

Sentencia T-912/08

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

MENOR HERMAFRODITA-No es legítimo el consentimiento sustituto de los padres debido a que el niño ya ha superado el umbral crítico de la identificación de género

Una vez revisado el expediente y sintetizadas las reglas jurisprudenciales confirmará la decisión de los jueces de tutela. Lo anterior, en razón a que en este caso está demostrado que el niño hermafrodita ya ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo, motivo por el cual no es legítimo el consentimiento sustituto paterno para que sea operado, pues los riesgos son excesivos, no aparece clara la utilidad de practicar esa cirugía antes de que el propio paciente pueda autorizarla, y el menor ya goza de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Ordenará a la EPS la conformación de un equipo interdisciplinario para prestar la atención médica y psicoterapéutica del niño y sus padres en la toma de decisión para la cirugía de asignación de sexo

Uno de los componentes más importantes, y por tanto ineludibles, al momento de decidir por parte de los jueces este tipo de asuntos, es la necesidad de integrar, para garantizar los derechos constitucionales a la igualdad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del menor, un equipo interdisciplinario que deberá prestar la atención médica y psicoterapéutica requerida no sólo por el niño, sino por los padres de éste, en razón a los retos complejos que estas situaciones plantean para el niño y su familia. Al respecto la Corte ha indicado que en estos casos es necesario que el juez constitucional tome las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales del niño. Por ello la Corte ha ordenado a las autoridades competentes tomar medidas para que tanto el niño como sus padres reciban el apoyo psicoterapéutico e interdisciplinario que se requiera, para que puedan comprender adecuadamente la situación que enfrentan. En ese sentido, la Corte ha reivindicado la necesidad de conformar un equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un sicoterapeuta y un trabajador social, para que acompañen al menor y a sus padres en todo este proceso. Según lo dicho por esta

Corporación a este equipo le corresponde entonces establecer, a partir de la práctica de las pruebas pertinentes, el momento en el que el niño goza de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si el paciente toma esa opción.

Referencia: expediente T-1.918.176

Acción de tutela instaurada por PEDRO en nombre de su hijo menor de edad en contra del Instituto de Seguros Sociales, la Clínica General del Norte de BB y MELCO`S IPS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, DC., dieciocho (18) de septiembre de dos mil ocho (2008).

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de BB y la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de BB, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Anotación Preliminar.

Esta Sala ha adoptado como medida de protección de la intimidad del niño involucrado en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma, sus nombres y los de sus familiares, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación¹.

De los hechos y la demanda.

1. PEDRO, por intermedio de apoderado y en nombre de su hijo menor de edad, interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), de la Clínica

General del Norte de BB y de MELCO`S IPS. El actor considera que estas instituciones están vulnerando los derechos a la vida y al libre desarrollo de la personalidad de su hijo con base en las siguientes consideraciones:

1. Sostiene que su hijo, de cinco (5) años de edad, según los diagnósticos médicos padece “hermafroditismo verdadero”. Por este motivo, el actor ha realizado todos los trámites y gestiones necesarias para que las entidades accionadas le practiquen una cirugía correctiva a su hijo, sin embargo, estas entidades se niegan a autorizar y realizar el procedimiento.

2. Indica el accionante que “el hermafroditismo verdadero que presenta el menor, se refleja en que este tiene los genitales masculinos completos y por debajo del escroto una proyección de una vagina y un ovario (...)”. Agrega que “según los estudios a los que ha sido sometido el menor este presenta desarrollado de manera normal (sic) el aparato reproductor masculino y los niveles hormonales masculinos son los adecuados (...) por lo que la identidad del niño es netamente masculina según los exámenes practicados”².

3. Afirma que el ISS, luego de practicar una serie de exámenes médicos, remitió a su hijo a MELCO`S IPS y ésta última entidad a su vez lo remitió a la Clínica General del Norte con el fin de que se estudiara la posibilidad de realizar una cirugía correctiva.

4. Manifiesta que la Clínica General del Norte, luego de convocar una Junta Médica que estudió el caso de su hijo, se negó a practicar la intervención quirúrgica. Según él, la Junta Médica concluyó que, de acuerdo a las leyes y la jurisprudencia constitucional colombiana, la decisión de realizar la intervención se deberá tomar con el consentimiento del paciente, cuanto éste cumpla dieciocho (18) años de edad.

5. Dados los anteriores hechos, y teniendo en cuenta que desde el nacimiento su hijo ha sido educado con orientación sexual masculina, por medio de la presente acción de tutela, el actor solicita que se ordene a las entidades accionadas realizar la intervención quirúrgica en mención. Para justificar esta petición, el accionante argumenta que de acuerdo a los precedentes fijados en las sentencias SU-337 de 1999, T-551 de 1999 y T-692 de 1999 de esta Corporación, “se ha llegado a la conclusión que el permiso paterno sustituto es válido para autorizar una remodelación genital en menores de cinco siempre y cuando se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente”.

2. La solicitud de tutela fue admitida el treinta (30) de octubre de dos mil siete (2007), por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de BB.

Intervención de las entidades demandadas.

3. La Representante legal de MELCO`S IPS solicitó al despacho de primera instancia denegar el amparo solicitado. Sostuvo que, a juicio de la entidad que ella representa, “los padres tutelantes carecen de la información suficiente para otorgar un consentimiento en los términos señalados por la Corte [Constitucional] y es claro que la avanzada edad del menor exige un análisis más detallado y profundo respecto de una decisión que ya en parte le corresponde [al niño]”. Agregó que las pretensiones que se desprenden de la acción de tutela no van dirigidas contra MELCO`S IPS, sino en contra del ISS y la Clínica General del Norte. En ese sentido, concluye que MELCO`S IPS, materialmente, no tiene legitimación por pasiva en el presente asunto.

4. En la misma dirección, el Director Nacional Jurídico de la Clínica General del Norte solicitó que se negara el amparo solicitado con base en las siguientes razones:

1. De acuerdo a las consideraciones médico científicas, producto del análisis de la multiplicidad de pruebas practicadas al hijo del actor, los médicos de la institución concluyen enfáticamente que “no se debe realizar la cirugía para intentar dejar al paciente con sus órganos masculinos y no lo consideran, (sic) por cuanto los exámenes determinan que internamente, cromosómicamente y genéticamente, se trata de un paciente femenino y por lo tanto existen altísimas posibilidades de que hacia el futuro el paciente sufra gravísimas complicaciones de todo tipo y afecte su desarrollo (sic)”. [subraya fuera de texto]

2. Dentro de los medios probatorios tenidos en cuenta para llegar a la conclusión anterior relaciona las siguientes pruebas médicas:

a. “Examen de patología3: (...) [H]ace una descripción de la muestra tomada al paciente para la biopsia y del procedimiento para el análisis de la misma y al final señala como diagnóstico el siguiente:

“GANGLIO LINFÁTICO. (Resección) con: Hiperplaxia Mixta. (...)

“TESTÍCULO DERECHO (Biopsia) con atrofia. (Confirma que el paciente tiene su único

testículo y que es el derecho (sic), ATROFIADO TOTALMENTE y sin que exista posibilidad hasta ahora conocida que pueda realizar las funciones normales (sic).

“GONADA ABDOMINAL. (Los testículos normalmente deben estar dentro de la bolsa escrotal y en el paciente el único testículo está en el abdomen y atrofiado).

“OVARIO CON FOLÍCULOS PRIMORDIALES. (Son los folículos primarios que después progresan en maduración hacia óvulos y al darse esto, hay marcada FEMINIDAD).

“PRIMERA CONCLUSIÓN: (...) [E]l resultado de la PATOLOGÍA determina que se está ante una marcada incidencia de un PACIENTE FEMENINO” [Negrilla y mayúsculas del texto]

a. “Ecografía abdominal total4: (...) [S]eñala en su parte final o de conclusiones:

“Ovario Izquierdo Multifolicular:(Son los folículos primarios que después progresan en maduración hacia óvulos)

“Testículo derecho

“Ausencia de Ovario Derecho, testículo izquierdo, útero (Confirma el resultado de patología)

“SEGUNDA CONCLUSIÓN: Es un paciente que si bien es cierto tiene testículo, sólo tiene uno solo (sic) y el mismo, conforme el informe de patología, está atrofiado y en forma adicional, tiene un Ovario Izquierdo que aunque inmaduro, está funcionando, lo cual determina que existe la tendencia FEMENINA” [Negrilla y mayúsculas del texto]

a. “Examen de testosterona total5. (...) Para este complejo y altamente especializado examen, se analizan varios componentes que se toman del paciente y estos son:

“Pruebas especiales:

* “DEHIDROEPIANDROSTERONA SULFATO.

Valor de Referencia: 80-560.

Resultado: Menor de 30 ug/dl”

* “Hormona Folículo Estimulante F.S.H. Nivel Serico de Hormona Folículo Estimulante.

Resultado: 2.19mUI/ml

* "L.H. Hormona Luteinizante L.H.

Valor de Referencia: Pre-púberes: 0 - 4.0 mUI/ml, Adultos: 1.1. - 7.0 mUI/ml.

Resultado: Menor de 0.10 mUI/ml

* "Testosterona total. (niños)

Valor de Referencia 0.5. - 5.0 ng/ml.

Resultado: Menor de 0.10 ng/ml"

"CONCLUSIÓN. Al confrontar los valores de referencia y que señalan el rango mínimo y máximo para que se pueda considerar normal el resultado y en especial determinar que se trata de un paciente del SEXO MASCULINO, tenemos que los resultados en un todo, ESTÁN MUY, PERO MUY POR DEBAJO (sic) de los rangos mínimos que figuran en el resultado del examen aportado por el apoderado del padre del paciente y por lo tanto, tenemos que tal resultado concuerda en un todo con el resultado de patología, con la ecografía, con el CARIOTIPO y con el resultado del examen denominado CISTOURETROGRAFÍA MICCIONAL y en especial en cuanto a que hay MARCADA PERSISTENCIA al sexo FEMENINO. [Negrillas, subrayas y mayúsculas del texto].

a. "Examen de Cistouretrografía miccional. (...): "(...) Se pacifica vejiga de tamaño, contornos normales sin evidencia de defectos de llenamiento. Durante la fase miccional se pacifica uretra de APARIENCIA FEMENINA de calibre y curso normal"

"CONCLUSIÓN: Conforme lo precisado, coincide con los demás exámenes altamente especializados en cuanto existe marcada tendencia del paciente al sexo FEMENINO". [Negrillas, subrayas y mayúsculas del texto].

a. "Estudio cromosómico6 (...) [D]etermina en su resultado que el paciente arrojo (sic) CARIOTIPO 46, XX."

"Sin la menor duda, tenemos que este solo examen (sic) determina que se trata de un PACIENTE FEMENINO, ya que de por lo menos (sic) existir tendencia hacia la masculinidad, el

resultado indicaría XY y nunca XX, lo cual determina que en cuanto al cariotipo y sin lugar a la menor duda, se trata (sic) de un paciente del sexo femenino”.

1. A partir de la revisión de las conclusiones extraídas de las pruebas médicas practicadas al hijo del accionante, el Director Nacional Jurídico de la Clínica General del Norte solicitó que se “ordene que al proceso acuda la madre del paciente y manifieste su voluntad en cuanto a las peticiones de la tutela” y que a partir de los criterios desarrollados por la jurisprudencia, se ordene integrar un equipo interdisciplinario que asesore a los padres y al menor, de manera que les permita consolidar un consentimiento informado y calificado, previo a la realización de la cirugía correctiva si hubiere lugar a ésta, en caso de presentarse concordancia entre la manifestación de la voluntad de los padres, el menor y el equipo médico.

5. El ISS se pronunció extemporáneamente en el presente asunto. Solicitó, con base en los conceptos médicos que integran la historia clínica del menor, que la cirugía reclamada por el actor se practique hasta cuando el hijo tenga la mayoría de edad y que por lo tanto, se niegue el amparo pretendido por el padre del niño.

De los fallos de tutela

6. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de BB, en providencia del trece (13) de noviembre de dos mil siete (2007), negó el amparo solicitado por el accionante. Dicho Juzgado, teniendo en cuenta algunos criterios definidos por la jurisprudencia constitucional, argumentó en relación al consentimiento requerido para la práctica de la intervención quirúrgica lo siguiente: (i) de un lado, aunque no es causal de nulidad, en el expediente no aparece de manera expresa el consentimiento de la madre y, de otro lado, al realizar un análisis sobre el consentimiento dado por el padre para que a su hijo se le practique la cirugía, se llega a la conclusión de que éste no es informado, calificado y persistente. Adicionalmente, teniendo en cuenta la edad actual del menor, quien debe decidir sobre su sexualidad, cuando llegue a los dieciocho años, es él mismo.

7. El actor impugnó la decisión. De la impugnación conoció la Sala Tercera Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de BB, quien desestimó el recurso reiterando las razones expuestas por el juez de tutela de primera instancia. Agregó que “el juez constitucional no

puede ir en contra del (...) dictamen médico y ordenar la cirugía requerida por el padre del menor, puesto que en ella se manifiestan las complicaciones que esta podría generar en su salud física y mental (...)” de este último.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Este asunto fue seleccionado para su revisión mediante el auto proferido por la Sala de Selección Número Seis del trece (13) de junio de dos mil ocho (2008).

En el presente asunto corresponde a la Sala establecer si, dadas las circunstancias del caso, para proceder a la protección de los derechos fundamentales invocados por el infante resulta viable que la intervención requerida para la asignación de sexo se realice a partir del consentimiento sustituto de los padres, o si, por el contrario, como se trata de un menor que ha sobrepasado el umbral de los cinco años, se hace indispensable, de conformidad con la línea jurisprudencial fijada por esta Corporación, esperar a que adquiera la madurez suficiente para adoptar por sí mismo dicha decisión.

Teniendo en cuenta que este problema jurídico ya ha sido estudiado in extenso en ocasiones anteriores⁷, la Sala, con el fin de mantener un orden metodológico, (i) reiterará la doctrina constitucional sobre la materia, sintetizando las reglas jurisprudenciales que han sido definidas por esta Corporación en casos que guardan el mismo patrón fáctico con el que ahora se estudia. Posteriormente, (ii) verificará si en el presente asunto se reúnen los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional para el consentimiento sustituto de los padres en la autorización de intervenciones quirúrgicas relacionadas con la ambigüedad genital o estados intersexuales de menores de edad. Por último, (iii) revisará en detalle el contenido de las órdenes dadas por los jueces de tutela con el fin de establecer si, como lo argumentaron en sus decisiones, siguieron en su integridad los lineamientos fijados por esta Corte para decidir el caso bajo examen.

1. Reiteración de la doctrina constitucional sobre los requisitos del consentimiento sustituto informado de los padres para la práctica de intervenciones destinadas a la asignación de sexo y remodelación genital en casos de ambigüedad genital o “hermafroditismo”.

1.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido las dificultades valorativas que existen en el estudio de los asuntos relacionados con temas de ambigüedad genital o estados intersexuales⁸. A pesar de ello, ha logrado estructurar una doctrina constitucional a partir de la cual se deben analizar los asuntos relacionados con estos temas por parte de los jueces de tutela⁹.

1.2. En cada uno de los casos estudiados¹⁰, la Corte ha decantado las especificidades que están inmersas en el análisis de la tensión constitucional existente entre el principio de autonomía¹¹ y el principio de beneficencia¹²: En asuntos como el que ahora estudia la Corte, el primero privilegia las decisiones del menor de edad en capacidad de decidir, mientras el segundo, permite a los padres tomar determinaciones en nombre de su hijo con el fin de protegerlo de acciones que vulneran su vida y su salud¹³.

1.3. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que si bien un niño, en algunos casos, puede no tener capacidad suficiente para expresar su voluntad en la realización de procedimientos de salud, en determinadas ocasiones su criterio resulta relevante e ineludible al momento de tomar una decisión que afectará de manera directa su vida futura.

1.4. Adicionalmente, ha indicado que dado que no es posible establecer reglas generales de fácil aplicación de la fórmula anterior para todos los eventos médicos, el análisis constitucional de este tipo de asuntos “supone[n] la necesidad de evaluar y ponderar, frente a cada caso concreto, las distintas variables que determinan la procedencia del consentimiento informado del menor con los elementos que dan preponderancia al consentimiento sustituto. A saber: (i) la urgencia del tratamiento, (ii) el impacto y/o riesgo del mismo sobre la autonomía actual y futura del niño; y (iii) la edad y/o madurez del menor”¹⁴. Esto, en atención a la multiplicidad de factores que convierten cada asunto médico en un universo único e irrepetible¹⁵.

1.5. A partir del análisis de los anteriores elementos, la Corte, en la sentencia de unificación SU-337 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero), reiterada de manera unánime en los fallos T-551 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-692 de 1999 (MP. Carlos Gaviria

Díaz), T-1025 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-1021 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), definió 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 sexual¹⁶, 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 decisión¹⁷.

1.6. Adicionalmente, la Corte precisó cómo debe proceder metodológicamente este equipo interdisciplinario:

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

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

“Esta sensibilidad debe orientarse a exigir de dichos profesionales, a través del ejercicio de su capacidad profesional o técnica (*lex artis*), la adopción de las medidas necesarias para: (i) el pronto diagnóstico de dichos estados, (ii) la formulación oportuna de terapias o

alternativas médicas disponibles para su superación, (iii) el seguimiento, la constante valoración y la protección del componente humano sensible e indefenso y, perentoriamente, (iv) la prestación del acompañamiento psicológico y terapéutico necesario para la rehabilitación

2. Consideraciones específicas en el caso concreto.

2.1. En el presente asunto, el actor solicita una cirugía correctiva o de adecuación sexual para su hijo, dado que este último, según los diagnósticos médicos, padece “hermafroditismo verdadero”. Sin embargo, las instituciones prestadoras de los servicios de salud se niegan a practicar la intervención, por considerar que (i) los exámenes y pruebas realizados al menor indican que están frente a un paciente cuyo sexo cromosómico es el propio de una mujer y que, a pesar de presentar manifestaciones fenotípicas fálicas, éstas no tienen posibilidad de desarrollo futuro. Además, (ii) porque al tener en cuenta que el niño tiene más de cinco años, a partir de los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional, la decisión de una cirugía altamente invasiva como la pretendida por medio de esta acción de tutela, requiere de su participación y consentimiento informado. Los jueces de instancia negaron la pretensión del actor basados en los criterios jurisprudenciales y las pruebas médicas obrantes en el expediente.

2.2. Esta Sala de decisión, una vez revisado el expediente y sintetizadas las reglas jurisprudenciales confirmará la decisión de los jueces de tutela. Lo anterior, en razón a que en este caso está demostrado que el niño hermafrodita ya ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo, motivo por el cual no es legítimo el consentimiento sustituto paterno para que sea operado, pues los riesgos son excesivos, no aparece clara la utilidad de practicar esa cirugía antes de que el propio paciente pueda autorizarla, y el menor ya goza de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida.

2.3. No obstante, la Sala advierte que los jueces de tutela, si bien adoptaron un sentido adecuado de la decisión, no siguieron en su integridad el precedente fijado para tratar asuntos como el que se estudia, como veremos a continuación:

2.3.1. Uno de los componentes más importantes, y por tanto ineludibles, al momento de decidir por parte de los jueces este tipo de asuntos, es la necesidad de integrar, para

garantizar los derechos constitucionales a la igualdad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del menor, un equipo interdisciplinario que deberá prestar la atención médica y psicoterapéutica requerida no sólo por el niño, sino por los padres de éste, en razón a los retos complejos que estas situaciones plantean para el niño y su familia.

2.3.2. Al respecto la Corte ha indicado que en estos casos es necesario que el juez constitucional tome las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales del niño. Por ello la Corte ha ordenado a las autoridades competentes tomar medidas para que tanto el niño como sus padres reciban el apoyo psicoterapéutico e interdisciplinario que se requiera, para que puedan comprender adecuadamente la situación que enfrentan. En ese sentido, la Corte ha reivindicado la necesidad de conformar un equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también un sicoterapeuta y un trabajador social, para que acompañen al menor y a sus padres en todo este proceso. Según lo dicho por esta Corporación a este equipo le corresponde entonces establecer, a partir de la práctica de las pruebas pertinentes, el momento en el que el niño goza de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si el paciente toma esa opción.¹⁸

2.4. Como ya se mencionó, a pesar de la importancia de estos equipos interdisciplinarios y de tratarse de un componente estructural de la decisión en estos eventos como lo ha concretado la Corte, los jueces de instancia no se pronunciaron sobre este aspecto en particular.

2.4.1. En este caso, la conformación de dicho equipo resulta aún más necesaria dado que al niño social y culturalmente se le ha perfilado una orientación de género masculina y las pruebas médico-científicas practicadas y allegadas al expediente, esto es, el examen de patología, la ecografía abdominal total, el examen de testosterona total, el examen de cistouretrografía miccional y el estudio cromosómico coinciden en sostener que se está en presencia de una tendencia biológica al sexo femenino. Por este motivo, con base en los planteamientos previos, en el presente asunto la Sala agregará a la decisión lo siguiente:

2.4.2 Se ordenará al ISS integrar dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, un equipo interdisciplinario conformado por médicos (cirujanos, urólogos, endocrinólogos, pediatras y psiquiatras), psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que

asistan, orienten y asesoren al niño NICOLÁS y a sus padres en el proceso de toma de decisión de la práctica de la cirugía de asignación de sexo y el suministro de los tratamientos hormonales indispensables para atender su caso. Para tales efectos, el equipo interdisciplinario deberá realizar los exámenes, diagnósticos y evaluaciones necesarias. Posteriormente, cuando se haya prestado esta asesoría y cuando el equipo interdisciplinario considere, a partir de las pruebas practicadas, que el niño NICOLÁS y sus padres están suficientemente informados de las consecuencias de llevar a cabo la cirugía y los tratamientos de asignación de sexo, deberá consultar formalmente al niño NICOLÁS y a sus padres acerca de la decisión final adoptada sobre la práctica y sentido de la intervención quirúrgica que generó la controversia en este caso. En caso de que la respuesta sea afirmativa y coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario, el ISS deberá realizar la cirugía en el término de quince (15) días siguientes a dicha manifestación de voluntad. Así mismo, deberá realizar los tratamientos hormonales requeridos y cualquier otro tratamiento post-operatorio que sea indispensable, según concepto del grupo interdisciplinario y de conformidad con la evolución del paciente. La participación de los dos padres durante todo el proceso es indispensable.

2.4.3. En caso de que la decisión del menor no coincida con la de sus padres o que la decisión del menor y sus padres no coincida con el concepto del equipo interdisciplinario, no podrá realizarse la cirugía de asignación de sexo. Ello no obsta para que la misma se realice posteriormente, cuando así lo soliciten, por haber coincidido en su voluntad, el niño NICOLÁS y sus padres, y dicha voluntad coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Segundo. CONFIRMAR, pero con el alcance previsto en esta providencia, las sentencias del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de BB y de la Sala Tercera Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de BB, proferidas en el presente asunto, en cuanto, tutelaron los derechos a

la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y a la igualdad del niño NICOLÁS, y negaron las pretensiones de la acción de tutela interpuesta por su padre.

Tercero. En consecuencia, de acuerdo a los términos señalados en este fallo, ORDENAR a la EPS del Instituto de Seguros Sociales que:

a) Dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, INTEGRE un equipo interdisciplinario conformado por médicos (cirujanos, urólogos, endocrinólogos, pediatras y psiquiatras), psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que asistan, orienten y asesoren al niño NICOLÁS y a sus padres en el proceso de toma de decisión de la práctica de la cirugía de asignación de sexo y el suministro de los tratamientos hormonales indispensables para atender su caso. Para tales efectos, el equipo interdisciplinario deberá realizar los exámenes, diagnósticos y evaluaciones necesarias. La participación de los dos padres durante todo el proceso es indispensable.

b) Una vez se haya prestado la asesoría a que se hizo referencia en el literal anterior y cuando el equipo interdisciplinario considere que el niño NICOLÁS y sus padres están suficientemente informados de las consecuencias de llevar a cabo la cirugía y los tratamientos de asignación de sexo, CONSULTE formalmente al niño NICOLÁS y a sus padres acerca de la decisión final adoptada sobre la práctica y sentido de la intervención quirúrgica que generó la controversia en este caso.

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

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

Quinto. Por Secretaría, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Este tipo de decisiones han sido tomadas en varias ocasiones por esta Corporación en aquellos casos donde se advierte que un menor puede terminar afectado en alguno de sus derechos fundamentales por el hecho mismo de la publicación de la información que se ventila dentro del trámite de la acción de tutela, lo cual sugiere la necesidad de la reserva. Dicha decisión ha sido tomada entre otras, en las siguientes sentencias: T-523 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón), T-442 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell), T-420 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa); SU-337 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-1390 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-1025 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-639 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-794 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-900 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-302 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

2 Cfr. C1, Fl 2.

3 La copia de este examen se encuentra en el C1, Fl. 19.

4 Op. Cit. C1, Fl. 21.

5 Op. Cit. C1, Fl. 25 y ss.

7 La Corte se ha planteado este mismo problema en las sentencias T-477 de 1995 (MP. Alejandro Martínez Caballero), SU-337 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-551 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero), T-692 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz), T-1025 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-1021 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño). En la SU-337 de 1999 se unificaron los criterios a partir de los cuales deben decidirse, desde el punto de vista constitucional, este tipo de asuntos. Desde entonces la jurisprudencia de la Corte ha sido unánime en la reiteración de dichos criterios.

8 Así, en la sentencia SU-337 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero) la Corte sostuvo que “A pesar de su aparente sencillez, el presente problema constitucional es muy complicado, pues involucra aspectos médicos, sicosociales, jurídicos, e incluso morales, no sólo muy complejos sino que, además, tienen un componente de sufrimiento humano que puede ser muy intenso (...)”.

9 Para una síntesis de las decisiones relacionadas con este tema tomadas por la Corte hasta el mes de noviembre de 2002 ver la sentencia T-1025 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil); Fundamento 3.1.

10 Cfr. Supra nota 7

11 “El principio de autonomía, que obliga, prima facie, a que todo procedimiento médico sea autorizado por el paciente. El ejercicio de la profesión médica no puede entenderse de otra manera, puesto que el individuo, en una democracia pluralista, es entendido dentro de una dimensión de respeto irrestricto a la dignidad humana como valor del cual se originan los demás derechos fundamentales. Así toda actuación destinada a instrumentalizar a la persona, impidiéndole que pueda tomar las decisiones que estime convenientes sobre su cuerpo, se muestra como abiertamente desproporcionada y contraria a los principios que informan el Texto Superior” Cfr. T-1021 de 2003(MP. Jaime Córdoba Triviño).

12 “El principio de beneficencia comprende tanto el de benevolencia, según el cual la

práctica de los profesionales de la salud debe estar destinada a obtener el mayor bienestar posible para el paciente; como el de no maleficencia (*primun non nocere*), que impide que la práctica médica involucre el daño a la salud y a la integridad física del enfermo”. Cfr. T-1021 de 2001 (MP. Jaime Córdoba Triviño). Ver en este sentido el artículo 1 de la ley 23 de 1981.

13 Cfr. T-1021 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño). Considerando 3.

14 Cfr. T-1025 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil) Fundamento 7. Reiterado en la sentencia T-1021 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño)

15 Cfr. T-1025 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil). Fundamento No. 8.

16 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 enfoque¹⁶, 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.

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

18 Cfr. SU-337 de 1999. (MP. Alejandro Martínez Caballero). Este fallo agregó: “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. Por ello, como dice, en forma sugestiva un especialista sobre en la materia, el profesor William Reiner: “En últimas únicamente los niños ellos mismos son quienes pueden y deben identificar quienes y qué son. A nosotros los clínicos y los investigadores nos corresponde escuchar y aprender”¹⁸.