

# El concepto Biopolítico de la identidad de género en el estado intersexual\*

Biopolitical concept of gender identity in intersexual states

Mónica María Serna Vanegas\*\*

\*\* Egresada no titulada de la facultad de derecho de la Universidad Ces. Correo electrónico: monisernav82@hotmail.com.

Recibido: 30 de octubre de 2012 | Aprobado: 8 de noviembre de 2012

## Resumen

Más allá de las implicaciones morales que supone un estado de ambigüedad sexual y de los procedimientos médicos que puedan realizarse en estas circunstancias, encontramos el tratamiento jurídico dado a estos individuos que termina por conferirles identidad como persona colombiana, por encima de su propia voluntad o de las decisiones que sobre dicha condición ellos mismos tomen. Pese a la importancia de tener una identidad en nuestro país y de ser reconocidos como personas colombianas, quienes nacen con un estado de ambigüedad sexual, hoy quedan por fuera del ordenamiento jurídico, nuestros legisladores aún no se ocupan del tema, dejando a los jueces la tarea de establecer, según su análisis de los principios generales del derecho y de los derechos propios de un individuo, quién deberá determinar la identidad de dicho individuo afectado, si los padres mismos que detentan su custodia y cuidado personal, los médicos expertos en el tratamiento de estas patologías o es el individuo afectado quién deberá decidir su propia identidad sexual.

## Palabras Claves

Estado intersexual, ambigüedad sexual, consentimiento informado, autonomía, identidad sexual.

## Abstract

Beyond the moral implications that are set by a special social condition or sexual ambiguity and besides medical procedures that can be given under these circumstances, there is a legal treatment that ends up giving that individual identity as Colombian citizens.

Despite the importance of having an identity in our country and being recognized as a person in Colombia, those who are born with sexual ambiguity status, today are outside the legal system. Our lawmakers still do not address the issue, leaving the judges the task of creating, according to his analysis of the general principles of law and the rights of a person. Who must determine the identity of the individual concerned? Are the parents themselves

\* A pesar de que en la literatura médica se viene utilizando la expresión Desórdenes del Desarrollo Sexual (DDS) para referirse a las condiciones médicas reseñadas en este artículo, conservo en él términos como estado intersexual y ambigüedad sexual, a fin de evidenciar la dificultad que existe en el lenguaje jurídico para diferenciar dichos conceptos



who hold the custody and care, medical experts in the treatment of these diseases, or is the individual concerned who should decide their own sexual identity?

### KeyWords

Intersex condition, sexual ambiguity, informed consent, autonomy, sexual identity.

## Introducción

En el marco del trabajo de investigación denominado "El concepto Biopolítico de la vida en Michel Foucault<sup>1</sup> y su relación con el derecho fundamental a la vida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", desarrollado por Octavio Augusto Caro Garzón y Carlos Andrés Pérez Múnera, cuyo objeto era el de describir qué es la vida desde el pensamiento biopolítico de Michel Foucault, confrontándolo con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el derecho fundamental a la vida, nace este artículo de revista que pretende de manera más específica, analizar el manejo legal y jurídico que se le da en Colombia al estado de ambigüedad sexual como uno de los raseros del derecho fundamental a la vida analizado en dicha investigación.

Para este análisis, me apoyaré en los diferentes fallos de la Corte Constitucional y de la Sala de revisión de Tutelas, en diferentes nociones mé-

dicas que ayudarán a entender los conceptos de identidad de género y estado intersexual y así entraré en el debate de principios, derechos y costumbres que este tema trae por su falta de legislación y por su naturaleza misma.

Éste por ser un tema que trasciende el campo jurídico hasta llegar al campo axiológico, al campo científico y social, deberá ser tratado desde cada una de las disciplinas mencionadas, pues de no hacerlo, encontraríamos un grave desequilibrio que como en la actualidad dejaría una sensación de injusticia, violación a los derechos, desacato a los principios y de desprotección a individuos con esta condición.

Finalmente y luego de entender cada concepto, de conocer los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana y de saber de algunos debates respecto al tema, me dedicaré a examinar que tan protegidas jurídicamente están las personas con estado de ambigüedad sexual en nuestro país.

### Planteamiento del Problema

Independientemente de la postura ideológica que se adopte, la identidad es considerada como uno de los valores ético-sociales más importantes al interior de la sociedad, puesto que es condicionante para la existencia de los demás valores.

<sup>1</sup> El pensamiento de Foucault exploró los modelos cambiantes de poder dentro de la sociedad y cómo el poder se relaciona con la persona. Investigó las reglas cambiantes que gobiernan las afirmaciones que pueden ser tomadas de forma seria como verdaderas o falsas en distintos momentos de la historia. Estudió también cómo las prácticas diarias permiten a la gente definir sus identidades y sistematizar el conocimiento; los hechos pueden ser entendidos como productos de la naturaleza, del esfuerzo humano o de Dios. El pensamiento de Foucault se desarrolló en tres etapas. La primera, en *Locura y civilización* (1960), que escribió mientras era lector en la Universidad de Uppsala, en Suecia, reflejó cómo en el mundo occidental la locura -que alguna vez se pensó infundida por inspiración divina- llegó a ser considerada como enfermedad mental. En esta obra intentó exponer la fuerza creativa de la locura que había sido reprimida tradicionalmente por las sociedades occidentales. En su segunda etapa escribió *Las palabras y las cosas* (1966), una de sus obras más importantes. La última etapa de Foucault empezó con la publicación de *Vigilar y castigar*, en 1975. Se preguntaba en este ensayo si el encarcelamiento es un castigo más humano que la tortura, pero se ocupa más de la forma en que la sociedad ordena y controla a los individuos adiestrando sus cuerpos. En todos los libros de este último periodo, Foucault intenta mostrar que la sociedad occidental ha desarrollado un nuevo tipo de poder, al que llamó bio-poder, es decir, un nuevo sistema de control que los conceptos tradicionales de autoridad son incapaces de entender y criticar. En vez de ser represivo, este nuevo poder realza la vida. Foucault anima a la gente a resistir ante el Estado del bienestar desarrollando una ética individual en la que cada uno lleve su vida de tal forma que los demás puedan respetarla y admirarla. Murió en 1984 víctima del sida. (El poder de la palabra, 1998-2012)

Existe una multiplicidad de conceptos sobre lo que debe entenderse por género e identidad, siendo las diferentes posturas que se adoptan en ocasiones irreconciliables, porque dependen, en parte, de ideas morales profundamente arraigadas en la sociedad, de intereses económicos o de corrientes religiosas dominantes.

Con el desarrollo político y jurídico de la Constitución de 1991, y por tanto del estudio y análisis de los derechos fundamentales, en Colombia se han generado grandes debates, respecto al adecuado entendimiento de qué es la identidad y el género. De cómo deben estar definidos estos conceptos en términos constitucionales.

Con la creación de la Corte Constitucional Colombiana se ha hecho más notorio entre los múltiples sectores sociales, religiosos y académicos, el debate por un concepto de género, mientras que unos sectores de la sociedad comparten los pronunciamientos de fondo de este órgano, otros consideran que la Constitución Política está siendo mal interpretada y que la Corte no tiene en cuenta la idea de género que predomina en la sociedad, lo que nos remite a un problema interpretativo de importantes consecuencias biopolíticas.

El presente artículo pretende describir una de las formas jurisprudenciales en las que se ha entendido el género en Colombia: la de la Corte Constitucional. Para descifrar como ha interpretado la Corte los problemas de género, haremos un recorrido por las sentencias más significativas, producidas por dicha corporación.

Es importante advertir que el estudio de la jurisprudencia constitucional en Colombia y el concepto biopolítico de género, que tiene por objeto este artículo, solo pretende construir un marco conceptual de análisis que dé respuesta a la conveniencia, utilidad y regulación del estado

intersexual. En ningún caso mi intención es propositiva en el sentido de formular teorías o propuestas normativas en relación con la comprensión del género o la identidad sexual.

### *Identidad de género*

La configuración de la identidad personal es un fenómeno muy complejo en el que intervienen diversos factores, desde predisposiciones individuales hasta la adquisición de diversas capacidades originadas en el proceso de socialización y educación, pero sin duda un factor clave en la constitución de la subjetividad es la determinación de género, eje fundamental para conferir identidad al sujeto.

Todo individuo debe pasar por un proceso de socialización en donde se transmiten y enseñan formas de comportarse, pensar y sentir para los hombres y para las mujeres, que son diferentes y opuestas, y que son asignadas a partir del sexo biológico de cada ser humano.

Este proceso comporta escenarios que como la familia, las instituciones educativas, la religión, los medios de comunicación social, entre otros, crean un ideal de masculinidad y feminidad y las personas adquieren su identidad de género, referida a como se incorporan según los mandatos culturales en la sociedad.

Foucault en el primer volumen de la historia de la sexualidad: la Voluntad de saber, sostiene que la sexualidad no es un impulso natural de los cuerpos sino que "el sexo, por el contrario, es el elemento más especulativo, más ideal y también más interior en un dispositivo de sexualidad que el poder organiza en su apoderamiento de los cuerpos, su materialidad, sus fuerzas y sus placeres"<sup>2</sup> Es decir, según Foucault, no se debe entender la sexualidad como un asunto privado, íntimo y natural sino que es totalmente cons-

<sup>2</sup> Historia de la sexualidad. Vol. 1. La voluntad de saber. Pág. 165.

truida por la cultura hegemónica, es el resultado de una "tecnología del sexo"<sup>3</sup>, definida como un conjunto "de nuevas técnicas para maximizar la vida"<sup>4</sup>, desarrollada y desplegada por la burguesía a partir del siglo XVIII con el propósito de asegurar su supervivencia de clase y el mantenimiento en el poder. Entre esas tecnologías del sexo incluye Foucault los sermones religiosos, las disposiciones legales, el discurso científico o médico etc., es decir, una serie de prácticas discursivas, prescriptivas y prohibitivas que más allá de reprimir las conductas sexuales logran conducirlas y reproducirlas.

La sexualidad es entonces un elemento de la cultura susceptiblemente ligada a la personalidad, no solamente en sus aspectos reproductivos y placenteros sino en la identidad de género como autoconciencia del sujeto y sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo. Cabe aclarar que nacemos seres sexuados con un sexo biológico determinado y nos hacemos sexuales con una identidad de género específica.

Es así como la estructuración de la sexualidad ocurre durante la vida y está condicionada por factores biológicos, intrapsíquicos, socioculturales, entre otros.

### *Estado intersexual*

"Trastorno del desarrollo sexual", "hermafroditismo", "pseudhermafroditismo" son algunos de los nombres utilizados por el discurso médico para definir un grupo de afecciones donde hay discrepancia entre los genitales internos y externos. "Hermafroditismo" es un término antiguo, proveniente de la mitología griega, que actualmente se asocia más a un trastorno del desarrollo sexual (DSD, por sus siglas en inglés).

Dentro de estos trastornos se incluyen varias categorías bajo el nombre genérico "intersexualidad", que reemplazan a lo que antiguamente era referido como "hermafroditismo"<sup>5</sup>.

Uno de los problemas a los que se enfrentan los individuos intersexuales es la incapacidad para decidir por sí mismos su identidad sexual, pues ésta suele haberle sido asignada por sus padres o médicos. De allí entonces que una de las grandes preocupaciones de los padres verse sobre el nombre que habrá de ponerse al recién nacido, o cómo criarlo. Todo lo anterior puede producir una serie de intervenciones quirúrgicas que resulten dañinas para su salud, y, en ocasiones arrojando efectos secundarios. Estas intervenciones son además, según su concepto, irreversibles y potencialmente destructivas, pues no sólo los daños y cicatrices ocasionados no pueden repararse sino que la persona puede ver gravemente afectada su sensibilidad sexual, todo lo cual explica que muchos de los pacientes consideren que han sido sexualmente mutilados.

En muchos casos los problemas psicológicos derivan, no tanto de la ambigüedad genital como tal, sino de los propios tratamientos médicos, por su carácter particularmente invasivo.

Por otro lado, algunas personas consideran que la clasificación general de las personas en hombres y mujeres es demasiado radical y que en realidad existen más de dos sexos, y por tanto que los individuos intersexuales deberían ser tratados de "manera neutral" hasta que sean capaces de decidir por sí mismos. Sin embargo hay que tener en cuenta que no es posible tratar a un niño de "manera neutral" como un enfermo de identidad indefinida, sin que su sexualidad

<sup>3</sup> Historia de la sexualidad. Vol. I. La voluntad de saber. Pág. 165.

<sup>4</sup> Historia de la sexualidad. Vol. I. La voluntad de saber. Pág. 127.

<sup>5</sup> [http://www.elpsicoanalisis.net/index.php?option=com\\_content&view=article&id=145:intersexo-por-vera-gorali&catid=48:numero-29&Itemid=165](http://www.elpsicoanalisis.net/index.php?option=com_content&view=article&id=145:intersexo-por-vera-gorali&catid=48:numero-29&Itemid=165).

deje de ser algo privado, y no se sabe hasta qué punto la educación que reciba durante la infancia condicionará su identidad en el futuro.

### *El estado intersexual en Colombia*

En Colombia, el nacimiento de un individuo y su surgimiento como persona se materializa jurídicamente por medio de un documento público denominado Registro civil de nacimiento<sup>6</sup>, el cual otorga la inclusión jurídica de dicho individuo en la sociedad, es decir, lo convierte en sujeto con derechos y obligaciones. La ley ordena que en este documento se deben inscribir todos los hechos y actos relacionados con el estado civil y la capacidad de las personas, tales como los reconocimientos de hijos extramatrimoniales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, matrimonios, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones, nulidades de matrimonio, divorcios, cambios de nombres, declaraciones de seudónimo, declaraciones de ausencia, declaraciones de presunción de muerte, entre otros y el folio subsistirá hasta cuando se anote la defunción o la sentencia que declare la muerte presunta por desaparecimiento.

Dicho registro civil de nacimiento debe ubicar e identificar a la persona en uno de los dos sexos, ya sea masculino o femenino, los cuales se han considerado como normales y únicos para

el derecho colombiano. En condiciones de normalidad esta situación no resulta ser problemática, pero frente a una situación de estado intersexual, comienza la tensión entre la autonomía de la voluntad, la identidad sexual y de género además del consentimiento informado<sup>7</sup>.

El dato del sexo del recién nacido, es un requisito esencial de inscripción en el documento, lo que hace indispensable inscribir al nuevo individuo en uno de los dos sexos para que se entienda perfeccionado el registro; en caso contrario, faltaría uno de los requisitos para su validez, lo que traería, como consecuencia jurídica, la inexistencia del acto que se trata de formalizar, es decir, la existencia jurídica de la persona. Con esto podríamos entender que en nuestro país, las personas con un estado de intersexualidad, no existen jurídicamente como personas, es decir, no tienen derechos ni obligaciones si somos estrictos con la definición de persona para la legislación colombiana.

En consecuencia y para evitar tal evento de inexistencia como persona colombiana en los recién nacidos intersexuales, se exige una inscripción completa en el registro civil de nacimiento, así el sexo fenotípico no esté definido o pueda llegar a cambiar totalmente después de alguna intervención de adecuación sexual. De esta manera, la autonomía de la voluntad<sup>8</sup> como principio constitucional es uno de los puntos

<sup>6</sup> El Registro Civil es el instrumento jurídico y administrativo del cual se vale el Estado para el reconocimiento de los derechos y obligaciones de los colombianos frente a la sociedad y la familia. Sin duda, la existencia, la nacionalidad, la filiación y la identificación de la personas sería de difícil determinación, sin un Sistema de Registro del Estado Civil que, de manera detallada y fidedigna, refleje todos aquellos hechos y actos que inciden en el transcurso de la vida de las mismas, desde su nacimiento hasta su defunción.

En este sentido, el proceso de registrar la vida civil de los colombianos, en orden a garantizar y posibilitar la efectividad de sus derechos y correlativamente la exigencia de sus deberes, constituye un sistema cuya organización, ejercicio y desarrollo es una responsabilidad primordial del Estado.

<sup>7</sup> Problemática jurídica de los estados intersexuales. El caso colombiano. Patricia González Sánchez, Catalina Velásquez Acevedo, Sandra Patricia Duque Quintero.

<sup>8</sup> La autonomía expresa la capacidad para darse normas a uno mismo sin influencia de presiones externas o internas. El principio de autonomía tiene un carácter imperativo y debe respetarse como norma, excepto cuando se dan situaciones en que las personas puedan ser no autónomas o presenten una autonomía disminuida (personas en estado vegetativo o con daño cerebral, etc.), en cuyo caso será necesario justificar por qué no existe autonomía o por qué ésta se encuentra disminuida. En el ámbito médico, el consentimiento informado es la máxima expresión de este principio de autonomía, constituyendo un derecho del paciente y un deber del médico, pues las preferencias y los valores del enfermo son primordiales desde el punto de vista ético y suponen que el objetivo del médico es respetar esta autonomía porque se trata de la salud del paciente. [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:AeD3sV\\_2KwQJ:es.wikipedia.org/wiki/Autonom%C3%ADa\\_\(filosof%C3%ADa\\_y\\_psicolog%C3%ADa\)+La+autonom%C3%ADa+expresa+la+capacidad+para+darse+normas+a+uno+mismo+sin+influencia+de+presiones+ex](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:AeD3sV_2KwQJ:es.wikipedia.org/wiki/Autonom%C3%ADa_(filosof%C3%ADa_y_psicolog%C3%ADa)+La+autonom%C3%ADa+expresa+la+capacidad+para+darse+normas+a+uno+mismo+sin+influencia+de+presiones+ex)



que se deben analizar en materia de estados intersexuales, ya que su desarrollo como derecho fundamental permite ejercer la libertad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad. Este análisis implica, por un lado, la protección de la autonomía del paciente, caso en el cual se estaría tutelando el derecho fundamental de las personas de escoger libremente la forma de hacer su vida, en este caso a determinar libremente su identidad, teniendo como único límite los derechos de los demás y el orden público; y por otro lado, implica el deber del cuerpo médico y científico de respetar este tipo de decisiones.

En la misma línea constitucional, nuestra Constitución Política en su artículo 44 reconoce que, "la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico y el ejercicio pleno de sus derechos"; y en el mismo texto es posible encontrar la protección constitucional al derecho y principio de la autonomía a través de la consagración de otros derechos fundamentales como la libertad (art. 28), el libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y la libertad de expresión (art. 20). En este mismo sentido, la Convención Universal de los Derechos del Niño<sup>9</sup> aprobada en Colombia por medio de la Ley 12 de 1991, promulga en el caso del menor que: "su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", adicionalmente, en su artículo 12 esta Convención afirma que los Estados deben garantizar que el menor "esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos

que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez".

No obstante, dentro del texto de cada una de estas dos prescripciones normativas, la de la Constitución Política de Colombia y la de la Convención Universal de los Derechos del Niño, se presenta una tensión entre el interés de preservar la salud y la vida de los menores que no pueden ejercer plenamente su autonomía y el respeto por esa autonomía. A pesar de que ambas normatividades reconocen el carácter vulnerable de los niños y por ende, la obligación para las instituciones de proveer cuidado y atención especiales a los mismos, las dos, adicionalmente ordenan a las instituciones el garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños teniendo en cuenta la autonomía, la identidad y el libre desarrollo de la personalidad de los menores. Sin embargo, esta protección deja un vacío aun tratándose de la autonomía del menor afectado y del consentimiento informado.

Es noble la intención de la mayoría de los actores en esta clase de situaciones que se asumen como conflictos debido al vacío legal que existe en cuanto a la definición de persona colombiana que aún tiene nuestro país. Sin duda los padres siempre van a desear lo mejor para sus hijos y debido a que ostentan el cuidado y custodia personal de ellos, se sienten en la obligación y con la responsabilidad de actuar en representación de dichos menores con estados intersexuales para definir su género y por consiguiente su identidad. Por otro lado, el personal médico dotado de conocimientos científicos frene al tema, creen entender más este tipo de situaciones y

<sup>9</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño (o CDN) es un tratado internacional de las Naciones Unidas por el que los Estados firmantes reconocen los derechos del niño. La convención está compuesta por 54 artículos que consagran el derecho a la protección de la sociedad y el gobierno, el derecho de los menores de 18 años a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad. La CDN reconoce a los niños como sujetos de derecho, pero convierte a los adultos en sujetos de responsabilidades. Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Su origen fue la Declaración de Ginebra de 1924, redactada por Eglantyne Jebb, fundadora de la organización internacional Save the Children. La propuesta de Jebb fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. La Organización de las Naciones Unidas aprobó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, implícitamente, incluía los derechos del niño. Sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento de que las particulares necesidades de los niños debían estar especialmente enunciadas y protegidas.



sugieren como la mejor opción, un tratamiento quirúrgico u hormonal con tal inmediatez que el menor afectado pasado los años podría sentir que su cuerpo y condición biológica no corresponde a su identidad de género. No puedo evitar dejar de lado a aquellos médicos y científicos cuyo interés no es otro que el de experimentar con estos casos para lograr avances y descubrimientos en este campo.

### *El consentimiento informado del menor*

En el siglo XX surge la teoría del Consentimiento informado, pero trasladando su único sentido entre médico-paciente, a un sentido más amplio que incluye a la sociedad y al Estado como justicia, y permite que surjan tres relaciones articuladas a tres principios:

1. La del médico, y el personal de las profesiones afines, con el principio de beneficencia<sup>10</sup>.
2. La del paciente con el principio de la autonomía.

3. La de la sociedad y el Estado con el principio de justicia<sup>11</sup>.

Las tres relaciones dan origen, en la década de los años 70 del siglo XX, a una nueva disciplina, la Bioética<sup>12</sup>.

Apartándome de sus antecedentes, opino que la aplicación del consentimiento informado por parte del personal de salud, garantiza los derechos a la autonomía y a la libre determinación del paciente, toda vez que se permite que sea éste quien decida sobre la práctica o no de una intervención médica en su cuerpo, previo el conocimiento que se le brinda de los procedimientos a realizar en su beneficio y de las consecuencias que se pueden generar con los mismos y que lo pueden afectar de manera subsidiaria.

Dicho consentimiento informado debe tener precisión sobre las condiciones iniciales del paciente, su necesidad de asistencia médica, la información

<sup>10</sup> El principio de beneficencia es entendido como la obligación de actuar en beneficio de otros, promoviendo sus legítimos intereses y suprimiendo prejuicios. En medicina, promueve el mejor interés del paciente pero sin tener en cuenta la opinión de éste. Supone que el médico posee una formación y conocimientos de los que el paciente carece, por lo que aquél sabe (y por tanto, decide) lo más conveniente para éste. Es decir "todo para el paciente pero sin contar con él".

Un primer obstáculo al analizar este principio es que desestima la opinión del paciente, primer involucrado y afectado por la situación, prescindiendo de su opinión debido a su falta de conocimientos médicos. Sin embargo, las preferencias individuales de médicos y de pacientes pueden discrepar respecto a qué es perjuicio y qué es beneficio. Por ello, es difícil defender la primacía de este principio, pues si se toman decisiones médicas desde éste, se dejan de lado otros principios válidos como la autonomía o la justicia.[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SF34xLy\\_xFQJ:es.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica+obligaci%C3%B3n+de+actuar+en+beneficio+de+otros,+promoviendo+sus+leg%C3%ADtimos+intereses+y+suprimiendo+prejuicios.&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SF34xLy_xFQJ:es.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica+obligaci%C3%B3n+de+actuar+en+beneficio+de+otros,+promoviendo+sus+leg%C3%ADtimos+intereses+y+suprimiendo+prejuicios.&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es)

<sup>11</sup> Tratar a cada uno como corresponda, con la finalidad de disminuir las situaciones de desigualdad (ideológica, social, cultural, económica, etc.). En nuestra sociedad, aunque en el ámbito sanitario la igualdad entre todos los hombres es sólo una aspiración, se pretende que todos sean menos desiguales, por lo que se impone la obligación de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales para disminuir las situaciones de desigualdad.

El principio de justicia puede desdoblarse en dos: un principio formal (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales) y un principio material (determinar las características relevantes para la distribución de los recursos sanitarios: necesidades personales, mérito, capacidad económica, esfuerzo personal, etc.).

El principio de justicia insiste en la necesidad de que todas las personas tengan acceso a un mínimo de asistencia sanitaria digno e igual, teniendo como único criterio prioritario a los más desvalidos, médicamente hablando, y no a los más demandadores. La salud tiene un precio cuando los recursos son limitados y los avances tecnológicos no. El principio de justicia orienta sobre cómo pagar ese precio.[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SF34xLy\\_xFQJ:es.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica+Tratar+a+cada+uno+como+corresponda,+con+la+finalidad+de+disminuir+las+situaciones+de+desigualdad+\(ideol%C3%B3gica,+social,+cultural,+econ%C3%B3mica,+etc.\).&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SF34xLy_xFQJ:es.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica+Tratar+a+cada+uno+como+corresponda,+con+la+finalidad+de+disminuir+las+situaciones+de+desigualdad+(ideol%C3%B3gica,+social,+cultural,+econ%C3%B3mica,+etc.).&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es)

<sup>12</sup> La bioética es la rama de la ética que se dedica a proveer los principios para la correcta conducta humana respecto de la vida, tanto de la vida humana como de la vida no humana (animal y vegetal), así como del ambiente en el que pueden darse condiciones aceptables para la vida. En su sentido más amplio, la bioética no se limita al ámbito médico, sino que incluye todos los problemas éticos que tienen que ver con la vida en general, extendiendo de esta manera su campo a cuestiones relacionadas con el medio ambiente y al trato debido a los animales.[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SF34xLy\\_xFQJ:es.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica+Tratar+a+cada+uno+como+corresponda,+con+la+finalidad+de+disminuir+las+situaciones+de+desigualdad+\(ideol%C3%B3gica,+social,+cultural,+econ%C3%B3mica,+etc.\).&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SF34xLy_xFQJ:es.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica+Tratar+a+cada+uno+como+corresponda,+con+la+finalidad+de+disminuir+las+situaciones+de+desigualdad+(ideol%C3%B3gica,+social,+cultural,+econ%C3%B3mica,+etc.).&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es)

respectiva de la contingencia, las etapas en las que interactuará el personal calificado y los elementos de consentimiento o de no consentimiento que da el paciente.

En Colombia, el consentimiento informado ha contado con abundante desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional (como analizaremos a continuación), y se percibe la constante preocupación por su ubicación teórica y práctica por parte del personal médico y de las profesiones afines.

### *Jurisprudencia colombiana acerca del estado intersexual*

Para el tratamiento jurídico de los casos de estados intersexuales en Colombia, la Corte Constitucional colombiana ha elaborado jurisprudencia para establecer categorías y parámetros de importancia en torno a la teoría del consentimiento informado, que junto con la construcción teórica de la bioética, permite entender cómo debe ser aplicada dicha teoría, precisar sus modalidades y cualificarla, de conformidad con las situaciones jurídicas problemáticas de los casos que han llegado a su conocimiento, y han sido tratados por medio de la siguiente línea jurisprudencial: T 477 de 1995, SU 337 de 1999, T 551 de 1999, T 692 de 1999, T 1390 de 2000 y T 1025 de 2002.

A raíz de las dificultades presentadas en los casos de readecuación de sexo en el caso de menores, la Corte Constitucional colombiana erigió el Bloque de Constitucionalidad<sup>13</sup> para los casos concretos de ambigüedad sexual y proyectó su línea jurisprudencial basada en los derechos fundamentales, en los principios constitucionales, y en la remisión a otras normatividades, como es el caso de la Convención Universal de

los Derechos del Niño y los distintos tratados y pactos internacionales.

Por tal razón, es importante anotar que el análisis de los instrumentos que vierten de contenido el consentimiento informado y que a su vez son la base para abordar jurídicamente los estados intersexuales, parten de la idea de que los derechos de los niños, tal y como lo consagran nuestra Constitución y los tratados internacionales, son prevalentes sobre los derechos de los demás y en este sentido, están incluidos dentro de lo que se denomina el interés jurídico superior del menor, lo que implica que sus derechos merecen una atención prioritaria por parte de la familia, la sociedad y el Estado mismo.

En esta línea jurisprudencial ya mencionada se destaca una sentencia hito<sup>14</sup>, la sentencia SU 337 de 1999 cuyo planteamiento lo podríamos abreviar en que más allá de la discusión científica. Este caso concreto sirvió a la Corte Constitucional colombiana para trazarles nuevas pautas a padres de familia y personal médico científico y así definir si un niño de sexo indefinido deberá crecer como hombre o mujer.

Según la Corte Constitucional en esta sentencia, los padres del menor afectado sólo podrán autorizar las operaciones de definición de sexo cuando tenga menos de cinco años y teniendo en cuenta sus patrones de conducta. Después de esa edad, los médicos deberán atender las opiniones del paciente. El menor ya goza a esta edad de una importante autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio en decisiones tan importantes para su vida.

A juicio de los magistrados, a partir de los cinco años no es constitucionalmente admisible el consentimiento sustituto<sup>15</sup> de los padres para la

<sup>13</sup> El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

<sup>14</sup> Las sentencias hito son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Un ejemplo de ellas son las de unificación jurisprudencial



remodelación de los genitales. Los hijos no son propiedad de los padres, dijo la Corte con base en estudios científicos que demuestran que en un niño de cinco años ya es evidente su identidad sexual.

Al respecto, dicha Corporación ha sostenido de igual manera 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.

Dentro de esta línea jurisprudencial y de manera cronológica, expondré a continuación un esbozo del contenido de cada una de estas seis sentencias que la componen.

### *Sentencia No. T – 477 de 1995*

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Resumiendo los antecedentes del caso encontramos que según versión de los padres del menor N.N., cuando éste tenía 6 meses, sus progenitores lo dejaron encerrado con una perra pequeña, a la cual "apenas le estaban naciendo los dientes"; al regresar, encontraron al animal con sangre en el hocico y el niño tenía cercenados el pene y los testículos. Los padres del menor emasculado son campesinos semi-analfabetas, habitantes de una región alejada y subdesarrollada.

El menor fue trasladado del hospital del municipio al Hospital Universitario San Vicente de Paúl de Medellín, institución donde se le practicó una operación de "meatotomía." Previamente, los padres, dibujan su firma en un escrito que au-

toriza "cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo) que conlleve a mejorar la situación actual de nuestro hijo", en realidad, no surge de la prueba que los padres fueran conscientes de la trascendencia del "cambio de sexo", por el contrario, en la historia clínica se insinuó por el médico un estudio genético "con fines netamente académicos" y "planear el cambio de sexo en este niño, pues está en la edad adecuada y no es posible en la actualidad reconstruir genitales funcionales", es decir, primero se proyectó por los médicos el cambio de sexo y luego se obtuvo el permiso de los padres. Se inicia el tratamiento médico-siquiátrico para acondicionar la conciencia del menor a fin de que se adaptara como mujer. Debe anotarse que comenzó a surgir rechazo de parte del menor.

Con el paso del tiempo, la naturaleza del menor comenzó a rebelarse contra los "roles" que le habían impuesto los tratamientos médicos, El menor se rebeló y exigió el cambio de trato social, de ropa, se negó a tomar las pastillas para aumentar los senos, propició el cambio de denominación entre sus amigos y maestros, aspecto que de acuerdo con los últimos conceptos psicológicos allegados al expediente, permitió el cambio de actitud del menor, "era menos agresivo, se relacionaba con los otros niños, quería jugar con ellos, incluso era el portero del equipo de fútbol...", por cuanto según una funcionaria del I.C.B.F. el niño "tiene una identidad sexual masculina definida".

La Corte Constitucional plantea que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, a saber:

1. Urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.
2. Intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. Así la

<sup>15</sup> Respecto al consentimiento sustituto se debe tener en cuenta la legitimidad de consentir por otro, la urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor y los riesgos e intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño.

doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es "notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal"<sup>16</sup>, de suerte que se afecta "de manera sustancial el principio de autodeterminación personal"<sup>17</sup>. Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

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

Como conclusiones de esta sentencia podemos encontrar que:

- NO es posible la "readecuación de sexo," sin la autorización directa del paciente, los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad.
- El expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo.

### *Sentencia de Unificación No. 337 de 1999.*

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Resumiendo los antecedentes del caso, tenemos que la partera que atendió el nacimiento del menor N.N señaló que se trataba de una niña, sin

que se constatará ningún problema aparente al respecto. N.N ha sido entonces siempre tratada como una niña. Sin embargo, cuando la menor tenía tres años, durante un examen pediátrico, se encontraron genitales ambiguos. A partir de lo anterior, se diagnosticó que la menor tenía "seudohermafroditismo masculino", por lo cual se recomendó un tratamiento quirúrgico. Los médicos han manifestado la necesidad de hacer la cirugía a la niña antes de que llegue a la pubertad.

A pesar de lo anterior, los médicos del ISS se niegan a practicar la intervención quirúrgica, pues consideran que, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la decisión debe ser tomada por la propia menor, y no por su madre. Según su criterio, "el procedimiento quirúrgico debe ser autorizado por la Corte Constitucional, quien pone en entredicho la Patria Potestad para estos casos porque habría que esperar a la pubertad para obtener la aprobación por parte del paciente" Por tal razón, la madre, quien ejerce la patria potestad sobre la menor pues el padre falleció, interpone la acción de tutela a fin de que se autorice la intervención quirúrgica. Según su criterio, su "hija es una menor y no puede tomar decisiones por ella misma y si esperamos a que ella tenga capacidad para decidir, ya será demasiado tarde y su desarrollo psicológico, fisiológico y social no será normal."

En esta oportunidad, la Corte Constitucional luego de conciliar la autoridad paterna con la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños<sup>18</sup> y teniendo en cuenta la protección especial que se deriva de la Constitución para los hermafroditas, como minoría aislada y estigmatizada de acuerdo con lo estipulado en el

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Santafé De Bogotá, D.C. Sentencia No. T-477/95. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Santafé De Bogotá, D.C. Sentencia No. T-477/95. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

<sup>18</sup> Los derechos fundamentales de los niños están consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia así: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia".

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

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

artículo 13 de la Constitución Política<sup>19</sup> concluyó que tratándose de intervenciones quirúrgicas y hormonales para la asignación de sexo, el permiso paterno era válido y suficiente en menores de cinco años, siempre que se tratara de un consentimiento informado, cualificado y persistente, cuya responsabilidad se adjudicó al grupo interdisciplinario de médicos, cirujanos, siquiátras, sicólogos y trabajadores sociales que cuiden y velen por la salud del menor.

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

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

Con todo, en la aclaración final de esta providencia, la Corte Constitucional consideró que el criterio o umbral establecido, lejos de convertirse en una regla general inmodificable e in-

mutable para todos los estados intersexuales o hermafroditismos, permitía en el caso en concreto preservar los derechos fundamentales y los valores constitucionales de la menor. Esto, en atención, a la diversidad de circunstancias que modifican y alteran cada asunto médico.

### *Sentencia No. T-692 de 1999*

Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

En esta acción de tutela, la Corte se enfrenta al caso de la señora en este caso particular denominada NN que se presenta en nombre de su hija de dos años de edad, por cuanto estima que la omisión del Instituto de Seguros Sociales (ISS.) de practicar una cirugía a la menor, está afectando sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. La pequeña cuenta con dos años de edad y al nacer le diagnosticaron ambigüedad genital y le pronosticaron una operación de remodelación de sus genitales externos más una uretrocistoscopia<sup>20</sup>. Sin embargo, al momento de presentar la demanda de tutela, el ISS. no había autorizado la cirugía, por falta de presupuesto. La madre solicita entonces que se tutelen los derechos fundamentales de su hija, y que por consiguiente se ordene al ISS. que autorice y realice la cirugía programada lo antes posible, y que se suministre a la menor todo el tratamiento y los medicamentos que sean necesarios para su efectiva recuperación.

La Corte Constitucional ha considerado en casos pasados en donde se discutían asuntos similares, que es preciso tomar medidas para proteger la intimidad y el sosiego familiar de la peticionaria y de sus padres que podrían verse afectados

<sup>19</sup> El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia establece: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

<sup>20</sup> Es el examen endoscopio que permite visualizar la uretra en toda su extensión, el cuello vesical y el interior de la vejiga.

A través de este examen se pueden realizar algunos procedimientos como cateterismo uretral, biopsia de lesiones vesicales, extracción de cuerpos extraños y otros.



con el desenvolvimiento de esta tutela. Por ello se suprimen en la presente sentencia todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de sus padres.

La autorización de los padres del menor deberá reunir las características de "consentimiento informado cualificado y persistente"<sup>21</sup>, pues de no ser así, el permiso sustituto no se adecua a la Carta, y mal puede ordenarse por vía judicial la práctica de una intervención médica que no cuente con un consentimiento informado válido.

### *Sentencia No. T-551 de 1999*

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Como antecedentes de este caso tenemos que el señor NN presenta acción de tutela en nombre de su hija de dos años de edad, por cuanto estima que la omisión del Instituto de Seguros Sociales de practicar una cirugía a la menor y de suministrarle ciertos medicamentos está afectando sus derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Sostiene que el endocrinólogo y el cirujano que trataron a la niña desde pequeña ordenaron que se le practicara una operación de remodelación de sus genitales cuando cumpliera los dos años de edad. Sin embargo, al momento de presentar la demanda de tutela, el ISS. no había autorizado la cirugía, a pesar de que hace varios meses que la menor ya cumplió la edad requerida.

El padre solicita entonces que se tutelen los de-

rechos fundamentales de su hija, y que por consiguiente se ordene al ISS. que autorice y realice la cirugía programada lo antes posible, y que se suministre a la menor todo el tratamiento y los medicamentos que sean necesarios para su efectiva recuperación.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional insistió en la necesidad de salvaguardar el consentimiento sustituto informado, cualificado y persistente, sin entrar a analizar la procedencia de la operación, toda vez que en el trámite de la acción de amparo constitucional, ésta ya se había llevado a cabo.

### *Sentencia No T-1025 de 2002*

Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Ante la diversidad de variables y circunstancias que determinan cada caso, especialmente, en tratándose de estados intersexuales, es deber de los jueces de tutela aplicar de manera singular los criterios de ponderación previamente identificados por la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que cada asunto médico constituye un único universo. Esto, en razón a la multiplicidad de factores clínicos, psicológicos, sociales y culturales que requieren ser analizados y estudiados minuciosamente, en aras de reconocer el amplio margen de diversidad presente en el desarrollo de cada patología.

En este caso en particular, la Corte Constitucional tutela los derechos del menor teniendo en cuenta la negativa del ISS. de practicar las cirugías pertinentes y ordena dentro de las si-

<sup>21</sup> La Corte Constitucional ha dicho que un consentimiento médico válido supone que quien decide debe tener la oportunidad de conocer todos los datos que sean relevantes para comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Y si el consentimiento sustituto paterno en estos casos debe ser cualificado, esto significa que los padres sólo pueden tomar la decisión después de haber comprendido las posibilidades, límites y riesgos de los actuales tratamientos, lo cual implica el correspondiente deber médico de procurarles una información depurada sobre el actual debate suscitado por esas intervenciones.

Por otro lado, los permisos deben darse en un tiempo suficientemente corto para que pueda funcionar el actual protocolo (si los padres optan por él), pero suficientemente distanciado para garantizar que el consentimiento parental sea sólido y persistente, y no que derive de la crisis emocional del momento.

guientes 48 horas, la conformación de un grupo profesional integrado por trabajadores sociales y médicos especialistas en cirugía, urología, endocrinología, pediatría y psiquiatría, con el objetivo de que se oriente al menor y a su familia acerca de su condición, posibilidades y consecuencias 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, cumpliendo así con un consentimiento informado cualificado y persistente.

### *Sentencia No T-912 de 2008*

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Resumiendo los antecedentes del caso tenemos que el señor Pedro quien actúa en nombre de su hijo menor de edad, interpuso acción de tutela en contra del ISS., de la Clínica General del Norte y de MELCO`S IPS. El padre del menor considera que estas instituciones están vulnerando los derechos a la vida y al libre desarrollo de la personalidad de su hijo.

Así mismo declara 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 el señor Pedro, 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 años de edad.

En este caso, la Corte Constitucional ordena de nuevo la integración de un grupo interdisciplinario conformado por profesionales especialistas en la materia para que orienten al menor y a su familia sobre su situación y sobre la toma de decisión de la práctica de la cirugía de asignación de sexo y el suministro de los tratamientos hormonales indispensables. Según lo dicho por la Corte Constitucional a este equipo le corresponde entonces establecer, a partir de la práctica de las pruebas pertinentes, cuál será el momento indicado en el que el menor goce 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.

"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, 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 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 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 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-ope-





ratorio 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”.

“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 y sus padres, y dicha voluntad coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario”<sup>22</sup>.

No siempre las definiciones de la Corte Constitucional respecto a la identidad sexual, se pueden entender como la especial protección política de la misma, sino que ello también obedece a marcos de utilidad social, a cambios de paradigmas jurídicos o a la simple relevancia axiológica de una idea laica de sociedad colombiana.

En la línea jurisprudencial expuesta, aunque los pronunciamientos de la Corte Constitucional no se contraponen, si podemos apreciar diferentes decisiones en pro de la defensa de diferentes principios, es decir, en algunos casos lo que quizo la Corte fue resguardar los derechos fundamentales del menor ordenando la autorización de los procedimientos quirúrgicos u hormonales en defensa del principio de beneficencia. Por otro lado, otras decisiones han sido en pro del principio de autonomía, argumentando que el menor será a cierta edad lo suficientemente consciente de su condición y de su identidad como para que sea él quien tome la decisión de someterse o no a procedimientos quirúrgicos u hormonales de asignación de sexo.

La tríada personal de médicos, padres del menor y la expresa voluntad del menor, es dinámica, y por tanto, cualquier intervención física relativa a aspectos intrínsecos de la persona humana, como es la readecuación del sexo de un menor en casos de ambigüedad sexual, genera la discusión no solo con respecto al procedimiento que se va a seguir, sino también, al acuerdo que debe existir entre los principios bioéticos, jurídicos y médicos.

El papel del Estado debe ser combatir la intolerancia social, en vez de autorizar cirugías peligrosas, y sin el consentimiento de la persona simplemente para ocultar una diferencia física, que además no es visible para los demás en el transcurso de una interacción social normal.

La Corte Constitucional es relativamente clara al establecer en su sentencia de unificación Su-337/99 que a partir de los 5 años el menor con un estado intersexual tiene la capacidad para decidir el tratamiento frente a su condición, es decir, ni los padres ni el grupo de profesionales podrán interferir en su voluntad. La Corte Constitucional además ordena que por el bien del menor en cualquier caso, se le asigne a la familia un grupo interdisciplinario de médicos y científicos que puedan orientar o educar a dicha familia y al menor mismo frente a las circunstancias que están enfrentando y frente a las consecuencias de cualquier decisión tomada.

Las sentencias de las altas Cortes, y en particular de la Corte Constitucional colombiana, tienen importantes consecuencias no sólo como precedente de decisión judicial o fuente dogmática del ordenamiento jurídico interno, sino también como impulso de cambios en la conciencia colectiva de los colombianos, que a la vez generan transformaciones en el orden social. Sin embargo aún se entrevé el gran vacío legal frente a los estados intersexuales.

<sup>15</sup> Respecto al consentimiento sustituto se debe tener en cuenta la legitimidad de consentir por otro, la urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor y los riesgos e intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño.



Por lo anterior si bien es cierto que existe preocupación por las temáticas relacionadas con el consentimiento informado y la autonomía del paciente en los casos de estados intersexuales, es evidente que la jurisprudencia promulgada por la Corte Constitucional deja de lado el tema del Registro Civil de nacimiento y sus categorías, teniendo en cuenta la categoría jurídica de este documento, mediante el cual se otorga al sujeto la capacidad jurídica en Colombia. Hoy todavía existe la obligación de determinar el sexo del recién nacido para que éste adquiera el estatus de persona con derechos y obligaciones.

El vacío legal al que tanto hago énfasis, tuvo un intento de superación cuando la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia de unificación No. 337 de 1999 se pronuncia ubicando a las personas con un estado intersexual en el grupo de minorías aisladas y estigmatizadas, intento que por supuesto no satisface el sinsabor que deja la falta de legislación para estos casos. Constantemente, los jueces resuelven la legalidad o no de las conductas que pueden alterar o han alterado el ciclo de la vida en cuanto al género y la identidad, y se convierten en sujetos del sistema político que busca restringir o ampliar la capacidad de decidir acerca de la identidad por encima de la autonomía.

## Referencias

- Foucault Michel (1976) Historia de la Sexualidad – La Voluntad de Saber, Vol. I, RJ: Graal.
- López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, UNIANDES, 2000, p. 68.
- Corte Constitucional. Santafé De Bogotá, D.C. Sentencia No. T-477/95. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Santafé De Bogotá, D.C. Sentencia Su-337/99. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Santafé De Bogotá, D.C. Sentencia T-692/99. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Santafé De Bogotá, D.C. Sentencia T-551/99. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Santafé De Bogotá, D.C. Sentencia T-1025/02. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Santafé De Bogotá, D.C. Sentencia T-912/08. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

