

DA 0043
2015
ej. 1

1323915

**RESPONSABILIDAD MÉDICA DE LA EPS Y DE LA MEDICINA
PREPAGADA SURA EN LOS CASOS DE HERMAFRODITISMO EN
MENORES DE EDAD**

PRESENTADO POR:

**MANUEL GERARDO RAMOS RAMOS
JORGE ELIECER OROZCO LASTRA
JOHAN EDUARDO SIERRA SALCEDO**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PROMOCIÓN 32**

**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BARRANQUILLA FEBRERO 4 DE 2015**

INTRODUCCIÓN

Es necesario reconocer que la situación médica, en la época contemporánea es más dinámica, eficiente y precisa, partiendo de los adelantos científicos y tecnológicos, cuya única finalidad, es cumplir una función de alto contenido social. Al Profesional de la salud se le debe exigir diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia sin llegar al extremo, considerando la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. Por regla general la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida en una dimensión que va más allá del error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de la experiencia y su proyección en cuanto al manejo de la salud de las personas.

La falla en la prestación del servicio médico asistencial, se configura dentro de la responsabilidad civil médica, configurando a su vez un sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad psicofísica de la persona, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del sujeto.

I Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de Noviembre de 2011. M.P.: Dr. William Namén Vargas.

La salud, como bien lo ha establecido la honorable Corte Constitucional de Colombia mediante Jurisprudencia reciente y reiterada es un derecho fundamental vinculada a la vida e integridad de las personas, base cardinal indisociable sin la cual el orden jurídico constituiría un simple enunciado vacuo, teórico e inocuo. De esta manera la prestación del servicio médico asistencial y los servicios de salud, constituyen un derecho esencial del ser humano con singular y reforzada tutela normativa, a punto de ser deber constitucional del Estado, las instituciones prestadoras del servicio y el profesional.

De acuerdo a lo analizado en la sentencia T-622 de la Corte constitucional, con fecha 28 de Agosto de 2014, se exponen los siguientes puntos de vistas.

1. RESPONSABILIDAD MÉDICA DE LA EPS Y DE LA MEDICINA PRE-PAGADA SURA EN LOS CASOS DE HERMAFRODITISMO EN MENORES DE EDAD.

Se trata de establecer que grado de responsabilidad tienen la EPS y la Medicina pre pagada suramericana S.A, por vulnerar los derechos fundamentales como lo son: la dignidad humana, identidad sexual, personalidad jurídica, salud, vida digna y seguridad social del menor PABLO, quien presenta una condición intersexual (hermafroditismo) y la importancia del consentimiento informado por este, para que se le realice la cirugía de reasignación de sexo, petición hecha por su señora madre por medio de acción de tutela, a lo cual la EPS y medicina pre pagada suramericana S.A, señalaron que el 25 de Septiembre de 2013, el menor de edad asistió a la IPS Sura de Rio Negro a consulta con médico general, donde la madre manifestó que el primero sufre de hermafroditismo, sin acreditar estudios previos. El médico estableció que era necesario comenzar un estudio de fondo para determinar si el niño tiene cualidades congénitas de mujer o de hombre, por tanto, fue remitido al médico pediatra y se ordenó cariotipo para estudio genético y definición de sexo. Relató que posteriormente, el 15 de enero de 2014, el menor fue evaluado por el médico pediatra quien evidenció una mala definición de los genitales, por tanto lo remitió para evaluación de endocrinología y ordenó ultrasonografía de abdomen total y testicular. También asignó cita de control por pediatría para los siguientes tres meses. Expresó que el 20 de enero de 2014, el menor fue valorado por endocrinólogo pediatra, sin embargo, aclaró que a esta consulta el paciente asistió sin los resultados de las ultrasonografías de abdomen y testicular, en razón a que no se las había practicado. En la consulta se ordenó estudio hormonal, se remitió a genética y se asignó nuevamente cita con endocrinólogo pediátrico con los resultados de los procedimientos ordenados.

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

la tutela presentada por la madre en representación del menor PABLO, fue negada por el **JUZGADO PRIMERO PROMISCO DEL MUNICIPIO DE CARMEN DE VIBORAL**, argumentando que si bien es cierto que la EPS debía cumplir por las peticiones hechas por la madre del menor, la EPS y Medicina pre pagada Suramericana S.A., debía contar con los resultados de los exámenes que se mencionan en la respuesta dada por esta entidad, exámenes que no le fueron posibles realizar al menor por no acudir a la cita que le fue asignada para la práctica de los mismos, aun cuando es la mera expresión voluntaria del menor en consentir la reasignación de sexo, esta, no es suficiente, pues para poder realizar el procedimiento, la EPS y medicina pre pagada Suramericana S.A debía contar con los resultados de los exámenes que este no se practicó, como ya se mencionó anteriormente.

2. Analizando otras sentencias similares a la anterior podemos ver que la alta Corte Constitucional siempre procura proteger los derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho al libre desarrollo de la personalidad (identidad personal), trata de la ponderación de la autonomía del menor para disponer de su propio cuerpo, cuando las condiciones clínicas y el nivel de raciocinio le permiten optar por sí mismo en la afirmación de su sexo, frente a la posibilidad de proyectar un consentimiento sustituto a futuro, en aras de salvaguardar el ejercicio de las condiciones vitales que le permiten a cada “ser” la construcción constante y permanente de su personalidad. Es lícito permitir que cada persona ajuste su sexo al género “sentido y vivido”, y en consecuencia, en casos de “estados intersexuales” o también llamados “hermafroditismo”, es deber de las entidades de salud como de los médicos tratantes, evaluar todos los factores que determinan la sexualidad del paciente, en aras de recomendar aquella asignación de sexo que más se aproxime a su real identidad personal y

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

3. Por otra parte hay que tener en cuenta el consentimiento manifestado por el paciente menor hermafrodita que requiere de la presencia de varios elementos indispensables que legitiman cualquier tratamiento clínico y cuya ausencia permite catalogar la intervención como abusiva, ilícita o ilegal. Precisamente, la Corte ha sostenido que aquél debe ser: 1- informado. 2- persistente y algunas veces cualificado. La libertad y autonomía inherentes al ser humano condicionan la posibilidad de suplir o desconocer el

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

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

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

5. También denota gran importancia el consentimiento asistido coadyuvado el cual no puede conducir al desconocimiento del consentimiento informado del menor, dado las consecuencias que para su vida se derivan de la decisión que se adopte. Por ello, la Corte considera que el consentimiento asistido es procedente, siempre que sea coadyuvado por la expresa voluntad del menor, quien por ejemplo, entre los 6 y 7 años goza de un cierto grado de discernimiento y de madurez que le permite consentir en una operación de tal magnitud. Sólo en esta medida se protege al menor en su autonomía y en la formación de su propia personalidad, alrededor de los conceptos de soberanía personal y autodeterminación. En aplicación de los parámetros previstos por esta Corporación, es claro que los llamados a velar por la procedencia del consentimiento asistido que comporta el consentimiento prestado por los padres coadyuvado por la expresa voluntad del menor, son los profesionales de la salud, obviamente, destinando su *lex artis* a la defensa y protección de la autonomía e integridad del infante y siempre que se den las condiciones previamente determinadas para su ocurrencia. La decisión en cuanto a la asignación sexo debe adecuarse a las recomendaciones médicas. De tal manera, que si es evidente y palmaria la adecuación masculina, los padres no podrían insistir en la adaptación femenina. Esto sin desconocer la posibilidad que tienen de aplazar la operación hasta cuando sea adoptada por la voluntad del menor. Ello ocurre por dos razones: 1- El médico como profesional de la salud conoce de los beneficios y de la idoneidad y eficacia de una cirugía o tratamiento clínico para el cuidado integral de la salud del paciente. Por lo

anterior, ha de presumirse que las recomendaciones del profesional pretenden hacer efectiva la protección a la vida y a la salud de sus pacientes; y además 2- porque sólo a partir de dicho presupuesto, los médicos estarían dispuestos a asumir las responsabilidades que su actividad profesional les impone. Resulta que en torno a los estados intersexuales o hermafroditismos, existe una regla clara y expresa, según la cual es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, y que vaya acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo. Con todo, cuando el menor ha superado el umbral de los cinco años, y por demoras en la confirmación del diagnóstico, en la realización de los procedimientos clínicos o en la obtención de la asistencia médica indispensable, no se haya iniciado el tratamiento sobre el que ha recaído un previo consentimiento sustituto de los padres y/o representantes legales, no necesariamente opera la regla de exclusión.

6. Resulta que en torno a los estados intersexuales o hermafroditismos, existe una regla clara y expresa, según la cual es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo, con todo, cuando el menor ha superado el umbral de los cinco años, y por demoras en la confirmación del diagnóstico, en la realización de los procedimientos clínicos o en la obtención de la asistencia médica indispensable, no se haya iniciado el tratamiento sobre el que ha recaído un previo consentimiento sustituto de los padres y/o representantes legales, no necesariamente opera la regla de exclusión.
7. El Principio autonomista, el cual trata de que ninguna persona puede disponer sobre otro, en materia médica obliga a que el actuar de dichos profesionales sea lo más neutral y objetivo posible, alejado de criterios de conveniencia médica que alteren su imparcialidad, ello, porque la relación

médico-paciente exige siempre la presencia de un acuerdo de voluntades sobre las medidas curativas necesarias para la recuperación o rehabilitación del enfermo o paciente, de ahí que, los profesionales tratantes siguiendo sus elementos de juicio y, obviamente, en aplicación de los parámetros determinados por esta Corporación, deben delimitarse a ponderar y especificar la procedencia de un determinado consentimiento, sin exigir o imponer una determinada conducta, ya que una acción en dicho sentido, haría inexistente la manifestación de voluntad del paciente y, por ende, se alejaría del consentimiento informado como requisito sinequanime para adelantar cualquier tratamiento médico, además, desconocería el mandato imperativo de la ética médica, según el cual: “nadie puede disponer sobre otro”, en conclusión, antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, después, sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor, a menos que, en atención a las particularidad de cada caso se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido, siguiendo para el efecto los derroteros de opciones, factores o variables a los que hace referencia la jurisprudencia constitucional.

8. Derecho a la salud del niño en este caso la Corte ha sido reiterada en determinar que la salud, es un derecho de rango fundamental y no meramente prestacional, y que en atención a la primacía que la Constitución les otorga a estos derechos, es obligación de las entidades de salud prestar su servicio con prontitud, eficiencia y eficacia. Si se consideraba por parte del médico tratante y del equipo de profesionales que la operación era lo clínicamente recomendable y se estimaba indispensable la autorización judicial, no bastaba en este caso con sugerir en consulta clínica la interposición de la acción de tutela, sino que era su deber procurar que el Seguro Social otorgase el soporte jurídico necesario al menor como a su familia, en aras de preservar el carácter integral de la prestación de los servicios de salud y en consideración al alcance fundamental de dicho derecho en relación con los niños, por lo cual es necesario conminar al Seguro Social, para que preste la atención en salud que requiere el menor en atención a sus problemas médicos de forma oportuna, completa y suficiente; esta Corte ha sido reiterada en determinar que la salud tratándose de un menor de edad,

es un derecho de rango fundamental y no meramente prestacional, y que en atención a la primacía que la Constitución les otorga a estos derechos, es obligación de las entidades de salud prestar su servicio con prontitud, eficiencia y eficacia, de esta manera, la demora en la determinación del tratamiento a seguir, la falta de atención para el suministro de medicamentos y el escaso cuidado que la entidad prestadora de salud le ha proporcionado al menor, permiten concluir que ésta le ha vulnerado sus derechos fundamentales a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y a la dignidad humana; es por ello que La Corte estima procedente reiterar que resulta contrario al derecho, someter a un menor al traumatismo psicológico y al rechazo social, que puede derivarse de la indeterminación sexual, en contradicción con el deber clínico de ejecutar lo más pronto posible las alternativas médicas o terapéuticas necesarias para la definición de sexo del menor, en acatamiento del principio de beneficencia, desconociendo que existen herramientas jurídicas, médicas y científicas que permiten proceder correctamente sin lesionar la integridad del menor. No es el juez de tutela quien está llamado a otorgar la autorización para la realización de cualquier práctica médica. Por el contrario, es al profesional médico a quien le corresponde atender prioritariamente estos casos, dada la fundamentalidad de los derechos a la vida y a la integridad física y psicológica de las personas y especialmente, en atención a prioridad que en el ordenamiento jurídico tienen los derechos de los niños. En esta medida, no es posible que el juez de tutela recomiende una cirugía o exija la prestación de un determinado tratamiento médico, ya que la evaluación de estas opciones terapéuticas corresponden al adecuado y libre ejercicio del "*lex artis*" de los profesionales de la salud, empero, lo que sí es exigible es la formulación oportuna de alternativas de solución y la adopción de aquellos diagnósticos o medios terapéuticos que estimen convenientes, sin que la existencia de una doctrina constitucional conduzca a la inacción de las entidades de salud por un período prolongado, cuando es claro el consenso del equipo médico sobre la alternativa específica de acción.

En el Derecho fundamental, como lo es el derecho a la salud del niño, La efectividad del derecho a la seguridad social exige también la aplicación del principio integridad, según el cual, la cobertura del servicio debe comprender todo aquello que resulte necesario para atender adecuadamente la contingencia en salud. En este orden de ideas, es indispensable la presencia de un equipo interdisciplinario de apoyo que atienda íntegramente las eventualidades médicas y psicológicas que presenta un estado 'intersexual', incluso si es necesario mediante el soporte jurídico requerido por los padres y el menor. De esta manera, es imperioso que la protección otorgada por las instituciones de salud y sus profesionales sea integral y oportuna con miras a salvaguardar, entre otros, los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la identidad personal. Podemos concluir entonces que: 1- cromosómica y gonadalmente NN es mujer, mientras fenotípicamente su apariencia externa se identifica a la de un varón; 2- éste en relación con su género tiene una marcada identidad hacia el sexo masculino, 3- Por otra parte, independientemente de la decisión que se adopte es indispensable operar al menor para cercenar, moldear o extirpar órganos genitales internos o externos y 4- siempre será imprescindible complementar dicho tratamiento operatorio con el suministro hormonal requerido; para la atención física y psicológica para práctica de cirugía y tratamiento de asignación de sexo La Corte encuentra oportuno reiterar que dada la naturaleza altamente invasiva de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo (cirugías, suministro de medicamentos, tratamiento hormonal, etc.), es forzoso adelantar la atención física y psíquica del paciente mediante un equipo médico compuesto por distintos profesionales de la salud y trabajadores sociales con el objeto de asegurar una atención integral al infante y de salvaguardar su consentimiento informado, sustituto o asistido.

Lo anterior, de acuerdo a lo expuesto y analizado en la sentencia T-1025 de 2002, de la Corte Constitucional.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la EPS y Medicina Pre-pagada Suramericana S.A. vulnera los derechos fundamentales del menor de edad Pablo al no realizarle la cirugía de reasignación de sexo que solicita el menor en representación de su madre para lo cual la Sala:

EN PRIMER LUGAR: hará referencia de manera general a los problemas que enfrentan las personas que nacen en estados intersexuales.

EN SEGUNDO LUGAR: reiterará la Jurisprudencia Constitucional que ha analizado los estados intersexuales en menores de edad y la importancia del consentimiento informado para las intervenciones médicas requeridas.

EN TERCER LUGAR: identificará los debates que actualmente se presentan con el reconocimiento jurídico de las personas intersexuales.

EN CUARTO LUGAR: pasará a resolver el caso concreto.

IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE ENFRENTAN LAS PERSONAS EN ESTADO DE INTERSEXUALIDAD

La intersexualidad o hermafroditismo es comúnmente definida como la situación en la que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente, este caso se presenta cuando la persona nace con ambos sexos, es decir, con órganos sexuales, tanto externos como internos, del sexo femenino y masculino.

1- En la literatura médica, estudiada por esta Corporación en la sentencia SU-337 de 1999 y reiterada a lo largo del tiempo, se señaló lo siguiente sobre el significado y tratamiento médico de los estados intersexuales:

Estos trastornos del desarrollo y de la diferenciación sexual, que en general la literatura médica caracteriza como “estados intersexuales”, suelen clasificarse,

desde finales del siglo pasado, en tres grandes grupos, de un lado, encontramos los llamados **“hermafroditas verdaderos”**, que son casos poco frecuentes y se caracterizan porque son personas que en general, aunque no obligatoriamente, tienen un cariotipo XX y presentan los dos tipos de tejido gonadal, ya sea porque tienen testículo y ovario simultáneamente, o porque poseen lo que se denomina un “ovo testes” (mitad testículo y mitad ovario). De otro lado, están los **“pseudohermafroditas masculinos”**, que son individuos con sexo genético XY y testículos, pero que presentan genitales ambiguos, por lo cual se suele hablar de un hombre mal virilizado; Estas personas pueden presentar, en algunos casos, genitales externos que son muy femeninos, y pueden poseer entonces un introito vaginal, un clítoris normal o ligeramente aumentado de tamaño, o un pene muy pequeño.

Por último, existen otros casos clasificados como de **“pseudohermafroditismo femenino”**, que son individuos con sexo genético XX, con ovarios, pero con genitales ambiguos, o bastante masculinos, por lo cual se habla a veces, de mujeres virilizadas.

Las causas de los trastornos que generan la ambigüedad genital y los estados intersexuales son muy variadas y se relacionan con aspectos genéticos, efectos hormonales intrínsecos en el embrión, o incluso algunas influencias externas durante el desarrollo embrionario, para comprender su lógica, es necesario tener en cuenta que el proceso de diferenciación sexual es gradual, así, primitivamente existe una gónada indiferenciada, Igualmente, en las primeras semanas de gestación, el embrión internamente posee tanto los conductos de Wolff, que producirán los órganos masculinos, como los de Müller, que dan origen a los órganos femeninos, y externamente, existe una estructura anatómica común, el tubérculo genital, que puede dar lugar tanto a la formación del pene y del escroto, como al desarrollo de la vagina y de los labios; de manera muy esquemática, la fecundación determina el sexo genético y cromosómico del embrión, de manera tal que si el cariotipo es XY, la gónada primitiva se convierte generalmente en tejido testicular, y si es XX dará lugar a los ovarios, a su vez, los testículos producen hormonas masculinas (andrógenos), cuya presencia determina la formación de los órganos sexuales masculinos y bloquea el desarrollo de las estructuras

femeninas; por el contrario, en caso de que esos andrógenos no actúen, entonces el embrión tiende a desarrollar órganos femeninos, lo que muchos conocen coloquialmente como el “principio de Eva”, según el cual, la naturaleza tiende a formar órganos sexuales externos femeninos, salvo que exista una descarga de andrógenos que provoque la diferenciación y formación de los genitales masculinos.

Igualmente la Academia Nacional de Medicina 2- afirma al respecto que “los trastornos o anomalías de diferenciación sexual”, incluyen una amplia gama de patologías originadas por defectos en algunas etapas del desarrollo fetal que comprometen el desarrollo normal del sexo genético (cromosomas, cariotipo), del sexo gonadal (ovarios y testículos) y del sexo genital (masculino y femenino), los trastornos de diferenciación sexual se deben manejar como una urgencia médica y social, Médica, por su gran complejidad; en algunas patologías hay compromiso del aparato urinario y rectal o trastornos endocrinos que ponen en riesgo la vida de estos niños; y social, porque definitivamente el sexo del recién nacido es muy importante para la familia y todos los que lo rodean”.

3- (Énfasis de la Sala) Como puede verse, los estados intersexuales cuestionan una de las convicciones sociales y culturales más profundas, toda vez que pone en tela de juicio la existencia biológica de sólo dos sexos; el masculino y el femenino, esta situación a nivel cultural ha llevado a que las personas que nacen con estados intersexuales, se les trate como individuos que sufren un trastorno físico, y por ende, requieren de un tratamiento y una cirugía médica de readaptación o resignación que defina necesariamente alguno de los dos sexos. Desde su nacimiento, los padres de estos seres humanos se enfrentan a la disyuntiva de tomar la decisión unilateralmente de operar y decidir por ellos su sexo biológico, según las recomendaciones médicas, o esperar a que sea el mismo niño o niña quien decida cuando alcance un nivel de madurez suficiente. La jurisprudencia constitucional 4- y el derecho comparado, han intentado valorar estos casos teniendo en cuenta los derechos a la identidad y libre desarrollo de la personalidad del individuo intersexual. Así, existe la tendencia de respetar en la mayor medida el consentimiento informado del niño que se va a intervenir quirúrgicamente,

pues “cuando una persona es biológica y naturalmente intersexual el factor determinante para la clasificación de su género será aquél que el individuo, como principal afectado, alcanzando la mayoría de edad y con buenas e informadas razones, se sienta como hombre o mujer 5- Sin embargo, cuando existen riesgos a la salud y la vida digna del individuo que exigen de una operación urgente conforme concepto médico, es procedente el consentimiento sustituto de los padres, el cual debe ser cualificado y persistente 6- Del mismo modo, el nacimiento de un individuo en estado intersexual genera problemáticas en el reconocimiento legal ante el registro público del Estado, toda vez que sólo se concibe el sexo masculino o femenino, y por tanto, en el afán y la presión de otorgarle alguno de los dos, los médicos y padres deciden realizar la operación, que en ocasiones no se requiere para la salud e integridad física del bebé 7- El riesgo que se corre en estas situaciones es que el niño o niña que llega a un umbral de edad suficiente para concebirse sexualmente, puede preferir otra identidad a la escogida previamente por los terceros, lo que provoca conflictos psicológicos y en el desarrollo personal del mismo individuo.

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

Con base en lo anterior, la Sala puede identificar en términos generales tres problemáticas concretas a las que se enfrentan los individuos que nacen con estados intersexuales:

EN PRIMER LUGAR: al ser un trastorno genético congénito en términos médicos, se discute hasta qué tiempo deben ser los padres del individuo en estado intersexual, quienes otorguen el consentimiento previo, libre e informado para autorizar la cirugía de resignación o readaptación de sexo y los tratamientos hormonales, y hasta qué punto debe esperarse que sea el mismo niño o niña quien decida.

EN SEGUNDO LUGAR: las personas en estados intersexuales no tienen un reconocimiento legal (registro civil), pues no encajan dentro de los sexos culturalmente vigentes, lo que tiene como consecuencia una situación mayor de vulnerabilidad.

EN TERCER LUGAR: están expuestos a tratos discriminatorios debido a la ambigüedad sexual que tienen y que no es aceptada como “normal” en la sociedad.

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

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

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

En la sentencia SU-337 de 1999, la Corte analizó el caso de una menor que al nacer fue identificada por sus características biológicas como una niña. Sin embargo, a los tres años de edad, durante una consulta pediátrica se

encontraron genitales ambiguos y se diagnosticó que la niña tenía “seudohermafroditismo masculino”; Por lo anterior, se recomendó un tratamiento quirúrgico, que consistía en la readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o reasignación del falo (clitoroplastia), de los labios y de la vagina.

El médico tratante manifestó la urgencia de realizar la cirugía antes de la llegada a la pubertad, toda vez que a pesar de que el falo era grande, nunca tendría la capacidad de funcionar como un pene. El ISS –EPS a la que estaba afiliada la tutelante se negó a realizar la intervención quirúrgica, porque consideró que quien debía manifestar el consentimiento, y por ende, la aprobación de la operación, debía ser la menor y no la madre. Con base en lo anterior, ésta última interpuso acción de tutela contra la entidad mencionada, alegando que la niña no tenía la edad suficiente para tomar una decisión sobre su cuerpo y la intervención quirúrgica debía realizarse de forma prioritaria para evitar más prejuicios a su desarrollo de crecimiento e identidad sexual. La madre consideró entonces que a su hija de 7 años en el momento de la interposición de la acción de tutela le estaban vulnerando sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección especial de la niñez, puesto que la infante tenía el derecho "a que fuera definida su sexualidad a tiempo para su normal desarrollo personal y social.

La Corte solicitó conceptos técnicos a profesionales de la medicina para aclarar las razones de la ambigüedad sexual, su tratamiento y sus consecuencias, los informes allegados definían la ambigüedad sexual o intersexualidad como "trastornos de la diferenciación y el desarrollo sexual" que se traducen en "alteraciones en los procesos biológicos".

Del mismo modo la Sala Plena observó que existía un cierto consenso en la comunidad médica en caracterizar estos estados intersexuales como un trastorno o enfermedad, que constituía una verdadera urgencia, pues socialmente existe un imperativo dirigido a que la persona desde los primeros días de vida tenga un sexo definido de hombre o mujer, y de no ser así, existe un gran riesgo de tener una vida psicológicamente traumática. Así, una parte de los estudios médicos recomendaban realizar la cirugía y los tratamientos médicos de manera prioritaria, mientras que otros, señalaron que no era una

decisión que tuviera que tomarse de afán sino que se podía esperar a que el niño o niña fuera lo suficientemente consiente para decidirlo por sí mismo. La Corte ante esta situación planteó el caso concreto como una situación difícil en la que se encontraban en juego varios principios constitucionales como el interés superior del menor, el libre desarrollo de la personalidad y la salud, entre otros, los cuales debían ser analizados conjuntamente y conforme al consentimiento informado de la niña, afectada directa de cualquier decisión o intervención médica que se realizara. Dado que en el caso concreto la madre de la menor alegaba que podía dar el consentimiento de la niña por tener su patria potestad, la Corte abordó las siguientes temáticas: I) el fundamento y el alcance del consentimiento informado en los tratamientos médicos, específicamente cuando el paciente es un menor de edad, II) los problemas jurídicos que se desprenden de los tipos de hermafroditismo o de ambigüedad sexual y III) los derechos de las personas en estados intersexuales a la libre autodeterminación de su identidad sexual y como minoría que goza de especial protección del Estado. En las consideraciones esbozadas, la Corte estableció que el principio de autonomía tiene una prevalencia prima facie, pero no absoluta, sobre los valores concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia; Por consiguiente, en general el médico debe siempre obtener la autorización del paciente para la realización de toda terapia, salvo que, excepcionalmente, las particularidades del caso justifiquen apartarse de esa exigencia, por ejemplo en el caso de emergencias médicas o en los casos en los que el paciente se encuentra inconsciente, en grave riesgo o alterado, situaciones que exigen darle exclusividad al principio de beneficencia. Formuló como características del consentimiento informado las siguientes: a) debe ser libre, previo e informado, es decir, al margen de coacciones y engaños; b) la decisión debe ser informada, es decir, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el paciente pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención u operación a realizar, y debe estar acompañados de la oportunidad de valorar las demás alternativas, incluso la ausencia de cualquier tipo de tratamiento; c) el paciente debe gozar de aptitudes emocionales y mentales para decidir si acepta o no el tratamiento, lo que quiere significar que debe ser un ser autónomo y comprenderse como sujeto con identidad sexual propia; d) tratándose de intervenciones médicas

extraordinarias que implican una invasión al cuerpo de riesgo mayor a las terapias ordinarias, el deber de revelación de la información es más exigente y la manifestación del paciente debe ser más clara y cualificada; e) si la intervención es riesgosa y las posibilidades favorables del paciente son bajas, el consentimiento manifestado por el paciente debe ser más preciso y rigurosamente informado; y f) en el caso de los menores de edad, por regla general, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas a favor de ellos, e incluso contra su voluntad, toda vez que se considera que los niños y niñas todavía no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su plan de vida. No obstante lo anterior, “ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya tiene una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional”.

Así pues, con base en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la Corte estableció los alcances y límites de las posibilidades de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad, al respecto, adujo que en los casos de tratamientos e intervenciones médicas relativas a la definición sexual de una persona, el consentimiento de la misma adquiere especial relevancia, toda vez que es ella misma quien debe determinar su identidad, en palabras de la Corporación: Así, esta Corporación ha señalado que en general corresponde a la propia persona definir su identidad sexual, por lo cual la protección a la autonomía sugiere que esas intervenciones hormonales y quirúrgicas debían ser postergadas hasta que el paciente pueda prestar un consentimiento informado; sin embargo, según muchos galenos, esa espera tiene no sólo efectos psicológicos graves sobre el menor sino que además reduce considerablemente las posibilidades de éxito de los procesos de identificación sexual y de género de la persona, por lo cual, conforme al principio de beneficencia, parece necesario asignar el sexo y realizar las correspondientes intervenciones médicas lo más rápido posible.

Así, conforme a ese paradigma, es indiscutible que la falta de remodelación de los genitales ambiguos de un infante tiene efectos catastróficos sobre su salud psicológica, debido al rechazo del medio social y de los propios padres, y a los

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

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

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

personal: “ La anterior conclusión plantea empero dos objeciones, por lo cual no puede ser adoptada de manera simple: de un lado, en el presente caso, la menor tiene ya varios años de vida, lo cual modifica de manera importante el anterior análisis., en efecto, el presupuesto de la urgencia de las intervenciones quirúrgicas es que, según el enfoque dominante, basado en las tesis de Money, las cirugías deben realizarse antes de los dos años, que es el período crítico de la formación de la identidad de género de los niños y a esa escasa edad, la autodeterminación del menor es casi nula, lo cual aumenta la legitimidad de la autorización sustituta por los padres, sin embargo, la niña NN tiene más de ocho años, por lo cual ha superado ampliamente el umbral del período crítico, lo cual reduce notablemente la urgencia de esas intervenciones médicas es más, incluso su situación parece cuestionar la necesidad de una operación inmediata pues, a pesar de la falta de intervención quirúrgica, la menor parece haber desarrollado una importante identificación de género y, según los datos de la historia clínica, no muestra ningún problema de adaptación psicológica o social. Finalmente, a esa edad la infante ya posee una mayor autonomía, que merece entonces una protección constitucional más rigurosa, puesto que, como ya se indicó en esta sentencia (Ver supra Fundamento No 26), esta Corte tiene bien establecido que entre más claras sean las facultades de autodeterminación del menor, mayor será la protección constitucional a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y menores las posibilidades de interferencia ajena sobre sus decisiones que no afectan derechos de terceros. Por consiguiente, incluso si el actual paradigma médico fuera incontrovertible, estos tres aspectos deben ser tomados en cuenta para determinar si es o no constitucionalmente legítimo que la madre autorice, en nombre de su hija, estas intervenciones médicas, que como se ha dicho, son irreversibles e invasivas.

La Corte Constitucional se preguntó si en el caso concreto resultaba legítimo el consentimiento sustituto paterno, para dar respuesta a este interrogante, la Sala de Revisión reiteró los fundamentos de la sentencia SU-337.

Así pues, consideró que en el caso de los menores, los padres y los representantes legales pueden autorizar las intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres, sino que son individuos en formación

y desarrollo, que merecen una protección constitucional preferente. Recordó que para evaluar si es válido ese “consentimiento sustituto”, es necesario tener en cuenta (I) la necesidad y urgencia del tratamiento, (II) su impacto y riesgos, y (III) la edad y madurez del menor.

Concluyó que en el caso sub examine, los padres podían autorizar la cirugía toda vez que la niña sólo tenía 2 años de edad, y por tanto, no había superado el umbral de edad, en ese orden, a diferencia del caso analizado por esta Corte en la sentencia SU-337, se indicó que el consentimiento sustituto paternal debía aceptarse, y por eso, procedió a precisar en qué consistía el “consentimiento informado cualificado y persistente” que deben tener las autorizaciones de los padres para que se realice una reasignación de los genitales de sus hijos, en casos de ambigüedad sexual, al respecto afirmó que: “20- Es deber entonces del Estado y de la propia comunidad médica cualificar el consentimiento de los padres en los casos de ambigüedad genital, a fin de que la decisión paterna se fundamente ante todo en los intereses del niño. ¿Cómo lograrlo? La Corte considera que en este punto son muy útiles algunas regulaciones normativas así como los protocolos médicos diseñados para que los pacientes decidan si aceptan o no cierto tipos de tratamientos, que pueden ser muy invasivos o riesgosos, sin que sus beneficios sean totalmente claros. En efecto, esos protocolos pretenden precisamente depurar el consentimiento del paciente, para lo cual recurren en general a tres mecanismos: (I) una información detallada, (II) unas formalidades especiales y (III) una autorización por etapas.

La Corte entiende que por medio de esos requisitos, los equipos médicos pretenden asegurar lo que podríamos denominar un “consentimiento informado cualificado y persistente”, antes de que se llegue a los tratamientos irreversibles, como puede ser una cirugía, así, la información muy depurada, tanto sobre el tratamiento como sobre las otras opciones, cualifica el consentimiento pues permite a la persona comprender los riesgos de las terapias y las otras posibilidades que existen. Los plazos aseguran que la autorización no sea dada por un estado de ánimo momentáneo sino que sea la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina. Finalmente, las formalidades como la autorización escrita son útiles para

mostrar la seriedad del asunto y asegurar el cumplimiento de los otros requisitos.

Como es obvio, no es función de esta Corte elaborar en detalle las reglas precisas que deben contener estos protocolos, esa tarea debe ser desarrollada directamente por la comunidad médica, obviamente dentro del marco normativo que fije el Congreso, puesto que, en desarrollo del principio democrático y de la cláusula general de competencia (CP artículos 1º, 3º y 150), corresponde al Legislador regular temas de esta naturaleza, con todo, es natural que los procedimientos fijados por los galenos deben tener en cuenta ciertos estándares básicos, para que la autorización paterna se ajuste a la Carta.

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

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

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

La sentencia T-1390 de 2000, examinó un caso de ambigüedad genital de un bebé de tan sólo tres meses de nacido, la madre solicitó realizar una operación para la definición de sus genitales; sin embargo, la entidad de salud aún no había autorizado todos los exámenes y procedimientos requeridos. Los jueces de instancia concedieron el amparo pues consideraron que de los conceptos médicos podía concluirse que la vida y salud del bebé se encontraba en riesgo. La Corte en su sentencia nuevamente reiteró que en los casos de intervenciones quirúrgicas y hormonales destinadas a readaptar los genitales, en casos de ambigüedad genital en menores de cinco años, se requiere de un consentimiento informado cualificado y persistente de los padres, a fin de proteger el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad sexual de aquellos. En cuanto al caso concreto, concluyó que los padres del niño podían autorizar la cirugía toda vez que no se había superado el umbral a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto; no obstante, recordó que este consentimiento debía acogerse a los parámetros de calidad y persistencia establecidos en la jurisprudencia, circunstancia que debía evaluarse antes de realizarse cualquier procedimiento sobre el cuerpo del niño o niña. De ese modo, confirmó los fallos de instancia, pero advirtió que los padres debían tener un conocimiento integral sobre las ventajas y desventajas de la cirugía, y sus efectos y tener un tiempo prudencial de reflexión para tomar la decisión definitiva.

CONCLUSION

Es necesario disponer de un equipo médico interdisciplinario (cirujanos, urólogos, endocrinólogos, pediatras y psiquiatras), psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que asistan, orienten y asesoren al menor PABLO y a su madre en el proceso de toma de decisión de la práctica de la cirugía de asignación de sexo y el suministro de los tratamientos hormonales indispensables. Para tales efectos, el equipo interdisciplinario deberá realizar los exámenes, diagnósticos y evaluaciones necesarias y emitir su concepto al menor y su madre.

1

2

1

1

•