, libre e informado para autorizar la cirugía de resignación o readaptación de sexo y los tratamientos hormonales, y hasta qué punto debe esperarse que sea el mismo niño o niña quien decida; en segundo lugar, las personas en estados intersexuales no tienen un reconocimiento legal –registro civil-, pues no encajan dentro de los sexos culturalmente vigentes, lo que tiene como consecuencia una situación mayor de

vulnerabilidad; y en tercer lugar, están expuestos a tratos discriminatorios debido a la ambigüedad sexual que tienen y que no es aceptada como “normal” en la sociedad.

El siguiente acápite se concentrará en analizar la primera de las problemáticas expuestas, específicamente cómo la jurisprudencia constitucional en Colombia ha interpretado el consentimiento informado en casos de niños y niñas que nacen con un estado hermafrodita o intersexual y cuyos padres solicitan realizar una operación de reasignación de sexo.

2.4. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE ESTADOS INTERSEXUALES EN MENORES DE EDAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

La Corte Constitucional por primera vez conoció de un caso de una niña diagnosticada con ambigüedad sexual en el año 1999. Este precedente fijó los criterios relacionados con el consentimiento libre, previo e informado de los padres y los menores de edad para solicitar las operaciones y tratamientos que resolvieran el estado hermafrodita. En esta providencia también recopiló y analizó distinta literatura científica sobre los estados intersexuales y sus consecuencias tanto en la salud como en el desarrollo personal de los niños y niñas con esta condición. Del desarrollo jurisprudencial que se presentará a continuación, debe resaltarse el hecho de que la Corporación admite que es el menor de edad quien debe decidir si se realiza o no la operación de asignación de sexo y todo lo que ello implica, en virtud del respeto de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la autonomía personal.

2.4.1. En la sentencia SU-337 de 1999[15], la Corte analizó el caso de una menor que al nacer fue identificada por sus características biológicas como una niña. Sin embargo, a los tres años de edad, durante una consulta pediátrica se encontraron genitales ambiguos[16] y se diagnosticó que la niña tenía “pseudohermafroditismo masculino”. Por lo anterior, se recomendó un tratamiento quirúrgico, que consistía en la readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o reasignación del falo (clitoroplastia), de los labios y de la vagina.

El médico tratante manifestó la urgencia de realizar la cirugía antes de la llegada a la pubertad, toda vez que a pesar de que el falo era grande, nunca tendría la capacidad de funcionar como un pene. El ISS -EPS a la que estaba afiliada la tutelante- se negó a realizar la intervención quirúrgica, porque consideró que quien debía manifestar el consentimiento,

y por ende, la aprobación de la operación, debía ser la menor y no la madre. Con base en lo anterior, ésta última interpuso acción de tutela contra la entidad mencionada, alegando que la niña no tenía la edad suficiente para tomar una decisión sobre su cuerpo y la intervención quirúrgica debía realizarse de forma prioritaria para evitar más prejuicios a su desarrollo de crecimiento e identidad sexual. La madre consideró entonces que a su hija -de 7 años en el momento de la interposición de la acción de tutela- le estaban vulnerando sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección especial a la niñez, puesto que la infante tenía el derecho “a que [fuera] definida su sexualidad a tiempo para su normal desarrollo personal y social.”.

La Corte solicitó conceptos técnicos a profesionales de la medicina para aclarar las razones de la ambigüedad sexual, su tratamiento y sus consecuencias. Los informes allegados definían la ambigüedad sexual o intersexualidad como “trastornos de la diferenciación y el desarrollo sexual” que se traducen en “alteraciones en los procesos biológicos”[17]. Del mismo modo la Sala Plena observó que existía un cierto consenso en la comunidad médica en caracterizar estos estados intersexuales como un trastorno o enfermedad, que constituía una verdadera urgencia, pues socialmente existe un imperativo dirigido a que la persona, desde los primeros días de vida, tenga un sexo definido de hombre o mujer, y de no ser así, existe un gran riesgo de tener una vida psicológicamente traumática. Así, una parte de los estudios médicos recomendaban realizar la cirugía y los tratamientos médicos de manera prioritaria, mientras que otros, señalaron que no era una decisión que tuviera que tomarse de afán sino que se podía esperar a que el niño/niña fuera lo suficientemente conciente para decidirlo por sí mismo. La Corte ante esta situación planteó el caso concreto como una situación difícil en la que se encontraban en juego varios principios constitucionales como el interés superior del menor, el libre desarrollo de la personalidad y la salud, entre otros, los cuales debían ser analizados conjuntamente y conforme al consentimiento informado de la niña, afectada directa de cualquier decisión o intervención médica que se realizara.

Dado que en el caso concreto la madre de la menor alegaba que podía dar el consentimiento de la niña por tener su patria potestad, la Corte abordó las siguientes temáticas: (i) el fundamento y el alcance del consentimiento informado en los tratamientos médicos, específicamente cuando el paciente es un menor de edad, (ii) los problemas jurídicos que se desprenden de los tipos de hermafroditismo o de ambigüedad sexual y (iii) los derechos de las personas en estados intersexuales a la libre autodeterminación de su

identidad sexual y como minoría que goza de especial protección del Estado.

En las consideraciones esbozadas, la Corte estableció que el principio de autonomía tiene una prevalencia prima facie, pero no absoluta, sobre los valores concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia. Por consiguiente, en general el médico debe siempre obtener la autorización del paciente para la realización de toda terapia, salvo que, excepcionalmente, las particularidades del caso justifiquen apartarse de esa exigencia, por ejemplo en el caso de emergencias médicas o en los casos en los que el paciente se encuentra inconsciente, en grave riesgo o alterado, situaciones que exigen darle exclusividad al principio de beneficencia.

Formuló como características del consentimiento informado las siguientes: a) debe ser libre, previo e informado, es decir, al margen de coacciones y engaños; b) la decisión debe ser informada, es decir, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el paciente pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención u operación a realizar, y debe estar acompañados de la oportunidad de valorar las demás alternativas, incluso la ausencia de cualquier tipo de tratamiento; c) el paciente debe gozar de aptitudes emocionales y mentales para decidir si acepta o no el tratamiento, lo que quiere significar que debe ser un ser autónomo y comprenderse como sujeto con identidad sexual propia; d) tratándose de intervenciones médicas extraordinarias que implican una invasión al cuerpo de riesgo mayor a las terapias ordinarias, el deber de revelación de la información es más exigente y la manifestación del paciente debe ser más clara y cualificada; e) si la intervención es riesgosa y las posibilidades favorables del paciente son bajas, el consentimiento manifestado por el paciente debe ser más preciso y rigurosamente informado[18]; y f) en el caso de los menores de edad, por regla general, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas a favor de ellos, e incluso contra su voluntad, toda vez que se considera que los niños y niñas todavía no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su plan de vida. No obstante lo anterior, “ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional”[19].

Así pues, con base en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la Corte

estableció los alcances y límites de las posibilidades de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad. Al respecto, adujo que en los casos de tratamientos e intervenciones médicas relativas a la definición sexual de una persona, el consentimiento de la misma adquiere especial relevancia, toda vez que es ella misma quien debe determinar su identidad. En palabras de la Corporación:

“(...) Así, esta Corporación ha señalado que en general corresponde a la propia persona definir su identidad sexual[20], por lo cual la protección a la autonomía sugiere que esas intervenciones hormonales y quirúrgicas debían ser postergadas hasta que el paciente pueda prestar un consentimiento informado; sin embargo, según muchos galenos, esa espera tiene no sólo efectos psicológicos graves sobre el menor sino que además reduce considerablemente las posibilidades de éxito de los procesos de identificación sexual y de género de la persona, por lo cual, conforme al principio de beneficencia, parece necesario asignar el sexo y realizar las correspondientes intervenciones médicas lo más rápido posible.

(...)

Así, conforme a ese paradigma, es indiscutible que la falta de remodelación de los genitales ambiguos de un infante tiene efectos catastróficos sobre su salud psicológica, debido al rechazo del medio social y de los propios padres, y a los problemas de falta de identidad de género que tales genitales le ocasionan. Las intervenciones son entonces necesarias. Son además urgentes, pues deben hacerse antes de los dieciocho meses para que la identificación sexual del menor sea sólida. Por ende, si bien estas terapias son particularmente invasivas, como ya se señaló, su urgencia y necesidad parecen justificar que el padre decida por su hijo, ya que, de no hacerlo, se seguirían consecuencias catastróficas para la salud psicológica del menor, lo cual, a su vez, afectaría su propia autonomía. En efecto, si los supuestos del actual paradigma son ciertos, es razonable suponer que los traumatismos psicológicos derivados de la ambigüedad genital no tratada erosionarían la propia capacidad del menor de construir un proyecto personal de vida. En ese orden de ideas, la postergación de las cirugías y los tratamientos hormonales, que en principio se justificaría para proteger la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad del menor (CP art. 16), paradójicamente tendría efectos negativos sobre esos valores, por lo cual, nada parece oponerse a que los padres autoricen esos tratamientos, ya que su

decisión se funda en el bienestar del menor (principio de beneficencia) y terminaría igualmente por proteger su libre desarrollo de la personalidad y su propia autodeterminación, en la medida en que una identidad de género definida y una aceptación por parte de los padres y del medio social parecen ser elementos necesarios para la formación de una verdadera autonomía.

43- Conforme al anterior razonamiento, si son ciertos los supuestos del paradigma médico hoy dominante, entonces parece ajustarse a la Carta que los padres de un infante, con ambigüedad genital y de muy corta edad, puedan, luego de que un equipo médico interdisciplinario haya asignado un determinado sexo al menor, autorizar las intervenciones quirúrgicas y hormonales para adecuar la apariencia de sus genitales a ese género. Por ende, en el presente caso una conclusión parece imponerse: la Corte debería permitir que la madre, quien es la titular única de la patria potestad de la peticionaria, autorice que se adelanten las intervenciones hormonales y quirúrgicas para NN recomendadas por los médicos tratantes del ISS”.

A pesar de las consideraciones precedentes, las cuales llevaban a establecer que el consentimiento de los padres debía ser el principal, ante los sufrimientos del menor por su ambigüedad sexual, la Corte señaló que esta afirmación debía matizarse acorde con la edad de la niña y su desarrollo personal:

“44- La anterior conclusión plantea empero dos objeciones, por lo cual no puede ser adoptada de manera simple: de un lado, en el presente caso, la menor tiene ya varios años de vida, lo cual modifica de manera importante el anterior análisis. En efecto, el presupuesto de la urgencia de las intervenciones quirúrgicas es que, según el enfoque dominante, basado en las tesis de Money, las cirugías deben realizarse antes de los dos años, que es el período crítico de la formación de la identidad de género de los niños. Y a esa escasa edad, la autodeterminación del menor es casi nula, lo cual aumenta la legitimidad de la autorización sustituta por los padres. Sin embargo, la niña NN tiene más de ocho años, por lo cual ha superado ampliamente el umbral del período crítico, lo cual reduce notablemente la urgencia de esas intervenciones médicas. Es más, incluso su situación parece cuestionar la necesidad de una operación inmediata pues, a pesar de la falta de intervención quirúrgica, la menor parece haber desarrollado una importante identificación de género y, según los datos de la historia clínica, no muestra ningún

problema de adaptación psicológica o social. Finalmente, a esa edad la infante ya posee una mayor autonomía, que merece entonces una protección constitucional más rigurosa, puesto que, como ya se indicó en esta sentencia (Ver supra Fundamento No 26), esta Corte tiene bien establecido que entre más claras sean las facultades de autodeterminación del menor, mayor será la protección constitucional a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y menores las posibilidades de interferencia ajena sobre sus decisiones que no afectan derechos de terceros. Por consiguiente, incluso si el actual paradigma médico fuera incontrovertible, estos tres aspectos deben ser tomados en cuenta para determinar si es o no constitucionalmente legítimo que la madre autorice, en nombre de su hija, estas intervenciones médicas, que como se ha dicho, son irreversibles e invasivas.

(...)

55- A partir de las anteriores objeciones, varios especialistas y asociaciones de hermafroditas han propuesto otros protocolos para el manejo médico de la intersexualidad, los cuáles tienen algunos matices entre ellos, pero comparten los puntos esenciales, que muy esquemáticamente son los siguientes[21]:

En primer lugar, ninguno de los críticos se opone a que al recién nacido se le asigne un sexo masculino o femenino, puesto que reconocen que en nuestra sociedad está estructurada sobre la creencia de que biológicamente existen dos sexos, por lo cual no parece haber todavía otra opción en este punto. Igualmente están de acuerdo con el actual paradigma en que esta decisión debe ser lo más rápida posible: sin embargo, consideran que a veces es preferible esperar un poco, a fin de acertar, y que el criterio de asignación no debe ser esencialmente el tamaño del falo sino el género que, conforme a la experiencia médica, más probablemente va a adoptar el menor cuando llegue a la pubertad o a la edad adulta.

En segundo término, consideran que, desde el comienzo, a los padres se les debe dar una información lo más clara, completa y honesta posible, y deben empezar inmediatamente a recibir un apoyo psicológico adecuado, el cual debe ser adelantado preferiblemente por profesionales especializados en la atención de este tipo de casos.

En tercer término, y ésta es la diferencia decisiva con el actual manejo médico, proponen

que las cirugías y los tratamientos hormonales que sean “cosméticos”, esto es, que no sean necesarios para proteger la salud física o la vida del menor, deben ser postergados al menos hasta la pubertad, a fin de que la propia persona pueda prestar un consentimiento informado.

En cuarto término, según su parecer, el menor debe ser educado de conformidad con el sexo asignado, con la mayor consistencia posible, pero los padres deben comprender que se trata de un niño especial, que puede entonces desarrollar, en materia de género, tendencias diversas a los otros infantes.

Por todo ello, en quinto término, el apoyo psicológico debe ser permanente, no sólo para los padres sino también para el menor, a quien se le debe ir revelando, en forma ajustada a su desarrollo psicológico, toda la información sobre su estado.

Finalmente, en todo este proceso, el conocimiento de otras personas que tengan una situación similar es de enorme importancia, tanto para los padres como para los niños, pues esa experiencia les permite afrontar en mejor forma los desafíos que plantean los estados intersexuales en nuestras sociedades. De allí la importancia que estos protocolos atribuyen a los grupos de apoyo conformados por personas que adolecen de ambigüedad genital, o por sus padres”. (Énfasis de la Sala)

Así pues, sustentándose en conceptos médicos, esta Corporación concluyó que a medida que el infante crece, adquiere mayor autonomía y por ello debe respetarse con un margen más amplio su libre desarrollo de la personalidad, pero esto debe ir en compañía de apoyo psicológico y de sus padres, así como de la información suficiente sobre los tratamientos más benéficos en su condición de ambigüedad sexual. Este Tribunal también resaltó la importancia de la edad de la niña:

“86- Finalmente, y ligado a todo lo anterior, si el menor tiene varios años, entonces ya ha adquirido un grado de autonomía, que merece una mayor protección constitucional, por lo cual, la legitimidad del consentimiento paterno sustituto se reduce considerablemente. En efecto, como ya se señaló anteriormente en esta sentencia entre más clara sea la autonomía individual, entonces más intensa es la protección judicial al derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), lo cual explica que la Convención sobre los Derechos del Niño señale que el menor que “esté en condiciones de formarse un juicio

propio” tiene el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta, en función de su edad y madurez.

La sentencia concluyó que en niños menores de cinco años, el permiso paterno es legítimo, pero siempre y cuando se trate de un “consentimiento cualificado y persistente”. De esa forma, para el caso concreto, la Corte determinó que la madre de la niña no podía autorizar que su hija fuera sometida a operaciones o tratamientos hormonales destinados a readaptar la apariencia de sus genitales, por cuanto se trataba de procedimientos que no eran urgentes, y por el contrario, existían evidencias de sus riesgos, de manera que las terapias y procedimiento médicos a los que se sometería la niña serían contrarios a los principios de beneficencia y de autonomía, y en esa medida, el consentimiento sustituto materno no era admisible. No obstante, se resaltó el hecho de que a pesar de que no existía una claridad plena sobre la necesidad y utilidad de los tratamientos tempranos en los menores hermafroditas, tampoco se podía afirmar con certeza que éstos fueran inútiles:

“(…) los actuales tratamientos han provocado daños, y no existen evidencias convincentes de que sean necesarios ni benéficos; sin embargo tampoco es claro que sean inútiles y perjudiciales en la gran mayoría de los casos. En efecto, como bien lo señala uno de los expertos colombianos, la postergación de las cirugías hasta que el menor pueda consentir plantea problemas debido a la cultura de intolerancia que infortunadamente todavía prevalece en nuestro medio en relación con la diversidad sexual. Es posible entonces que una persona con genitales ambiguos se vea obligada a enfrentar un medio social, e incluso familiar, hostil, lo cual puede efectivamente afectar negativamente su desarrollo psicológico. Además, debido a la ausencia de psicoterapeutas especializados en el tema, tampoco es claro que el menor y sus padres puedan recibir la atención adecuada en este campo, que parece decisiva para el éxito de los tratamientos sustitutos”.

La Corte mostró que no existían estudios concluyentes sobre la necesidad y éxito de las cirugías tempranas de readaptación de los genitales y que, además, las teorías que sustentan esas intervenciones son muy controvertidas por la propia comunidad científica y médica. Por ende, y precisando que en general no es la finalidad ni la función de los jueces mediar en controversias científicas, la sentencia concluyó que la información existente mostraba que la reasignación de los genitales no es una terapia rutinaria y comprobada

sino un procedimiento invasivo, riesgoso y discutido[22].

Finalmente, la Corte decidió que no existía un evidente riesgo de que se comprometiera el derecho a la vida de la menor si no se practicaba la operación, y en esa medida, no era posible que la madre autorizara la intervención y los tratamientos hormonales para su hija, que ya tenía más de ocho años. Por consiguiente, las intervenciones médicas pretendidas sólo podrían ser adelantadas con el consentimiento informado de la niña, y por ello, denegó la acción de tutela interpuesta por la madre. Sin embargo, amparó los derechos fundamentales a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la niña, y ordenó a las autoridades competentes tomar las medidas necesarias para que ella y su madre recibieran el apoyo psicoterapéutico e interdisciplinario necesario para prestar un consentimiento informado con miras a que se adelantaran las cirugías y los tratamientos hormonales, con base en la posición propia de la niña.

2.4.2. Posteriormente, la esta Corporación retomó los parámetros expuestos en la sentencia T-551 de 1999[23], en la cual revisó los fallos adoptados con ocasión de una solicitud de tutela presentada por el padre de una niña de dos años que presentaba una forma de ambigüedad genital, a saber un pseudohermafroditismo femenino por hiperplasia suprarrenal congénita. El padre solicitaba al juez de tutela que ordenara al ISS que llevara a cabo una cirugía para reasignar los genitales de la menor de edad, y que además le suministrara todos los medicamentos y terapias que fueran necesarios para enfrentar esa dolencia. Según el peticionario, los especialistas consideraban que esa operación debía ser adelantada cuando el paciente cumpliera dos años, ya que era indispensable para asegurar un desarrollo psicológico sano de la niña.

La Corte Constitucional se preguntó si en el caso concreto resultaba legítimo el consentimiento sustituto paterno. Para dar respuesta a este interrogante, la Sala de Revisión reiteró los fundamentos de la sentencia SU-337. Así pues, consideró que en el caso de los menores, los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres, sino que son individuos en formación y desarrollo, que merecen una protección constitucional preferente. Recordó que para evaluar si es válido ese “consentimiento sustituto”, es necesario tener en cuenta (i) la necesidad y urgencia del tratamiento, (ii) su impacto y riesgos, y (iii) la edad y madurez del menor.

Concluyó que en el caso sub examine, los padres podían autorizar la cirugía toda vez que la niña sólo tenía 2 años de edad, y por tanto, no había superado el umbral de edad. En ese orden, a diferencia del caso analizado por esta Corte en la sentencia SU-337, se indicó que el consentimiento sustituto paternal debía aceptarse, y por eso, procedió a precisar en qué consistía el “consentimiento informado cualificado y persistente” que deben tener las autorizaciones de los padres para que se realice una reasignación de los genitales de sus hijos, en casos de ambigüedad sexual. Al respecto afirmó que:

“20- Es deber entonces del Estado y de la propia comunidad médica cualificar el consentimiento de los padres en los casos de ambigüedad genital, a fin de que la decisión paterna se fundamente ante todo en los intereses del niño. ¿Cómo lograrlo? La Corte considera que en este punto son muy útiles algunas regulaciones normativas así como los protocolos médicos diseñados para que los pacientes decidan si aceptan o no cierto tipos de tratamientos, que pueden ser muy invasivos o riesgosos, sin que sus beneficios sean totalmente claros. En efecto, esos protocolos pretenden precisamente depurar el consentimiento del paciente, para lo cual recurren en general a tres mecanismos: (i) una información detallada, (ii) unas formalidades especiales y (iii) una autorización por etapas[24]. La Corte entiende que por medio de esos requisitos, los equipos médicos pretenden asegurar lo que podríamos denominar un “consentimiento informado cualificado y persistente”, antes de que se llegue a los tratamientos irreversibles, como puede ser una cirugía. Así, la información muy depurada, tanto sobre el tratamiento como sobre las otras opciones, cualifica el consentimiento pues permite a la persona comprender los riesgos de las terapias y las otras posibilidades que existen. Los plazos aseguran que la autorización no sea dada por un estado de ánimo momentáneo sino que sea la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina. Finalmente, las formalidades -como la autorización escrita- son útiles para mostrar la seriedad del asunto y asegurar el cumplimiento de los otros requisitos.

(...)

Como es obvio, no es función del esta Corte elaborar en detalle las reglas precisas que deben contener estos protocolos. Esa tarea debe ser desarrollada directamente por la comunidad médica, obviamente dentro del marco normativo que fije el Congreso, puesto que, en desarrollo del principio democrático y de la cláusula general de competencia (CP

arts 1º, 3º y 150), corresponde al Legislador regular temas de esta naturaleza. Con todo, es natural que los procedimientos fijados por los galenos deben tener en cuenta ciertos estándares básicos, para que la autorización paterna se ajuste a la Carta”.

Conforme a lo anterior, este Tribunal precisó que la autorización parental sustituta debe estar precedida por una información detallada suministrada por los equipos médicos, y unos plazos prudentes, que permitan a los padres evaluar las alternativas de decisión, tomando en consideración las necesidades existenciales de sus hijos. Del mismo modo, ese consentimiento debe ser persistente, es decir, reiterado y debidamente reflexionado, y no debe obedecer a meras presiones sociales y de estigmatización sobre los padres. Por ende, estableció que el juez de tutela, antes de ordenar que se adelante una operación de readaptación de los genitales, debe comprobar previamente si la autorización paterna reúne esas características de “consentimiento informado cualificado y persistente”, pues de no ser así, el permiso sustituto no se adecua a la Carta, y mal podría ordenarse por vía judicial la práctica de una intervención médica que no cuenta con un consentimiento informado válido, que es requisito constitucional esencial para todo tratamiento médico.

En el caso concreto, la Sala encontró que, a pesar de que en el transcurso del proceso de revisión ante la Corte la cirugía se había realizado a la niña, el juez de tutela no había verificado si la autorización paterna se ajustaba a las exigencias constitucionales, y por tanto, era necesario revocar la decisión del juez de instancia y denegar parcialmente la tutela. Por otra parte, protegió los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad sexual de la niña, y en consecuencia, ordenó a la entidad prestadora de salud prestar todos los servicios médicos y autorizar todas las medicinas requeridas por la niña en el proceso de reasignación sexual.

2.4.3. La sentencia T-692 de 1999[25] analizó un caso similar al del fallo anterior, y por eso la Corte se limitó a reiterar las consideraciones realizadas en ella. Por tanto, decidió confirmar la decisión de los jueces de instancia en el sentido de proteger los derechos fundamentales de la menor y autorizar la cirugía, siempre y cuando se comprobara si la autorización paterna reunía las características de “consentimiento informado cualificado y persistente”, pues de no ser así, el permiso sustituto no podía considerarse válido.

2.4.4. La sentencia T-1390 de 2000[26], examinó un caso de ambigüedad genital de un

bebé de tan sólo tres meses de nacido. La madre solicitó realizar una operación para la definición de sus genitales; sin embargo, la entidad de salud aún no había autorizado todos los exámenes y procedimientos requeridos. Los jueces de instancia concedieron el amparo pues consideraron que de los conceptos médicos podía concluirse que la vida y salud del bebé se encontraba en riesgo. La Corte en su sentencia nuevamente reiteró que en los casos de intervenciones quirúrgicas y hormonales destinadas a readaptar los genitales, en casos de ambigüedad genital en menores de cinco años, se requiere de un consentimiento informado cualificado y persistente de los padres, a fin de proteger el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad sexual de aquellos. En cuanto al caso concreto, concluyó que los padres del niño podían autorizar la cirugía toda vez que no se había superado el umbral a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto; no obstante, recordó que este consentimiento debía acogerse a los parámetros de calidad y persistencia establecidos en la jurisprudencia, circunstancia que debía evaluarse antes de realizarse cualquier procedimiento sobre el cuerpo del niño o niña. De ese modo, confirmó los fallos de instancia, pero advirtió que los padres debían tener un conocimiento integral sobre las ventajas y desventajas de la cirugía, y sus efectos y tener un tiempo prudencial de reflexión para tomar la decisión definitiva.

2.4.5. Posteriormente, la sentencia T-1025 de 2002[27] estudió la acción de tutela interpuesta por los padres de un niño al cual le diagnosticaron virilización por hiperplasia suprarrenal congénita (Pseudohermafroditismo femenino) y a quien el ISS se negaba a realizarle la cirugía de asignación de su sexo. En el nacimiento del niño se le asignó el sexo masculino, dadas las condiciones físicas (presencia de falo), sin embargo, durante el desarrollo del crecimiento se demostró la ausencia de gónadas en el escroto. Mediante pruebas de endocrinología se probó que el niño no tenía testículos.

Sobre la jurisprudencia establecida hasta ese momento, la Corte en esta ocasión precisó que en unos casos, en aplicación del principio de beneficencia, se permitió la realización de la cirugía de asignación de sexo en defensa de los derechos fundamentales de los menores - bajo una modalidad de consentimiento proyectado a futuro -, mientras que, en otros casos, se dio preponderancia al principio autonomista, según el cual, corresponde al propio menor adoptar dicha determinación vital, cuando tenga los elementos de juicio necesarios para decidir cómo va a ejercer su identidad sexual en el futuro. No obstante, aclaró que en todos los casos, es manifiesto que el umbral delimitado por esta Corporación pretende

garantizar la autonomía del menor en la definición de su identidad sexual, siempre que el grado de discernimiento y de madurez le permita consentir en una operación de tal magnitud. Ello en razón al reconocimiento de la naturaleza altamente invasiva de este tipo de operaciones y a los criterios de conveniencia médica que pueden interferir en la decisión[28].

En lo referente al consentimiento informado de prácticas médicas que se van a realizar sobre menores de edad, adujo que:

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

Con base en lo anterior, la Corte en esta providencia distinguió entre el consentimiento sustituto y el consentimiento asistido. Estableció que en el caso de operaciones ordinarias sobre menores de edad, prevalece el consentimiento sustituto, mientras que, en el caso de las operaciones invasivas, por regla general es prevalente el consentimiento informado del paciente -aun cuando éste sea menor de edad-, en aras de salvaguardar la libre determinación de su personalidad, la proyección de su identidad y, en últimas, su vida digna. Así advirtió la importancia de proteger la independencia del niño o niña en estado intersexual para definir su futuro y su desarrollo vital:

“Se trata de la ponderación de la autonomía del menor para disponer de su propio cuerpo, cuando las condiciones clínicas y el nivel de raciocinio le permiten optar por sí mismo en la afirmación de su sexo, frente a la posibilidad de proyectar un consentimiento sustituto a

futuro, en aras de salvaguardar el ejercicio de las condiciones vitales que le permiten a cada 'ser' la construcción constante y permanente de su personalidad. Es lícito permitir que cada persona ajuste su sexo al género 'sentido y vivido', y en consecuencia, en casos de 'estados intersexuales' o 'hermafroditismo', es deber de las entidades de salud como de los médicos tratantes, evaluar todos los factores que determinan la sexualidad del paciente, en aras de recomendar aquella asignación de sexo que más se aproxime a su real identidad personal y sexual”

Para la procedencia del consentimiento asistido, formuló unos requisitos que deben observarse para adelantar cualquier intervención o tratamiento clínico a los estados intersexuales:

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

(...)

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

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

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

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

Concluyó que acorde con la jurisprudencia vigente, antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, después, sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor, a menos que, en atención a las particularidad de cada caso se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido, siguiendo para el efecto los derroteros de opciones, factores o variables a los que hace referencia la jurisprudencia constitucional. No obstante lo anterior, la Corte en esta providencia advirtió que la doctrina establecida por la jurisprudencia en cuanto a establecer el umbral de 5 años de edad, no era absoluta, pues ésta se encontraba condicionada a las particularidades de cada asunto concreto. En palabras de la Corporación:

“Por eso, en ningún momento, la Corte ha afirmado categóricamente que en torno a los estados ‘intersexuales’ o ‘hermafroditismos’ después de los cinco años sólo sea admisible el consentimiento informado del menor ya que, en ciertos casos, el carácter menos invasivo de la práctica médica o la ausencia de afectación a la autonomía del infante, otorgan relevancia al consentimiento sustituto o a la modalidad asistida como proyección del consentimiento del infante orientado a futuro. Por ejemplo, hay ciertos eventos, en los que no son forzosas las remodelaciones de genitales externos, o, las cirugías resultan meramente cosméticas, verbi gracia, a través de la implantación de prótesis testiculares.

Sin embargo, es admisible que a partir de la ponderación y valoración de ciertos elementos específicos, sea posible encontrar distintas hipótesis que conduzcan a la inaplicabilidad de dicha doctrina, a partir del señalamiento explícito y preciso de las razones que imponen una solución distinta.

(...) a tal conclusión sólo le corresponde llegar al equipo interdisciplinario de profesionales tratantes, ya que son ellos quienes pueden decidir acerca de la procedencia inmediata del tratamiento o la opción de esperar al consentimiento informado del menor, siguiendo para el efecto los protocolos médicos vigentes o el denominado ‘lex artis’.”

En el caso concreto, esta Corporación encontró probado que el niño (a) tenía una estructura cromosómica y gonadalmente de mujer pero fenotípicamente de un varón y (b) tenía una identidad marcada hacia el masculino, por ende, cualquiera fuera la decisión, se requería de una operación compleja para cercenar, moldear o extirpar órganos genitales internos o externos, por tanto era imprescindible complementar el tratamiento con apoyos hormonales. Con base en lo anterior, se encontró oportuno resaltar que “dada la naturaleza altamente invasiva de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo (cirugías, suministro de medicamentos, tratamiento hormonal, etc.), es forzoso adelantar la atención física y psíquica del paciente mediante un equipo médico compuesto por distintos profesionales de la salud y trabajadores sociales con el objeto de asegurar una atención integral al infante y de salvaguardar su consentimiento informado, sustituto o asistido”.

La Corte decidió confirmar parcialmente la decisión del juez de instancia, en el sentido de proteger los derechos del niño a la identidad sexual y al desarrollo libre de su personalidad, y en consecuencia, ordenó al ISS integrar un equipo interdisciplinario conformado por médicos, psicólogos y trabajadores sociales con el fin de que asistieran, orientaran y asesoraran al menor NN y a sus padres en el proceso de decisión de la práctica de la cirugía de asignación de sexo y el suministro de los tratamientos hormonales indispensables. Preciso que una vez se hubieran prestado la asesoría técnica indispensable y el niño manifestara su voluntad, en caso de ser afirmativo, se debería realizar la cirugía respectiva.

2.4.6. La sentencia T-1021 de 2003[29] revisó la acción de tutela interpuesta por una madre en representación de su hijo quien fue diagnosticado a sus dos años de edad con hermafroditismo verdadero. La madre alegaba que la Dirección Seccional de Salud estaba vulnerando los derechos fundamentales de su hijo a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la especial protección de los niños, al negarse a realizar el examen cariotipo ordenado con carácter prioritario por el médico cirujano y urólogo pediatra que lo atendía, procedimiento encaminado a determinar la cantidad de hormonas femeninas y masculinas del niño para, si era procedente, operar y reasignar sus órganos sexuales.

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional reiteró la línea sobre la procedencia del consentimiento sustituto de los padres en la autorización de operaciones o tratamientos

médicos relacionados con niños y niñas en estados de intersexualidad. Al respecto, recordó que dado que el niño contaba con dos años de edad, procedía el consentimiento sustituto de los padres toda vez que aún no tenía la capacidad de decisión suficiente para determinar su identidad sexual. Así pues, la Corte señaló que la licencia que se concede a los padres para decidir por su hijo, según lo expuesto por la jurisprudencia constitucional, no es pura y simple, sino que debe obedecer a tres características concretas; debe ser informado, cualificado y persistente:

“En primer lugar, el consentimiento debe ser informado, lo que según las características expuestas, significa que el personal médico debe comunicar a los padres todas y cada una de las implicaciones y riesgos del procedimiento, así como las ventajas y dificultades de tratamientos alternativos o la falta de práctica de cualquiera de ellos.

En segundo lugar, el consentimiento debe ser cualificado, lo que se acredita cuando los progenitores conocen “las posibilidades, los límites y los riesgos” del procedimiento, lo que a su vez exige que el profesional de la salud les transmita información detallada y depurada respecto al estado actual del procedimiento médico a practicar.

En tercer lugar, el consentimiento debe ser persistente, condición que exige al personal médico haber interrogado a los padres en ocasiones diversas y distantes del periodo de duelo (etapa inmediatamente subsiguiente al conocimiento del problema de ambigüedad), para que de esta forma se extraiga la genuina y reiterada convicción del interés en practicar el procedimiento al menor. Al respecto se hace necesario que la actuación del médico busque un punto de equilibrio entre la persistencia en el tiempo del consentimiento y la prontitud con que se requiere practicar el procedimiento, que debe realizarse antes del arribo de la edad de conciencia de género (5 años), instante cuando se elimina la posibilidad del consentimiento sustituto de los padres[30]”

La Corte decidió confirmar la decisión de los jueces de instancia en el sentido de denegar la protección, pues se encontró demostrado que el menor B.B. tenía dos años de edad; que sus padres fueron informados de las implicaciones y riesgos de las intervenciones quirúrgicas, de las ventajas y dificultades tanto de tratamientos alternativos como de la no práctica de aquellas; que a aquellos se les suministró información detallada que les permitió conocer las posibilidades y límites de tales intervenciones y que el consentimiento

que otorgaron fue persistente y obedeció a su firme convicción de que se practicaran las intervenciones quirúrgicas dispuestas por el cuerpo médico. Por tanto concluyó que en este asunto se habían cumplido las reglas jurisprudenciales y que con la práctica de tales intervenciones no se vulneraron los derechos fundamentales a la identidad sexual, a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad del menor.

2.4.7. Finalmente la sentencia T-912 de 2008[31] analizó el caso de un menor de 5 años de edad que padecía de hermafroditismo verdadero y a quien las entidades accionadas se negaron a realizar la cirugía respectiva para reasignar su sexo biológico. Por esto, los padres acudieron a la acción de tutela pretendiendo la protección de los derechos a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y a su integridad física, y en consecuencia, solicitaban que se realizara una operación de reasignación de genitales al niño. La Corte concedió la protección, en el sentido de que fuera el niño quien tomara la decisión sobre la procedencia de la cirugía, toda vez que no aplicaba el consentimiento sustituto de sus padres por tener más de 5 años. Por lo tanto, ordenó conformar un equipo interdisciplinario para que asistiera y orientara al niño y a sus padres en la toma de la decisión de la cirugía y el suministro de los tratamientos hormonales. Igualmente, advirtió que en caso de que la respuesta fuera afirmativa y coincidiera con el equipo de médicos, el ISS debería realizarla, y en caso de que la decisión del menor no coincidiera con la de sus padres, o la del menor y sus padres no coincidieran con la del referido equipo, no podría realizarse la cirugía, “sin embargo ello no obsta para que la misma se realice posteriormente, en el momento en que coincidan dichas opiniones”.

Para llegar a esta decisión la Sala de Revisión reiteró los parámetros sentados en las sentencias SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, T-1025 de 2002 y T-1021 de 2003, sobre las cuales extrajo la regla según la cual:

“(…) en casos de estados intersexuales o hermafroditismos, es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo. Sin embargo, cuando el infante ha superado el umbral de los cinco años, le corresponde a éste tomar la decisión sobre su identidad sexual[32], pero a partir de un consentimiento especial y cualificado que comporta: (i) el consentimiento prestado por los padres coadyuvado por (ii) la expresa

voluntad del menor y, dada la naturaleza altamente invasiva de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo, (iii), el seguimiento profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, y que debe incluir, no sólo profesionales de la medicina sino también un psicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar al niño y a sus padres en todo el proceso de la decisión"[33].

2.4.8. Con base en la línea jurisprudencial expuesta pueden extraerse las siguientes premisas.

a) El consentimiento informado es un requisito esencial para la legitimidad constitucional de la práctica de procedimientos médicos, pues los profesionales de la salud no pueden tomar decisiones desconociendo la condición de sujeto libre y moralmente autónomo del paciente.

b) En el caso de procedimientos médicos en menores de edad se presenta una tensión entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia, toda vez que los niños también son seres independientes y titulares de derechos, pero a la vez no cuentan con un desarrollo racional suficiente para tomar decisiones sobre su propia existencia. De tal forma que, por regla general, son sus padres los responsables de expresar su consentimiento, sin embargo cuando tengan la madurez suficiente debe prevalecer la voluntad informada de los niños y niñas.

c) El consentimiento sustituto parental debe ser cualificado y persistente, es decir, suficientemente informado en cuanto a los riesgos, beneficios y otros tratamientos médicos alternativos. Este proceso debe desarrollarse en conjunto con un equipo médico e interdisciplinario especializado. Debe ser igualmente persistente, lo que significa que el consentimiento manifestado por los padres no debe obedecer a presiones externas ni por un estado de ánimo momentáneo sino que debe ser la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina.

d) Sin embargo, la facultad que tienen los padres de emitir un consentimiento sustituto no puede interpretarse en términos absolutos, toda vez que los niños y niñas están capacitados para tomar decisiones sobre su propia salud en directa proporción con su nivel de desarrollo. Es en este punto donde adquiere importancia el derecho de los niños hacer

escuchados y a participar de las decisiones que les conciernen.

e) Aunado a ello, debe advertirse que no es lo mismo la capacidad legal que la autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual, un menor, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria. Es más, de los conceptos que se han analizado a lo largo de la jurisprudencia estudiada, algunos profesionales de la salud consideran que en la actualidad, muchos niños, por lo general después de los 5 años, pueden ya tener la autonomía suficiente para decidir si autorizan o no ciertos tratamientos[34].

De manera que el consentimiento sustituto paterno no es absoluto, y debe matizarse en los casos en los que: (i) no existe riesgo a la vida e integridad del menor, y por ende, la operación a realizar no es urgente, y (ii) el niño o niña ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo.

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

g) Dado que los tratamientos hormonales y las cirugías en estados de ambigüedad genital, son procesos tan invasivos para una persona, es necesario, con el objeto de proteger los derechos fundamentales del menor a su autonomía, identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad, un apoyo permanente psicoterapéutico y la constitución de un equipo interdisciplinario que incluya no sólo profesionales de la medicina sino también un trabajador social, para acompañar al menor y a sus padres en todo el proceso clínico.

2.5. DEBATES ACTUALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LOS ESTADOS INTERSEXUALES

2.5.1. A nivel comparado e internacional, las discusiones sobre el tratamiento de individuos con estados intersexuales se ha ido modificando, pues existe una tendencia a afirmar que las cirugías de reasignación de sexo no son de naturaleza urgente, y en cambio

generan efectos irreversibles para el desarrollo autónomo de la persona. A partir de esta reflexión se pretende cambiar la tesis que hasta ahora ha prevalecido sobre la oportunidad de las cirugías y permitir que sea el mismo niño, niña, adolescente o adulto, quien otorgue el consentimiento previo libre e informado y decida, al tiempo que lo desee, si se realiza o no una cirugía[35]. Así pues, existen países en los que se ha incorporado protocolos o guías médicas con el fin de asegurar el respeto de los derechos a la igualdad y no discriminación, la intimidad y la identidad sexual.

Por ejemplo, la Comisión Europea publicó en el 2011 el informe temático “Personas Trans e intersex. Discriminación por motivo de sexo, identidad de género y expresión de género”[36], en el que se pone de presente que muchas personas que nacen con estados intersexuales no necesitan someterse de manera urgente a tratamientos o cirugías cosméticas que pretenden reasignar o ajustar la apariencia genital y órganos internos a los dos sexos. Conforme a ello, se resaltan casos en los que adultos intersexuales rechazan que les hayan practicado cirugías de pequeños para asignarles el sexo sin su consentimiento.

El estudio temático destacó que hallazgos preliminares del Consejo de Ética Alemán indican lo siguiente:

“(i) hay acuerdo en la integridad física de las personas intersex y que tratamientos médicos invasivos e ‘irreversibles’ deben ser pospuestos lo más posible. (ii) el derecho parental de decidir en el interés superior del/a niño/a es limitado cuando se trata de asignación médica de género en tanto ésta afecta al núcleo del derecho a la identidad de género y a la sensibilidad sexual de la persona; y (iii) que ‘esas personas no pueden, con base en la prohibición de discriminación y el derecho de autodeterminación, ser forzadas a asignarse a sí mismas a una de las categorías binarias de masculino y femenino”[37].

Por su parte, como ejemplo de protocolos y guías médicas que adoptan esta nueva concepción, vale la pena mencionar el caso de Argentina. El Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires en el año 2012 publicó la “Guía para Personal de Salud sobre Salud Sexual y Reproductiva y Prevención de la Violencia hacia Población LGTB”[38]. En este documento se establece que no se deben recomendar ni realizar cirugías de asignación sexual para adecuar los genitales a una apariencia femenina o masculina, pues

“[e]sa es una decisión informada que debe tomar el niño/a por sí mismo/a cuando tenga la madurez suficiente”.

Asimismo, en Argentina, el Ministerio Público Tutelar de Buenos Aires emitió un documento denominado “Aportes para el cumplimiento de derechos humanos en la temática intersex”[39]. En él se hace una descripción de los derechos humanos que se encuentran involucrados en los tratamientos de asignación de sexo de personas intersexuales, entre los cuales se resaltan el derecho a la salud, a la integridad física, a la autonomía de los niños y niñas, el interés superior del menor y el consentimiento informado. Sobre este último se precisó:

“En el marco del otorgamiento consentimiento informado del artículo 5 de la Ley 26.52943 se estipula un procedimiento de esclarecimiento en torno a, por un lado, los beneficios esperados del procedimiento y, por el otro, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles. Asimismo, el/a paciente, o su/s representante/s legal/es, debe ser informado sobre los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, así como las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados. En los casos donde las intervenciones puedan ser postergadas hasta tanto el niño/a tenga edad y madurez suficiente para expresar su voluntad, el consentimiento informado debe ser dado por el/a niño/a. Es importante que se le brinde información fehaciente sobre el procedimiento al que será sometido/a, adaptada a la edad del/a niño/a.

(...)

Creemos que una buena práctica consiste en aguarda los tiempos necesarios a fin de que el/a niño/a en cuestión, con todos los apoyos necesarios, llegue a la edad y madurez suficiente para comprender la información brindada y pueda tomar una decisión autónoma sobre un tema que le compete tan íntimamente. Lo dicho anteriormente se aplica a casos de modificación genital con fines de normalización estética o funcional. Por supuesto y como ya afirmamos en el apartado anterior, no se refiere a los casos de necesidad médica, donde exista un riesgo concreto para la salud o vida del/a niño/a en cuestión y ante el cual la espera resultaría perjudicial. En ese caso, debería promoverse el principio de mínima intervención al solo efecto de atender dicho riesgo a la vida o salud.

Con lo cual el tiempo a aguardar en cada caso dependerá de, justamente, cada caso. En ese sentido no es posible establecer límites etarios rígidos. Obviamente se cuenta con que el equipo tratante de la persona en cuestión acompañe este proceso de seguimiento de manera integral. Esto implica, claramente, una articulación a largo plazo entre distintos equipos, profesionales e instituciones que implica un desafío. Por ejemplo, en relación con el trabajo mancomunado entre servicios pediátricos y de jóvenes/adultos. Es decir, la recomendación obviamente no es la mera omisión o el abandono de la persona.

Si la postergación no representa un riesgo concreto a la salud (extremo que descartamos más arriba), entonces debe respetarse el tiempo que demanda cada decisión, incluso si eso implica aguardar a que la persona adquiera madurez y edad suficiente para brindar autónomamente su consentimiento libre e informado (o no hacerlo) en relación con el tratamiento propuesto”[40]. (Énfasis de la Sala)

Igualmente, el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, el pasado 9 de mayo de 2014, con ocasión de la celebración del día contra la homofobia[41], afirmó que en la práctica es común que los profesionales de la medicina realicen de forma urgente las cirugías correctivas de los genitales en un bebé que nace con ambigüedad, con el ánimo de “normalizar” el sexo del niño/a. Advirtió que este tipo de cirugías no tienen realmente un fin médico necesario, sino por el contrario, tienen una naturaleza estética o cosmética con consecuencias irreversibles, y en esa medida, deben obedecer al consentimiento informado y suficiente del niño/a y de sus padres. En ese orden, el Comisionado estableció que las operaciones correctivas son usualmente traumáticas y humillantes, pues pueden tomar un tiempo largo de complicaciones pos-operativas que afectan la salud mental del individuo intervenido, ya que es probable que el sexo asignado a un bebé intersexual de forma temprana no corresponda con su identidad y sus sentimientos posteriormente.

En el mismo documento, el Comisionado para los Derechos Humanos resaltó el hecho de que tradicionalmente la mayoría de países en sus registros de identificación requieren que la identidad de la persona encaje en el sexo femenino o masculino, lo que tiene como consecuencia que personas que no tienen claridad sobre su identidad sexual queden en un estatus personal sin reconocimiento ni protección alguna. Conforme a ello, citó el caso de países como Alemania, el cual a partir de noviembre de 2013 es posible escoger en el registro civil un espacio en blanco además del sexo femenino o masculino. Así, no es

necesario asignarle un sexo determinado al bebé recién nacido con ambigüedad genital, sino que puede esperarse a que exprese su consentimiento. Igualmente, en Australia se reformó la ley sobre discriminación sexual y se incluyó un “estatus intersexual”, con lo que se pretende proteger a las personas nacidas con tipos de hermafroditismo de tratamientos médicos sin su consentimiento.

2.5.2. Por último, deben mencionarse dos documentos que en el ámbito del derecho internacional reconocen una protección especial a las personas intersexuales. El primero es el Informe del 1 de febrero de 2013 del Relator Especial para las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes,[42] en el que observó que los niños que nacen con atributos sexuales atípicos suelen ser objeto de intervenciones quirúrgicas irreversibles de reasignación de sexo, entre otros tratamientos, que son practicados sin su consentimiento informado previo ni de sus padres, “en un intento de fijar su sexo”, lo que les puede provocar infertilidad permanente e irreversible y un gran sufrimiento psíquico.

Con base en lo anterior, exhortó a los Estados, con base en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los principios 17 y 18 de Yogiakarta, “a que deroguen cualquier ley que permita la realización de tratamientos irreversibles e intrusivos, como la cirugía reconstructiva urogenital obligatoria, la esterilización involuntaria, la experimentación contraria a la ética, las demostraciones médicas y las “terapias reparativas” o “terapias de conversión”, si se aplican o administran sin el consentimiento libre e informado del paciente”.

El segundo documento contiene los “Principios de Yogiakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”[43], documento que a pesar de ser soft law por provenir de la sociedad civil, resalta la importancia del consentimiento informado en tratamientos médicos de asignación de sexo. Los principios 17 y 18 señalan que los Estados tienen el deber de:

“(…) [garantizar] que todas las personas estén informadas y su autonomía sea promovida a fin de que puedan tomar sus propias decisiones relacionadas con el tratamiento y la atención médica en base a un consentimiento genuinamente informado, sin discriminación

por motivos de orientación sexual o identidad de género (...)

[adoptar] todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que el cuerpo de ningún criatura sea alterado irreversiblemente por medio de procedimientos médicos que procuren imponerle una identidad de género sin su consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a su edad y madurez y guiándose por el principio de que en todas las acciones concernientes a niñas y niños se tendrá como principal consideración su interés superior”.

2.5.3. Con base en los pronunciamientos y documentos citados, la Sala observa que es una preocupación a nivel internacional la realización de las operaciones y tratamientos de asignación de sexo en personas intersexuales. La experiencia demuestra que las cirugías de esta naturaleza, con el objeto de “normalizar” al paciente, no atienden necesariamente a proteger la vida y la salud del individuo intervenido. El consentimiento previo, libre e informado de los niños y niñas al nacer con ambigüedad sexual se hace imprescindible para evitar prácticas humillantes y que desconocen la dignidad humana de los menores. En esa medida, la tendencia de varios países es la de esperar que el niño/a llegue a la madurez suficiente para tomar la decisión que desee de acuerdo con su identidad, gustos y preferencias, y para ello, sus legislaciones han permitido que los registros de nacimiento reconozcan un estado intersexual, el cual pretende respetarles un reconocimiento legal y una identidad que no debe ser forzosamente entre lo masculino y lo femenino.

2.6. CASO CONCRETO

2.6.1. Resumen de los hechos

2.6.1.1. Pablo nació el 16 de marzo de 2002 en Carmen de Viboral, Antioquia[44].

Al nacer le fue asignado el sexo femenino y los padres le pusieron Valentina, no obstante, el pediatra les informó a los padres que la menor presentaba “hiperplasia suprarrenal congénita”[45].

2.6.1.2. A los 5 años de edad los padres le cambiaron su nombre a Pablo, toda vez que notaron que el desarrollo de sus facciones y comportamientos eran masculinos[46]. La Madre manifestó que “Nunca consultó al médico ni le realizaron estudios, sólo hasta ahora”[47].

2.6.1.3. En el registro civil se demuestra que a pesar de que fue cambiado su nombre, el sexo se mantiene femenino en su tarjeta de identidad[48].

2.6.1.4. El 25 de septiembre de 2013, el menor consultó a la IPS Sura de Rionegro con médico general, donde la madre manifestó que el menor sufría de hermafroditismo, sin aportar estudios previos. El médico estableció que era necesario comenzar un estudio de fondo para determinar si el niño tiene cualidades congénitas de mujer o de hombre, por tanto, fue remitido al médico pediatra y se ordenó cariotipo para estudio genético y definición de sexo. En esta consulta se evidenció que Pablo tiene “GENITALES AMBIGUOS CON PRESENCIA DE LABIOS MAYORES E INTROITO VAGINAL PEQUEÑO + MICROPENE. NO PALPO TESTÍCULOS”[49].

2.6.1.5. El 8 de noviembre de 2013, la Comisaria de Familia del Carmen de Viboral, Antioquia, realizó entrevista al menor mediante la cual manifestó “yo he asistido a la EPS Sura porque estamos tramitando una operación porque tengo órganos sexuales femeninos y masculinos, pero yo quiero quedar con órganos masculinos porque yo me siento hombre y me siento atraído por las mujeres”[50].

2.6.1.7. El 27 de noviembre de 2013, se emitió resultado de laboratorio sobre análisis cromosómico, en el cual consta que Pablo cuenta con un cariotipo 46 XY(30) “Complemento Cromosómico Normal Masculino”[52].

2.6.1.8. El 15 de enero de 2014, Pablo es evaluado por el médico pediatra quien evidenció una mala definición de los genitales, por tanto se remitió para evaluación endocrinología y se ordenó ultrasonografía de abdomen total y testicular. También se asignó cita de control por pediatría para los siguientes tres meses.

2.6.1.9. El 20 de enero de 2014, Pablo fue valorado por endocrinólogo pediatra, sin embargo, el médico aclaró que a esta consulta el paciente asistió sin los resultados de las ultrasonografías de abdomen y testicular, en razón a que no se las había practicado. En la consulta se ordenó estudio hormonal, se remitió a genética y se asignó nuevamente cita con endocrinólogo pediátrico con los resultados de los procedimientos ordenados[53].

2.6.1.10. El 8 de marzo de 2014, en consulta con medicina genética se dejó la siguiente constancia; “historia de criptorquidia y mal definición sexual. Cariotipo 46XY

masculino, ecografía abdominal normal que no identifica útero pero si (sic) identifica próstata. Pruebas hormonales normales y ecografía con órganos genitales internos masculinos. Falo 3 cm, sinus urogenital, criptorquidia, fusión labioescrotal. Ordena evaluación por cirugía pediátrica”[54].

2.6.1.11. En la consulta más reciente allegada al expediente -15 de julio de 2014-, la médica cirujana pediatra sobre el examen físico dejó constancia de lo siguiente: “Región inguinal: No palpo gónadas. Genitales: Genitales ambiguos, falo angulado con huella meatal en glante, meato uretral hipospádico escrotal amplio, escroto bífido, vacío, hipotrófico”[55].

2.6.1.12. La señora Natalia interpuso acción de tutela en representación de su hijo el 28 de enero de 2014, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la identidad sexual y a la salud. La actora resalta que el menor ha recibido ayuda psicosocial por parte de la misma Comisaria de Familia y es allí donde se evidenció que el menor está de acuerdo con la realización del procedimiento quirúrgico de intersexualidad.

Al respecto, alega que la EPS Suramericana ha sido negligente para autorizar la realización de los diferentes tratamientos y la cirugía de reasignación de sexo, pese a las recomendaciones de la Comisaria de Familia.

2.6.1.13. En escrito de contestación, la EPS Suramericana afirmó que su conducta no ha sido negligente, sino que por el contrario, se estaban realizando los estudios necesarios para determinar las cualidades congénitas del niño y la pertinencia o no de un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo. Alegó que no ha procedido a ordenar la cirugía, toda vez que no existe aún prescripción médica que exija que se requiera.

2.6.1.14. El juez de instancia, mediante sentencia proferida el 11 de febrero de 2014, decidió denegar la acción de tutela impetrada. Sin embargo, requirió a la EPS Suramericana para que brindara y prestara al menor Pablo todo el tratamiento integral para el manejo de su patología. Consideró el a quo, que la EPS no ha negado los servicios médicos al menor, pues no existe ninguna orden médica para los procedimientos quirúrgicos que solicita la madre. Igualmente, argumentó que el consentimiento expresado por el menor en la entrevista en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de

los derechos ante la Personería Municipal, es un elemento esencial, pero debe ir acompañado de una valoración médica.

2.6.2. Examen de procedencia de la acción de tutela

2.6.2.1. En el presente caso se cumple con la legitimación por activa y por pasiva, por cuanto se trata de la madre de un menor de edad que actúa en su representación solicitando la protección de sus derechos fundamentales los cuales considera desconocidos por la presunta actuación negligente de la Entidad Promotora y Prestadora de Salud -como ente prestador de un servicio público-, al negarle a realizarse una intervención quirúrgica que requiere su hijo. De ese modo, la Sala observa que se cumple con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y los artículos 5, 10 y 13 del decreto 2591 de 1991.

2.6.2.3. En cuanto a la subsidiariedad, la Sala observa que no existen otros medios de defensa judicial para solicitar la realización urgente de una cirugía de readaptación de genitales. De esa forma, la acción de tutela se torna como el recurso judicial efectivo para solicitar la protección de los derechos fundamentales a la salud e identidad sexual de un menor de edad.

En suma la acción de tutela interpuesta por la madre de Pablo cumple con los requisitos de procedencia, y en ese orden, la Sala pasará a realizar el estudio de la presunta vulneración.

2.6.3. Análisis de la vulneración alegada

A la Sala Séptima de Revisión le corresponde analizar si la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A., vulnera los derechos fundamentales del menor Pablo al no realizarle la cirugía de reasignación de sexo que presuntamente requiere.

2.6.3.1. Como consideración previa, lo primero que debe tenerse en cuenta en el presente caso, es que a diferencia de los precedentes jurisprudenciales citados en las consideraciones de esta sentencia, Pablo ha manifestado expresamente su consentimiento de querer tener unos genitales masculinos para poder desarrollar un proyecto de vida acorde con sus preferencias. En efecto, el 8 de noviembre de 2013, ante la Comisaria de Familia del Carmen de Viboral, Antioquia, el menor manifestó “yo he asistido a la EPS Sura

porque estamos tramitando una operación porque tengo órganos sexuales femeninos y masculinos, pero yo quiero quedar con órganos masculinos porque yo me siento hombre y me siento atraído por las mujeres”[56].

Del mismo modo, la Sala nota que Pablo tiene actualmente 12 años, edad que es suficiente para presumir que ha llegado a una madurez necesaria para decidir autónomamente sobre su cuerpo. Como lo ha comprendido la jurisprudencia, antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, después, sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor, a menos que, en atención a las particularidades de cada caso, se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido[57]. En ese orden, es claro que en el presente caso Pablo ha superado el umbral crítico de la identificación de sexo, tiene una clara conciencia de su cuerpo y goza de una importante autonomía, que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida como la actual, motivo por el cual no es procedente el consentimiento sustituto paterno para que sea operado[58].

2.6.3.2. No obstante lo anterior, el consentimiento expresado por el niño, sumado a la edad y madurez que tiene, no es un factor suficiente para que el juez constitucional ordene a una entidad de salud realizar la cirugía de adecuación o asignación de sexo, pues es igualmente requerido un proceso de evaluación y de observación por profesionales de la medicina y especialistas en este tipo de situaciones, con el objeto de que determinen un diagnóstico preciso y las alternativas terapéuticas a realizar más acordes con el deseo del niño.

En ese sentido lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que el consentimiento requiere cumplir con unas características indispensables que legitiman cualquier intervención clínica y cuya ausencia permite catalogar el procedimiento como abusivo, ilícito o ilegal. Por tanto, el consentimiento debe ser libre, informado, persistente y cualificado. Cuando el menor es quien toma la decisión sobre su identidad sexual, su consentimiento debe entonces cumplir con estos requisitos, y esto implica el acompañamiento de los padres y el seguimiento constante y profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, que no sólo incluya profesionales de la salud sino psicólogos y trabajadores sociales que asistan todo el proceso[59].

De la misma manera, como se expuso en la sentencia T-1025 de 2002[60], la decisión sobre la procedencia de la asignación de sexo debe adecuarse a las recomendaciones médicas, toda vez que son los profesionales médicos los que, a partir de un diagnóstico y de los exámenes, tratamientos, observaciones, etc., conocen cuáles son los riesgos y alternativas más adecuadas para la salud reproductiva del paciente. Adicionalmente, esta información es el sustento que logrará un consentimiento informado y calificado suficiente del niño para tomar la decisión respecto de su cuerpo. Así pues, es el médico como profesional de la salud es quien conoce de los beneficios y de la idoneidad y eficacia de una cirugía o tratamiento clínico para el cuidado integral de la salud del paciente.

2.6.3.3. Descendiendo al caso concreto, la Sala observa que el consentimiento expresado por el niño no cuenta con las características que exige la jurisprudencia por las siguientes razones. En primer lugar, todavía no hay un diagnóstico preciso que permita definir cuáles son las alternativas médicas y la procedencia de la cirugía de los genitales. Es notorio que es la primera vez que Pablo y su madre visitan al médico para iniciar el tratamiento de asignación de sexo es el 25 de septiembre de 2013[61] ante médico general de familia en la IPS Dinámica, el cual evidenció que Pablo tiene “GENITALES AMBIGUOS CON PRESENCIA DE LABIOS MAYORES E IONTRITO VAGINAL PEQUEÑO + MICROPENE. NO PALPO TESTÍCULOS”. Desde esta consulta, el menor ha sido remitido a pediatría, cirugía pediatra, endocrinología pediatra y medicina genética quienes han arribado a las mismas conclusiones y hallazgos[62].

Puede observarse que las consultas médicas realizadas ordenan controles en tres meses, y a pesar de que se ha recomendado consulta con cirugía pediátrica y urología, no existe prueba de que el Pablo haya sido evaluado por un urólogo teniendo en cuenta que no se han palpado testículos.

Igualmente, se han autorizado una serie de exámenes e imágenes diagnósticas como cariotipo de bandeo, ultrasonografía de abdomen total, dehidroepinandrosterona sulfato, resonancia nuclear magnética y hormonas. Con base en estas actuaciones, la Sala entiende que se está haciendo un control y una evaluación rigurosa del estado de salud del menor, sin embargo, luego de 10 meses de distintos controles y consultas médicas con algunos especialistas, no se tiene un diagnóstico preciso, no se ha escuchado al menor, no se le ha prestado un acompañamiento psicológico y no se ha informado suficientemente a la madre

el procedimiento a seguir.

En respuesta allegada por la EPS Suramericana en sede de revisión, consta que:

“(…) el menor ha venido recibiendo la atención médica especializada y subespecializada necesaria para un diagnóstico preciso con un enfoque multidisciplinario de su condición de ambigüedad sexual, habiéndose establecido que genéticamente su sexo, al igual que sus órganos genitales, corresponden al sexo masculino por lo que se trata de un cuadro de pseudohermafroditismo masculino (…) Conforme al reciente concepto de cirugía pediátrica del 15 de julio del presente año, la EPS autorizará una evaluación para próximos días con otro especialista en cirugía pediátrica que cuenta con experiencia en éste tipo de condiciones; este profesional se encargará de documentar el caso para presentarlo en una junta médica y definir la conducta final, brindando orientación necesaria al menor y a su familia en todo lo relacionado con el tratamiento (…) Actualmente se está a la espera de un staff médico para definición de la conducta terapéutica más idónea”.

De allí se concluye que, a pesar de que hay un cuadro clínico establecido sobre el pseudohermafroditismo masculino, (a) Pablo no ha sido acompañado con apoyo psicológico, (b) tampoco se ha conformado un equipo multidisciplinario para evaluar la ambigüedad genital luego de 10 meses, y (c) a pesar de que la mayoría de las consultas coinciden en que “no se palpan testículos”, y al parecer se autorizó una cita con urólogo pediatra, el menor no ha recibido un examen de esta especialidad, y por ello, no es claro todavía si, por ejemplo, en caso de realizarse la cirugía de asignación sexual masculina -lo deseado por el niño-, sus órganos reproductivos van a tener un funcionamiento idóneo con fines de reproducción.

Cabe recordar en este punto que la Academia Nacional de Medicina[63], mediante concepto allegado en virtud del presente caso, advirtió que “(…) la directriz más importante en el manejo de estos niños es que deben ser manejados por equipos multidisciplinarios integrados por Pediatra, Cirujano Pediatra, Urólogo Pediatra, Endocrinólogo Pediatra, Genetista, Psicólogo, Psiquiatra y Trabajadores sociales. El niño y su familia deben recibir acompañamiento especializado desde el nacimiento”. También manifestó la Academia, que en este caso particular la valoración del juez de familia no era suficiente, sino que el niño debe recibir evaluación de psicólogo o psiquiatra infantil especializados en estos temas.

Con base en los parámetros descritos, la Sala nota que en el caso concreto el proceso diagnóstico y el tratamiento médico con Pablo, además de ser lentos, no se ha cumplido con los criterios necesarios para garantizar un consentimiento informado, persistente y cualificado acorde con la edad del niño tutelante y el desarrollo que ha tenido en su situación intersexual por 12 años.

En segundo lugar, puede concluirse que a Pablo no se le ha prestado una atención prioritaria adecuada a su padecimiento. Es decir, es claro que deben realizarse evaluaciones con médicos especialistas en varias áreas de la medicina y que este proceso toma tiempo, pero esto no puede tener como consecuencia un retardo de 10 meses en el que ni siquiera se haya conformado un comité interdisciplinario y tampoco se haya prestado apoyo psicológico y terapéutico al menor y su familia. Incluso, la Academia Nacional de Medicina[65] sugirió en su intervención que “[u]n niño de 12 años con un trastorno de diferenciación sexual debe recibir un manejo prioritario de la entidad de salud que lo atiende, para definir rápidamente su diagnóstico y tratamiento. Debe ser atendido por un equipo interdisciplinario especializado que le proporcione un manejo integral que requiere su enfermedad, con los que se evita la lentitud que acarrearán las consultas especializadas en las EPS”.

Según la jurisprudencia y los conceptos técnicos remitidos al proceso, la Sala observa que la conformación del equipo interdisciplinario debe realizarse desde el comienzo del tratamiento con el niño que padece ambigüedad sexual, con el objeto de que se preste un apoyo psicológico permanente, y se realicen todas las evaluaciones y exámenes de manera conjunta con los especialistas de diferentes áreas, el paciente y su familia. Igualmente, se debe evitar que las consultas se ordenen en lapsos de tiempo que pueden ser perjudiciales para un niño en crecimiento, el cual es sujeto de especial protección constitucional, y quien además se encuentra en una situación más vulnerable debido a su estado intersexual.

De modo similar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en determinar que la salud es un derecho fundamental, y en ese sentido, es una obligación de las entidades de salud prestar su servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia. Así pues, como lo afirmó la Corte en la sentencia T-1025 de 2002[66], tratándose de un niño en una situación parecida a la de Pablo:

“La Corte estima procedente reiterar que resulta contrario a derecho, someter a un menor al traumatismo psicológico y al rechazo social, que puede derivarse de la indeterminación sexual, en contradicción con el deber clínico de ejecutar lo más pronto posible las alternativas médicas o terapéuticas necesarias para la definición de sexo del menor, en acatamiento del principio de beneficencia, desconociendo que existen herramientas jurídicas, médicas y científicas que permiten proceder correctamente sin lesionar la integridad del menor”[67].

En ese orden, como lo señaló la Corte en la misma oportunidad, no es posible que el juez de tutela recomiende una cirugía o exija la prestación de un determinado tratamiento médico, ya que la evaluación de estas opciones terapéuticas corresponden al adecuado y libre ejercicio del “lex artis” de los profesionales de la salud. No obstante, lo que sí le es posible exigir, es la formulación oportuna de alternativas de solución y la adopción de todos medios terapéuticos que se estimen convenientes, sin que la existencia de una doctrina constitucional conduzca a la inacción de las entidades de salud por un período prolongado, cuando es claro el consenso del equipo médico sobre la alternativa específica de acción.

Por tanto, para dar respuesta al problema jurídico, la Sala observa que no existe aún orden de médico tratante que requiera la cirugía de reasignación de sexo, pero esta situación se debe a que no se ha realizado un debido tratamiento del caso de Pablo por las razones que fueron expresadas anteriormente. De manera que, la Sala encuentra que existe una vulneración de los derechos fundamentales del niño por la ausencia de un diagnóstico certero, luego de casi 10 meses de consultas y remisiones, que demuestran una falta de atención médica eficiente y oportuna acorde con su condición.

2.6.4. Conclusiones y decisiones a adoptar

2.6.4.1. En suma, la Sala encuentra que la EPS Suramericana ha vulnerado los derechos fundamentales a la identidad sexual, a la salud - el derecho al diagnóstico- y a la vida digna de Pablo, por no adelantar prioritariamente la evaluación de su caso y no tomar oportunamente las medidas necesarias para que el proceso de reasignación de sexo que desea el menor cumpla con un consentimiento informado, cualificado y persistente. Por tanto, revocará las decisiones de los jueces de instancia y concederá la protección invocada.

Con base en lo anterior, la Sala ordenará a la EPS continuar con las evaluaciones de los especialistas que requiere el menor -como urología pediátrica- de forma prioritaria, prestar el apoyo y acompañamiento psicológico necesario con profesionales de la salud especialistas en el área de los trastornos de desarrollo genital y que en el menor tiempo posible integre un equipo interdisciplinario conformado por médicos (cirujanos, urólogos, endocrinólogos, pediatras y psiquiatras), psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que asistan, orienten y asesoren a Pablo y a sus padres, sin perjuicio de los resultados que ya se han obtenido desde septiembre de 2013.

Una vez agotada esta etapa, se deberá proceder a advertir a Pablo sobre las consecuencias y alternativas que tiene la cirugía de reasignación de sexo conforme al consentimiento que él haya expresado. En caso de que proceda la operación, la EPS no podrá denegarla con base en interpretaciones restrictivas del Plan Obligatorio de Salud, toda vez que, no se trata de un procedimiento estético, sino de uno dirigido a garantizar la dignidad humana y la identidad sexual de un niño que ha sido estigmatizado toda su vida por su estado intersexual.

Por otra parte, se ordenará al ICBF que realice un acompañamiento permanente del presente caso con miras a que se respeten los derechos fundamentales de Pablo y su familia.

Además, en el caso de que se realice la cirugía, la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá modificar el sexo de la tarjeta de identidad de Pablo, con el objeto de que coincida con la realidad y no genere más tratos discriminatorios.

Finalmente, en razón de que la Academia Nacional de Medicina puso de presente que no existen protocolos uniformes en el sistema de salud colombiano para tratar los casos de niños, niñas y adolescentes con ambigüedad sexual y los distintos casos de intersexualidad; y dado que a nivel comparado existen países como Argentina que ya ha tomado la iniciativa de formularlos con el objeto de proteger el consentimiento de los niños y niñas, la Sala exhortará al Ministerio de Salud y Protección Social para que elabore guías y/o protocolos de práctica clínica oficiales para los trastornos de diferenciación sexual de obligatorio cumplimiento, para que estos niños reciban un manejo ágil y adecuado en las instituciones de salud.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: PROTEGER el derecho a la intimidad de Pablo y Natalia, y en consecuencia, ORDENAR la absoluta reserva del expediente, que implica que el nombre de las personas demandantes no podrá ser divulgado y que el expediente sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas con la decisión adoptada. La Secretaria General de la Corte Constitucional y el(a) secretario(a) del Juzgado que decidió en primera instancia el presente caso, deberán garantizar la estricta reserva.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo proferido el once (11) de febrero de 2014 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de El Carmen de Viboral, el cual denegó la acción de tutela, y en su lugar, CONCEDER el amparo a los derechos fundamentales a la identidad sexual, a la vida digna y a la salud, concretamente el derecho fundamental al diagnóstico de Pablo, por las razones expuestas en la presente providencia.

CUARTO: ORDENAR a la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A., que una vez se haya prestado la asesoría a que se ha hecho referencia en el numeral anterior, y Pablo y sus padres estén suficientemente informados de las consecuencias de llevar a cabo la cirugía y los tratamientos de asignación de sexo, se consulte formalmente al niño y a sus padres acerca de la decisión final adoptada -incluyendo el diagnóstico integral-, por intermedio del equipo interdisciplinario.

En caso de que ésta sea afirmativa y coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario, REALIZAR la cirugía en el término de los treinta (30) días siguientes a dicha manifestación de voluntad. Así mismo, realizar los tratamientos hormonales requeridos y cualquier otro tratamiento post-operatorio que sea indispensable, según concepto del grupo interdisciplinario y de conformidad con la evolución del paciente.

QUINTO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que realice un acompañamiento permanente del presente caso con miras a que se respeten los derechos

fundamentales de Pablo y su familia.

SEXTO: ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil que adelante todos los procedimientos requeridos para que el accionante modifique todos los documentos que conciernen a su identificación.

SÉPTIMO: EXHORTAR al Ministerio de Salud y Protección Social para que, en conjunto con la comunidad médica, elabore guías y/o protocolos de práctica clínica oficiales para el tratamiento de las personas nacidas en condición intersexual de obligatorio cumplimiento, para que reciban un manejo ágil y adecuado en las instituciones de salud en los casos en los que deseen la readaptación sexual.

OCTAVO: Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

SONIA VIVAS PINEDA

Secretaria General (E)

[1] El nombre del peticionario ha sido suprimido con el fin de proteger sus derechos a la intimidad y al habeas data.

[2] Sala de Selección compuesta por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Luis Ernesto Vargas Silva.

[3] Teniendo en cuenta que el nombre real fue reservado para proteger el derecho a la intimidad y habeas data, mediante auto del 26 de junio de 2014.

[4] Teniendo en cuenta que el nombre real fue reservado para proteger el derecho a la intimidad y habeas data, mediante auto del 26 de junio de 2014.

[5] Ver la definición propuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI.

[6] En escrito allegado a la Secretaría General de la Corte Constitucional dentro del proceso de revisión en referencia el pasado 22 de julio de 2014.

[7] Por su parte, la profesora asociada al Departamento de Psicología de la Universidad de Los Andes, Elvia Vargas Trujillo PhD, estableció que la ambigüedad sexual es “una condición congénita que involucra un desarrollo atípico del sexo cromosómico, gonadal o genital. En esta condición las características sexuales primarias que se expresan en la apariencia externa de los genitales, no facilitan la clasificación de la persona en una de las dos categorías reconocidas en un sistema binario como el que prevalece en la actualidad (hombre/mujer). La ambigüedad genital es una diferencia sexual causada por variaciones en el número de cromosomas sexuales o por la exposición a niveles distintos de hormonas relevantes para el desarrollo urogenital en el período prenatal. Las principales categorías que describen estas condiciones congénitas de ambigüedad genital son intersexual gonadal verdadero (antes denominado hermafroditismo), intersexual 46, xy (pseudohermafroditismo masculino) e intersexual 46, XX (pseudohermafroditismo femenino). La intersexualidad gonadal verdadera es una condición en la cual se encuentran tejidos testiculares y ováricos en la misma persona y su desarrollo urogenital es ambiguo”.

[8] Por ejemplo véase la sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[9] La Suprema Corte de Filipinas analizó el caso de la señora Jennifer Cagandahan contra la República de las Filipinas (2008). Disponible en: <http://www.icj.org/sogicasebook/republic-of-the-philippines-v-jennifer-cagandahan-supreme-court-of-the-philippines-second-division-12-september-2008/>. La Corte Regional de Colonia, Alemania, analizó el caso de Christiane Völling (2008). Disponible en: <http://www.icj.org/sogicasebook/in-re-volling-regional-court-cologne-germany-6-february-2008/>

8/.

[10] La Suprema Corte de Filipinas analizó el caso de la señora Jennifer Cagandahan contra la República de las Filipinas (2008). Disponible en: <http://www.icj.org/sogicasebook/republic-of-the-philippines-v-jennifer-cagandahan-supreme-court-of-the-philippines-second-division-12-september-2008/>.

[11] Ver sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1021 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[12] En México a través del amparo directo 6/2008 el peticionario solicitaba el cambio de sexo en su registro de nacimiento. Afirmó que había sido diagnosticado con pseudohermafroditismo femenino desde su nacimiento. Debido a ello, se realizó la operación de readaptación de genitales, por lo que, mediante el amparo, solicitaba que se hiciera una modificación a su acta de nacimiento y se emitiera una nueva en la que se inscribiera su sexo femenino sin ninguna anotación marginal adicional que dejara constancia sobre su operación y su estado intersexual. El Pleno de la Corte mexicana ordenó que se le expidiera al peticionario una nueva acta de nacimiento donde constara únicamente su sexo femenino con su nuevo nombre. El Tribunal sustentó su decisión en la protección de los derechos al desarrollo libre de la personalidad, intimidad e igualdad. Disponible en: www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../08000060.001.doc. También ver al respecto: Suprema Corte de Kenya conoció la demanda interpuesta por “Richard Muasya contra Hon Attorney General (2010)”. Disponible en: <http://www.icj.org/sogicasebook/richard-muasya-v-the-hon-attorney-general-high-court-of-kenya-2-december-2010/>

[13] La Corte Regional de Colonia, Alemania, analizó el caso de Christiane Völling (2008). Disponible en: <http://www.icj.org/sogicasebook/in-re-volling-regional-court-cologne-germany-6-february-2008/>. En 2011, el Tribunal Constitucional alemán dictaminó que para el reconocimiento legal del sexo de una persona recién nacida no podía ser la cirugía de reasignación de sexo, pues esto conculcaba los derechos a la integridad física y a la libre determinación del individuo. De la misma forma lo hizo en el 2009, el Tribunal Superior Administrativo austríaco el cual también sostuvo que la reasignación obligatoria de género como condición para el

reconocimiento legal de la identidad de género era ilícita. Tribunal Constitucional Federal, 1 BvR 3295/07. Disponible en: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110111_1bvr329507.html y Tribunal Superior Administrativo, N° 2008/17/0054, fallo de 27 de febrero de 2009, respectivamente.

Referencia citada en el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de 1 de febrero de 2013.

[14] La Suprema Corte de Kenya conoció la demanda interpuesta por “Richard Muasya contra Hon Attorney General (2010)”. Disponible en: <http://www.icj.org/sogicasebook/richard-muasya-v-the-hon-attorney-general-high-court-of-kenya-2-december-2010/>

[15] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[16] Consta en los antecedentes de aquella providencia que “durante un examen pediátrico, se encontraron genitales ambiguos, con un falo de tres (3) centímetros (semejante a un pene), pliegue labios escrotales con arrugas y en su interior, gónadas simétricas de un centímetro de diámetro, en los dos lados, orificio único en el perinén.”.

[17] Ver sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[18] En palabras de la Sala Plena: “Este análisis muestra que, según gran parte de la literatura ética y de la práctica jurídica, el grado de autonomía que se exige para tomar una decisión sanitaria depende de la naturaleza de la intervención médica, y en especial de su carácter invasivo o no, de sus posibles riesgos y de sus eventuales beneficios”. Sentencia SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[19] Ver sentencias T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero y SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[20] Sentencia T-477 de 1995. MP Alejandro Martínez Caballero..

[22] Ver también sentencia T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[23] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[24] Ver al respecto, entre otras, las reflexiones de esta Corte sobre la prestación del consentimiento en situaciones complejas y riesgosas, en la sentencia C-239 de 1997. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte D. Ver igualmente las exigentes pautas establecidas por las asociaciones médicas para casos de transexualidad, las cuales fueron resumidas por esta Corte en la nota No 98, del fundamento jurídico 40 de la referida sentencia SU-337 de 1999.

[25] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[26] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[27] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[28] Ver sentencia T-1025 de 2002. Por otra parte, igualmente en las citadas providencias, se considera que la cirugía podría ser más exitosa, en términos de secuelas físicas y psicológicas, ya que es posible el mejoramiento de los tejidos corporales a intervenir aminorando los daños físicos que involucran este tipo de prácticas, v.gr, la pérdida de la sensibilidad sexual.

[29] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[30] La edad límite para la legitimidad del consentimiento sustituto es un asunto expresamente resuelto en la jurisprudencia constitucional. Al respecto, en la Sentencia SU-337/99 se dijo: “90- Una pregunta surge del anterior examen: ¿hasta qué edad se debe esperar para que la niña pueda autorizar esas intervenciones quirúrgicas y hormonales? No existe una respuesta tajante a ese interrogante, e incluso quienes defienden los protocolos alternativos reconocen que se trata de un problema muy difícil de resolver. Por ende, en cada caso concreto, corresponderá a los equipos interdisciplinarios realizar las pruebas pertinentes para evaluar si la persona goza de la autonomía suficiente para brindar un consentimiento informado. Con todo, esta Corte considera que algunos elementos normativos son claros y enmarcan la acción de esos grupos interdisciplinarios. Así, en primer término, no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, puesto que, como ya se señaló en esta sentencia, no es lo mismo la capacidad legal que la

autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual, un menor, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria. Es más, algunos profesionales de la salud consideran que en la actualidad, muchos niños de 8 o 9 años pueden ya tener la autonomía suficiente para decidir si autorizan o no ciertos tratamientos. Sin embargo, la Corte precisa, en segundo término, que en este caso, la menor debe autorizar una intervención médica, que es invasiva, riesgosa e irreversible, por lo cual, conforme a los criterios señalados en esta sentencia, su consentimiento debe también ser cualificado. La Corte considera entonces, que para asegurar la autonomía de la paciente, es deber de estos equipos interdisciplinarios no sólo apoyar psicológicamente a la persona sino también establecer un procedimiento para la adopción de la decisión por la paciente que permita garantizar que la autorización será lo más informada y genuina posible. Así, en algunos casos, es posible que al inicio de la pubertad, la menor goce de la autonomía suficiente para aceptar una intervención quirúrgica, mientras que, en otros eventos, el equipo interdisciplinario puede concluir que es necesario postergar un tiempo más la decisión, pues la persona no goza de una comprensión suficiente de los riesgos y beneficios de esas intervenciones. Igualmente, es posible que, siguiendo las orientaciones de los protocolos médicos, los equipos interdisciplinarios opten por una autorización por etapas, de tal manera que primero se administren ciertas hormonas, con efectos más reversibles, y sólo después de un tiempo pueda procederse a las intervenciones más irreversibles, como la cirugía. La Corte considera que serán cada vez más importante los testimonios y los criterios de los propios menores.”

[31] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[32] Sobre este punto, la Corte sostuvo en la Sentencia SU-337 de 1999 lo siguiente: “Una obvia pregunta surge: ¿a qué edad se puede presumir que han ocurrido los cambios psicológicos que invalidan el consentimiento sustituto paterno en caso de ambigüedad genital de la menor XX? No existe una respuesta clara a ese interrogante, por cuanto las diferentes personas se desarrollan en distinta forma, y existen a veces agudas controversias entre las diversas escuelas psicológicas sobre la manera como los seres humanos evolucionan, desde el nacimiento hasta la madurez. Como es obvio, no corresponde a esta Corporación dirimir esas difíciles polémicas (sic). Sin embargo, es importante resaltar que numerosos estudios de psicología evolutiva y las diversas escuelas psicológicas, a pesar de sus obvias diferencias de enfoque, coinciden en general en indicar

que a los cinco años un menor no sólo ha desarrollado una identidad de género definida sino que, además, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo y posee una autonomía suficiente para manifestar distintos papeles de género y expresar sus deseos.

[33] Cfr. SU-337 de 1999 y T-551 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero)

[34] “Así, el Presidente del colegio médico de Chile, doctor Enrique Accorsi, señaló en el Consejo de la AMM, durante la 150 sesión, que “debido a la cantidad de estímulos y de información que los menores reciben en la actualidad ya a los 8 o 9 años o incluso antes, tienen perfecta claridad de lo que está bien o está mal, lo que les duele”.

[35] Algunos países con el objeto de proteger la identidad de estas personas, han adicionado a los registros de nacimiento una tercera categoría, a parte del masculino y femenino, que sirve para darle un reconocimiento legal apropiado al individuo mientras que define alguno de los dos sexos tradicionales o si prefiere mantener un estado intersexual.

[36] Comité de Expertos de la Comisión Europea (2011.: Disponible en: http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/trans_and_intersex_people_EC_EN.pdf

[37] Texto original: “The preliminary findings by the Ethics Council after the hearing and the basis for online consultation show that amongst others: (i) there is agreement on the physical integrity of intersex people and that “irreversible” invasive medical treatment should be postponed as long as possible; (ii) the parental right to decide in the best interest of the child is limited when it comes to medical gender assignment as this touches the core of the person’s right to gender identity and sexual sensitivity; and (iii) that “those persons could not, based on the prohibition of discrimination and the right to self-determination, be forced to assign themselves for one of the binary categories of male or female” (emphasis added). The final findings are expected to be published by the end of 2011. Additionally, a motion introduced in the German Bundestag in April 2011 asks the Bundestag to call on the Federal Government to advance recognition and respect to intersex people’s realities in various spheres including civil status and statistics, end surgery on intersex children, provide advice and include intersex issues in school curricula amongst others”.

[38] “Aportes para el cumplimiento de derechos humanos en la temática intersex”.

Documento de trabajo No. 22, Género. Febrero de 2014. Ministerio Público Tutelar de Buenos Aires. Disponible en:
http://asesoria.jusbaire.gob.ar/sites/default/files/dtn22_intersex.pdf

[39] “Aportes para el cumplimiento de derechos humanos en la temática intersex”. Documento de trabajo No. 22, Género. Febrero de 2014. Ministerio Público Tutelar de Buenos Aires. Disponible en:
http://asesoria.jusbaire.gob.ar/sites/default/files/dtn22_intersex.pdf

[40] “Aportes para el cumplimiento de derechos humanos en la temática intersex”. Documento de trabajo No. 22, Género. Febrero de 2014. Ministerio Público Tutelar de Buenos Aires. Disponible en:
http://asesoria.jusbaire.gob.ar/sites/default/files/dtn22_intersex.pdf

[41] Consejo de Europa. Disponible en:
<http://humanrightscomment.org/2014/05/09/a-boy-or-a-girl-or-a-person-intersex-people-lack-recognition-in-europe/>

[42] ONU. Relator Especial contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Disponible en:
http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf

[43] En el preámbulo del documento se relata el origen de los principios: “La Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, en nombre de una coalición de organizaciones de derechos humanos, han puesto en marcha un proyecto encaminado a desarrollar una serie de principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual y la identidad de género, a fin de imbuir de una mayor claridad y coherencia a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

Un distinguido grupo de especialistas en derechos humanos ha redactado, desarrollado, discutido y refinado estos Principios. Luego de reunirse en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006, 29 reconocidas y reconocidos especialistas procedentes de 25 países, de diversas disciplinas y con experiencia relevante

en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, adoptaron en forma unánime los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”.

[44] Tarjeta de identidad del menor. Cuaderno principal de la acción de tutela.

[45] Manifestación expresada durante consulta del 20 de enero de 2014 ante médico endocrinólogo pediatra.

[46] Manifestación realizada por la madre en la consulta ante la cirujana pediatra el 15 de julio de 2014. Cuaderno de revisión.

[47] Manifestación expresada durante consulta del 20 de enero de 2014 ante médico endocrinólogo pediatra.

[48] Cuaderno principal del escrito de la acción de tutela. Copia de la tarjeta de identidad del menor.

[49] Cuaderno principal, fl. 21.

[50] Cuaderno principal, fl. 10.

[51] Cuaderno principal, fl. 13.

[52] Cuaderno principal, fl. 16.

[53] Cuaderno principal, fl. 23 y 24.

[54] Cuaderno de revisión, folio 3 respuesta de la EPS Suramericana.

[55] Constancia en consulta ante la cirujana pediatra el 15 de julio de 2014. Cuaderno de revisión.

[56] Cuaderno principal, fl. 10.

[57] Ver sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[58] Ver sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[59] Ver sentencias SU-337 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-551 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[60] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[61] Esto fue manifestado por la madre en la consulta médica del 25 de septiembre de 2013 ante el médico general.

[62] En la última consulta se puede leer que “el paciente con dx trastorno de diferenciación sexual - (46xy(30). Hipospadia escrotal + criptorquidea bilateral con testículos no palpables (intrabdominales? - hipotrofia testicular? - monorquia?) (en resonancia solo se evidenció uno hipotrofico) - considera que requiere estudio y manejo en tercer nivel y definir por cirugía pediátrica y urología o en staff de cirugía pediátrica manejo quirúrgico a seguir”. Ver historia clínica, cuaderno de revisión y escrito allegado por la EPS Suramericana el 18 de julio de 2014 a la Secretaría General de la Corte Constitucional.

[64] Profesora y Doctora en Psicología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Los Andes, Elvia Vargas Trujillo.

[65] Concepto allegado al proceso de revisión el 22 de julio de 2014, cuaderno de revisión.

[66] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[67] Cfr. Sentencia T-1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.