



Región: Urabá
Autor: Mauricio Escobar Martínez
Título: El mundo del banano
Técnica: Óleo espátula sobre lienzo
Dimensiones: 110 x 80 cm

PRINCIPIOS Y DERECHOS INVOLUCRADOS EN EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ESTADOS INTERSEXUALES EN PACIENTES MENORES DE EDAD EN COLOMBIA*

* Artículo de investigación producto del Proyecto de investigación “Abordaje Jurídico de los Estados Intersexuales en Colombia: el caso del hermafroditismo”, inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: Agosto 29 de 2007

Fecha de aprobación: Octubre 17 de 2007

**PRINCIPIOS Y DERECHOS INVOLUCRADOS EN EL
ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ESTADOS INTERSEXUALES
EN PACIENTES MENORES DE EDAD EN COLOMBIA
–EL CASO DEL HERMAFRODITISMO–**

*Catalina Velásquez Acevedo***

*Patricia González Sánchez****

*Isabel Cristina Sarmiento Echeverri*****

RESUMEN

Casos como el de los estados intersexuales, concretamente el hermafroditismo, cuestionan los esquemas y presupuestos sobre los que se ha construido el ordenamiento jurídico, que intenta generalizar situaciones que de suyo, se originan en contextos netamente privados y con características propias, que no logran incluirse dentro de un marco normativo y legal que exprese el reconocimiento de los derechos a los individuos que se encuentran en un estado intersexual. Por tanto, en el análisis jurídico de los casos de pacientes menores de edad con un estado intersexual como el hermafroditismo, se encuentran tensiones entre principios y derechos referidas a la forma en que debe prestarse el consentimiento para la realización de intervenciones hormonales o quirúrgicas en dichos pacientes, teniendo en cuenta aspectos como las libertades individuales de la persona hermafrodita, la necesidad de determinar de forma inmediata al nacimiento la identidad, el sexo y nombre del menor por medio de la formalización del registro civil de nacimiento; y el interés jurídico superior del menor que exige un deber de protección especial por parte de la Familia, la Sociedad y el Estado.

Palabras clave: estado intersexual, hermafroditismo, menores, consentimiento informado, instrumentos jurídicos, principio de autonomía, principio de beneficencia.

**PRINCIPLES AND RIGHTS INVOLVED IN THE LEGAL ANALYSIS OF THE
INTERSEX CONDITIONS IN PATIENTS UNDER AGE IN COLOMBIA
–THE CASE OF THE HERMAPHRODITISM–**

ABSTRACT

Cases as the intersex conditions, specifically the hermaphroditism, brings a great debate about the structures on which the legal has been built. They, apparently, try to generalize situations that are originated in clearly private contexts and with own characteristics, which fail to include inside a legal and normative framework that express the recognition of the rights to the individuals that are found in a intersex condition. Therefore, in the legal analysis of the cases of patients under age with a intersex condition as the hermaphroditism, tensions between principles and rights are found, and they are referred to how should be the consent for hormonal or surgical intervention in the said patients, keeping in mind aspects like the individual liberties of the hermaphrodite person, the need to determine since the birth aspects such as: Identity, the sex and name of the under age ones through the birth certificate; and the superior legal interest of the under age one that requires a duty of special protection on the part of the Family, the Society and the State.

Key words: Intersex condition, hermaphroditism, under age, consent, legal instruments, principle of autonomy, principle of welfare.

** Estudiante en Formación Investigativa, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

*** Profesora investigadora del Grupo de Investigación “Derecho y Sociedad”, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

**** Investigadora asociada a la línea de investigación Vida, Derecho y Ética, del Grupo de Investigación “Derecho y Sociedad”, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

PRINCIPIOS Y DERECHOS INVOLUCRADOS EN EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ESTADOS INTERSEXUALES EN PACIENTES MENORES DE EDAD EN COLOMBIA –EL CASO DEL HERMAFRODITISMO–

INTRODUCCIÓN

En el marco del trabajo de investigación denominado “*Abordaje Jurídico de los Estados Intersexuales en Colombia: El caso del hermafroditismo*”, cuyo objetivo principal consistió en ubicar y analizar jurídicamente la problemática sobre los estados intersexuales, concretamente el caso del hermafroditismo en Colombia, surge este artículo de revista que pretende describir los diferentes instrumentos que existen en el campo del derecho, tratados por la Corte Constitucional, sala de revisión de tutelas, que deben ser tenidos en cuenta para el estudio y manejo de los casos de hermafroditismo en menores de edad.

En el desarrollo de la investigación de la cual se origina este artículo, se trabajaron conceptos teóricos propios de la medicina, la bioética y el derecho, con la finalidad de utilizar herramientas distintas que facilitaran el estudio de los estados intersexua-

1 Si se parte de un estudio conceptual riguroso y estricto sobre el manejo y tratamiento médico que se da a los estados intersexuales, se pueden diferenciar y encontrar particularidades que definen los conceptos de Estado Intersexual, Hermafroditismo y Ambigüedad Genital. En este sentido, se entiende que el primero constituye un género, el segundo es una de las distintas manifestaciones que puede tener un estado intersexual, es decir que constituye una especie dentro de dicho género, y el tercero, obedece a las expresiones de malformación visibles en el aspecto externo del individuo y que pueden dar lugar confusiones en el momento de la designación del sexo a la persona recién nacida. De conformidad con el estudio que la Corte Constitucional colombiana realizó en la sentencia SU 337 de 1999, resulta importante aclarar que si bien dicha corporación jurisprudencial, comprendió las diferencias conceptuales enunciadas, decidió manejarlas indiscriminadamente para efectos de la exposición de sus consideraciones y atendiendo el hecho de que cada una de ellas plantea interrogantes similares respecto a los derechos, principios y deberes involucrados en los casos de menores de edad. Expresó la Corte; “(...) *en estricto sentido, conviene a veces distinguir entre estados intersexuales, formas de hermafroditismo, ambigüedad genital y ambigüedad sexual; sin embargo, en la medida en que, a pesar de esas diferencias científicas, en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares, por economía de lenguaje y para no hacer excesivamente pesada la exposición, la Corte no distinguirá entre estas distintas condiciones, salvo cuando sea estrictamente necesario.*” M. P. Alejandro Martínez Caballero.

les, su definición, alcance y la diferenciación con conceptos como la ambigüedad genital y el hermafroditismo, así como el consentimiento informado, su historia y la construcción que del mismo se hace de acuerdo a los planteamientos de los discursos de cada una de las disciplinas mencionadas. En este mismo sentido, se revisaron los fallos proferidos por la Corte Constitucional colombiana sobre el tema, estableciéndose la posición que dicho ente colegiado asume respecto a las cuestiones planteadas y el papel que entran a desarrollar los principios y derechos en la problemática trazada. Finalmente, se elaboró un capítulo en el que se da cuenta de un trabajo analítico, mediante el que se realizan aportes al conocimiento jurídico y se exponen distintas propuestas de interés para solucionar los problemas ilustrados en el transcurso de la investigación.

Los estados intersexuales son casos difíciles de abordar para el derecho, toda vez que involucran aspectos que trascienden la esfera de lo jurídico e implican el estudio de otras materias, áreas y discursos, como las relativas a la medicina y a la bioética; además involucran la confrontación de valores, principios, derechos y deberes contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, pero que no se integran de forma armónica para efectos de los casos del hermafroditismo en menores. A continuación se describen los cuestionamientos y las principales controversias que plantean los estados intersexuales y el consentimiento informado para la práctica de la readecuación sexual cuando se trata de pacientes menores de edad.

El consentimiento informado en pacientes menores de edad

La problemática jurídica que plantean los estados intersexuales en casos de menores de edad, centra su discusión en la teoría del consentimiento informado; punto nodal en el que convergen, por un lado, la existencia de un sujeto titular de derechos, y por el otro, el modo en el que debe prestarse la autorización para ciertas intervenciones quirúrgicas, terapéuticas y preventivas, y de otras áreas que se encuentren involucradas en estos estados.

La teoría del consentimiento informado surge durante la segunda mitad del siglo XX, e impulsa el desarrollo de la bioética² y promueve los derechos de los pacientes,

2 Según el oncólogo y bioquímico Van Rensselaer Potter, la bioética es "(...) una nueva disciplina que combinará el conocimiento biológico con el conocimiento de los sistemas de valores humanos (...) Elegí bio para representar al conocimiento biológico, la ciencia de los sistemas vivientes, y elegí ética para representar el conocimiento de los sistemas de valores humanos" GRACIA, Diego. *Fundamentación y enseñanza de la bioética*. Bogotá: El Búho, 1998, p. 30.

así como el cambio en la forma de concebir la relación médico-paciente, lo que implica el asentimiento y la expresión de voluntad de una persona para someterse a intervenciones o tratamientos de carácter médico, científico o investigativo, ya sea para obligarse o adquirir beneficios, previo el conocimiento de los efectos y las consecuencias colaterales que dichas intervenciones o tratamientos pueden tener.

En la aplicación del consentimiento informado por parte del personal de salud, se garantizan 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.

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 al concepto de consentimiento informado, que junto con la construcción teórica de la bioética, permite entender cómo debe ser aplicado el concepto, precisar sus modalidades y cualificarlo, de conformidad con las situaciones jurídicas problemáticas de los casos que han llegado a su conocimiento, y han sido tratados por medio de las siguientes sentencias: 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.

Resulta de importancia analizar el fundamento del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico colombiano, y la conexión directa que éste tiene con los principios constitucionales y los derechos fundamentales que a su vez son los que lo vierten de contenido jurídico, y que se encuentran plasmados en las sentencias de la Corte.

Protección jurídica a los menores de edad en Colombia

A raíz de las dificultades presentadas en los casos de readecuación de sexo en el caso de menores³, la Corte Constitucional colombiana construyó el *bloque de constitucionalidad*³ para los casos concretos de hermafroditismo y proyectó las sentencias referidas con base en los derechos fundamentales, en los principios constitucionales, y en la remisión a otras normatividades, como es el caso de la

3 Figura importada del derecho italiano y español, referida a normas que no obstante no hacen parte del texto constitucional expresamente, lo integran por la directa remisión que éste hace de ellos.

Convención Universal de los Derechos del Niño y los distintos tratados y pactos internacionales⁴.

Por esta 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 la 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.

La Constitución Política de Colombia 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*”; 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 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*”⁵, 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*”.

4 Pactos dentro de los que se puede mencionar: El Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), en la Convención de Viena y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño, y que han consagrado la protección especial a la niñez. De esta manera lo expresa la Corte Constitucional en diversas intervenciones al aludir directamente al desarrollo de los derechos fundamentales de la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

5 Citado por la Corte Constitucional, Sentencia T-477/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

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 vs. 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. Esta situación problemática obliga a replantear la actividad protectora del Estado y de la sociedad, si lo que se busca es el desarrollo pleno de la autonomía de los individuos:

El límite a la actividad protectora implica, por un lado, que el estado no puede adoptar las decisiones de salud por las personas, en la medida en que sus resoluciones específicas puedan ser tomadas autónomamente, aunque las mismas no hayan desarrollado plenamente su autonomía en todos los aspectos de su vida. Tal límite impone además el deber del estado de proteger a las personas en relación con aquellas decisiones para las cuales no han desarrollado la autonomía necesaria. La protección de estas personas resulta aceptable entonces, en la medida en que ellas mismas, o terceros, no pongan en peligro el ejercicio futuro de su autonomía, con las decisiones respecto de su salud.⁶

Principios e instrumentos jurídicos utilizados en el análisis de los estados intersexuales en menores de edad

Entre los principios que sustentan el abordaje jurídico de los estados intersexuales, se pueden presentar algunas tensiones:

- **Autonomía vs. Beneficencia:** la prevalencia de las decisiones estrictamente personales de los pacientes inciden en el deber que ha tenido el personal de salud para optar por una decisión que ellos hayan evaluado como benéfica para el paciente, sin embargo, la limitación que se les impone desde el ejercicio de la autonomía del sujeto, implica que la decisión que tome el personal de salud, esté determinada por la decisión del paciente.
- **Beneficencia vs. Beneficencia:** Se presenta la tensión porque no existe una sola mirada que pueda sustentar la mejor opción para el paciente, ya que ésta podrá

6 Corte Constitucional, Sentencia T-850 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, Fundamento Jurídico 2.2.2.

variar según las condiciones de éste y del personal de la salud encargado. En otras palabras, la elección que el grupo de especialistas considere más benéfica en un momento determinado, puede no serlo para otro grupo de especialistas.

Estas dos tensiones se toman en cuenta para el argumento de la tercera tensión.

- **Autonomía vs. Expresión Paternalista de la Beneficencia:** La Corte Constitucional colombiana en sus sentencias de revisión 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, considerando los derechos y principios constitucionales, ha aludido principalmente a la **tensión** *entre el Principio de autonomía que da prevalencia a la decisión adecuada del paciente menor de edad, para que sea él mismo quien decida sobre la intervención vs la expresión paternalista del principio de beneficencia del personal médico que recomienda como la mejor decisión la de efectuar la intervención.*

En el primer supuesto que se tensiona se refutan las intervenciones quirúrgicas en la medida en que vulneran la autonomía e identidad del menor y, adicionalmente considera que éstas no representan una solución satisfactoria que responda a las necesidades tanto físicas como en el desarrollo personal de los pacientes; lo que refuerza el hecho de que en vez de constituir una opción válida para el menor, puede ser una opción contraria a sus intereses, lo que imposibilitaría que sea él mismo quien defina y construya su sexualidad. En el segundo supuesto tensionado, se encuentra la posición que sustenta la intervención quirúrgica como una solución inmediata y necesaria en casos de estados intersexuales, pues facilita el proceso para que el menor defina su personalidad y desarrolle lo que se considera una vida “normal”, la inclusión, se argumenta como la preestablecida por el orden social.

Ambos supuestos, el que sustenta la defensa de la autonomía y el que sustenta la beneficencia, deben buscar en todo momento el principio que obliga al personal de salud a no causar daño y a proveer la solución más benéfica posible para el paciente. Si se opta, en virtud de la expresión paternalista, a favor de la intervención, el Estado, la familia, la sociedad y el cuerpo médico, deben viabilizar las operaciones de readecuación sexual que se estimen convenientes independientemente del consentimiento del menor; para esto se apoyan en un sector de la doctrina internacional que defiende la definición del género a la mayor brevedad posible, incluso, inmediatamente después del nacimiento, para permitir la adecuación del menor en su entorno social y para evitar que éste encuentre algún impedimento en los estándares generales que defienden la existencia de sólo dos géneros: el masculino y el femenino.

En caso contrario, si se opta por la no intervención temprana, se considera que se asegura la defensa de la libertad reconociendo al individuo el dominio absoluto de su cuerpo, en tal sentido, se le da mayor importancia a que manifieste su voluntad y sea él quien defina el desarrollo de su sexualidad atendiendo al *principio de autonomía*.

Sin embargo, parece que la dicotomía entre la readecuación o no de un menor en estado intersexual, como lo es un hermafrodita, se ve resuelta con el argumento de la importancia de incluir al individuo en la sociedad, por medio de la inserción del menor en uno de los dos géneros de manera inmediata al nacimiento, dejando de lado, principios fundamentales e insoslayables de la persona, como lo es la autonomía.

La inclusión social del menor hermafrodita por medio de la readecuación temprana, depende de diferentes posiciones; entre ellas las percepciones personales y culturales que tengan los individuos que conviven en una determinada sociedad, así como el análisis hermenéutico que realiza el operador jurídico como intérprete y aplicador de la norma.

La diferenciación entre culturas y formas de interpretación de las categorías jurídicas, se ha ido resolviendo a partir de la aplicación directa de los derechos y los principios constitucionales, como son: la dignidad de la persona humana en relación con los derechos de identidad, la igualdad, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad y de la sexualidad, el derecho de autonomía, el pluralismo y la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás.

La autonomía como principio y como derecho no implica solamente la protección y el respeto del individuo con relación a sus decisiones para que éstas sean libres, sino que la directriz impuesta va mucho más allá; implica que el Estado deba proveer los medios necesarios para promover que las personas adquieran las capacidades básicas para desarrollar sus intereses y potencialidades. La maximización de la autonomía de las personas hace indispensable, entre otras cosas, que el Estado, la sociedad, la familia y el cuerpo médico participen y aporten desde puntos de vista diferentes sobre el conocimiento que es necesario para que las decisiones sobre estados intersexuales, se adopten de la forma más adecuada para el paciente hermafrodita.

Por esto, la autonomía en relación con las intervenciones quirúrgicas, en el tema exclusivo de readecuación sexual en menores, no se puede entender como un concepto eminentemente contractual, sino que debe tener en cuenta, los principios y derechos

constitucionales y otros factores como son el tipo de intervención y la necesidad de preservar la integridad del individuo para que pueda dar su consentimiento.

En este sentido, la posición paternalista: *“ha sido puesta en tela de juicio en la última mitad del presente siglo, como consecuencia de la trascendencia adquirida por los valores de la autonomía personal, la autodeterminación y la dignidad”*⁷, abriéndose paso un replanteamiento de *“los términos tradicionales de la relación clínica, de tal manera que el médico condicione su asistencia al consentimiento del paciente”*⁸, quien incluso puede escoger opciones *“que no conduzcan a su bienestar físico”*⁹. Le corresponde al Juez Constitucional en los casos de menores con estado intersexual, ponderar la protección tanto de los intereses particulares como de los generales, de tal manera, que ninguno de los dos, sea subsumido o minimizado por el otro.

La dignidad se refleja en el caso de los estados intersexuales, en la medida en que se considera la sexualidad como una parte de la esencia del sujeto, por tanto su lectura y la idea de optar por una de las dos vertientes propuestas, una en beneficio de la intervención quirúrgica para la readecuación de acuerdo a una posición paternalista, y otra, en pro de la prevalencia del principio de autonomía con la postergación de dicha intervención hasta la decisión del paciente, debe ser acorde a lo establecido con este principio, y debe priorizar o indagar por una solución que le de aplicación directa al respeto de la sexualidad de la persona y su libre desarrollo.

En este sentido y respecto a su aplicación como parámetro de interpretación, la dignidad debe ser la directriz que haga que las decisiones con respecto a la intervención quirúrgica en casos de estados intersexuales, sean armónicas con los parámetros constitucionales, por tanto, ningún paciente puede servir como instrumento de manipulación para el cuerpo médico, ni éste último, puede dejar de cumplir sus funciones y obligaciones curativas y de preservación de la vida por la sola voluntad del paciente. Esta voluntad en el caso de los menores en estado intersexual, deberá ser asumida previa información completa, clara y suficiente sobre el tratamiento de parte del cuerpo médico, pero la dificultad se presenta en la capacidad volitiva o no que pueda tener el menor para prestar su consentimiento.

7 Corte Constitucional, sentencia T-401 de 1994 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

Así mismo, al considerarse que los casos de estados intersexuales que se diagnostican a menores de edad no constituyen una “urgencia médica”¹⁰, se concibe que debe prevalecer la autonomía del menor dando lugar a la espera de la decisión informada y consentida por parte del mismo. Sin embargo, este caso sí genera para el equipo interdisciplinario una situación difícil, pues se argumenta que cuando se programa realizar un tipo de intervención quirúrgica para readecuar el sexo en un niño mayor de cinco años, se torna difícil el proceso de adaptación del menor a la sociedad, en tanto éste, cuenta con capacidades de entendimiento suficientes y con inclinaciones de género definidas básicamente por el “rol” social que hasta ese momento está desempeñando, situación que puede ser de urgencia, no por motivos de vida, sino de adaptación a la sociedad y a sí mismo.

Teniendo presentes la autonomía y la dignidad, la Corte Constitucional indicó la forma en que debe ser prestado el consentimiento informado en menores hermafroditas, por tanto, asume una posición intermedia en la que se establece una edad como límite para la intervención quirúrgica y hormonal, definiendo cómo debe ser dado el consentimiento. Se entenderá que se da el *consentimiento sustituto* en el caso de que el sujeto sea menor de cinco (5) años, o se da el *consentimiento asistido*, cuando el sujeto haya superado el umbral de los cinco (5) años. Adicional a este criterio relativo a la edad, la Corte tiene en cuenta otras consideraciones como son “(i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor y (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño”¹¹.

En síntesis, la decisión asumida por la Corte Constitucional colombiana en esta materia, propone una doble vía, en el sentido de priorizar el principio de autonomía o el principio de beneficencia en su expresión paternalista, según el criterio objetivo de la edad del paciente, o sea, si es menor o mayor a cinco años:

1. Cuando el menor se encuentra con un estado intersexual y es menor de cinco años, la Corte supone que éste no tiene capacidad de prestar su consentimiento informado para la intervención, por tanto, la decisión será

10 “La Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana precisa que si por urgencia se entiende una intervención médica inmediata tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte, entonces debe entenderse que los tratamientos a las personas con ambigüedad sexual no tienen tal carácter. La necesidad de esas intervenciones “depende básicamente de razones de tipo familiar (padres), personales y por último médicas.” Corte Constitucional, Sentencia SU 337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico 15.3.

11 Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico 24.

tomada de forma exclusiva por los padres, previo acompañamiento de un grupo interdisciplinario.

2. Cuando el menor se encuentra con un estado intersexual y es mayor de cinco años, la Corte supone que posee la capacidad de prestar su consentimiento de forma asistida y la decisión será tomada de forma exclusiva por el menor con la colaboración de los padres, y el grupo interdisciplinario.

En la jurisprudencia constitucional consultada sobre los casos de estados intersexuales en menores de edad, la interpretación sobre el principio de dignidad prevalece para la toma de decisiones, y se propone analizarlo desde la posición del menor en el contexto cultural colombiano, debido a que las condiciones sociales no son propicias para reconocer que pueden existir diferentes opciones para el menor intersexual; por tanto, la tendencia es tratar de identificar al menor en uno de los dos sexos, masculino o femenino, los cuales son excluyentes entre sí. En otras palabras, la Corte considera que la cultura no reconoce los individuos que no cumplen con los estándares creados para la diferenciación y rol sexual en caso de indefinición. En esta medida, la decisión adoptada por la Corte favorece una dignidad que se expresa en la posibilidad de que dicho individuo se ubique en uno de los dos géneros.

Desconoce la Corte que la Carta Política de 1991, reconoce como fundamento y principio de la sociedad colombiana la categoría jurídica de pluralismo en conexión directa con el principio y derecho de igualdad, postulado en el artículo 13 de esta norma fundamental. En este artículo referido a la igualdad, se prescribe que los colombianos nacen libres e iguales ante la ley, y que por tanto la protección de sus derechos, libertades y oportunidades debe darse sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Además, le exige al Estado su participación en la promoción de la igualdad real y efectiva a favor de grupos discriminados o marginados.

Lo anterior implica la aceptación de diferentes tipos de población sin discriminación alguna, por tanto, es función del Estado reconocer que existen diferencias sexuales en los casos en los que se presenta un estado intersexual, como es el caso del menor hermafrodita. Esta situación obliga al Estado a crear herramientas y posibilidades jurídicas para la protección de los derechos que se ven amenazados o violentados por la necesidad jurídica de concretar al menor en uno de los dos sexos. De esta forma, se piensa que se reducen los problemas jurídicos, médicos y psicológicos para ese menor, desconociendo finalmente, los derechos a la pluralidad y a la igualdad.

Si el Estado colombiano se define como pluralista, y se defiende el argumento anterior de que no todos los individuos deben ser iguales en términos de sexo masculino o femenino con base en la dignidad humana, entonces se debería llegar a admitir la posibilidad de que el sujeto no se incluya en uno de esos dos sexos, lo que implica que previamente se disponga de los medios sociales y jurídicos adecuados a ese tipo de problemáticas, que permita que sea el paciente quien tome las decisiones respectivas a su estado intersexual.

El realizar cirugías que busquen readecuar el sexo del individuo de acuerdo al patrón sexual predominante, masculino o femenino para alcanzar características estéticas y de funcionamiento dentro de los cánones de lo considerado como “normal”, implica que las fases del derecho a la sexualidad, como son: la sensibilidad, la funcionalidad y el placer sexual; se vean afectadas, incluso, de manera irreversible.¹²

Aunque lo anterior representa dificultades en cuanto al aspecto cultural, como se ha venido señalando, debido a la negación de algunos sectores para aceptar un tercer sexo o un sexo indefinido, para el individuo hermafrodita, sería la posibilidad de mantenerse en condiciones de dignidad, pluralidad, igualdad e identidad.

Atendiendo a la idea anterior, la operación de readecuación sexual puede ocasionar diferentes efectos en el paciente que no participó en la decisión última que se adoptó bajo los criterios y la posición de “(...) los padres y su angustia, el médico y su recomendación, las normas culturales que no tienen por qué ser absolutas (...)”¹³. El anterior planteamiento de la Corte, constituye un aspecto esencial en la toma de la decisión, en tanto refleja la importancia de aplicar el consentimiento informado y libre del paciente para definir su situación sexual en este tipo de procedimientos

12 “(...) ISNA (Intersex Society of North America) es una asociación en Norteamérica que agrupa a decenas de intersexuales o personas con ambigüedad sexual, que fueron objeto de los procedimientos hormonales y quirúrgicos recomendados por la comunidad médica. Esas personas son muy críticas de esas intervenciones médicas, pues consideran que, sin su consentimiento, les fue realizada una cirugía que tenía un simple carácter “cosmético”, pues se trataba de adaptar la apariencia de sus genitales a los patrones sociales dominantes. Además, como tales tratamientos afectaron las posibilidades mismas de obtener satisfacción sexual, estas personas consideran que fueron sexualmente mutiladas. Por ello concluyen que, salvo que existan necesidades fisiológicas que las justifiquen, esas intervenciones quirúrgicas y hormonales debían ser postergadas hasta que el afectado pueda comprender sus riesgos y beneficios, esto es, al menos hasta el inicio de la pubertad, a fin de que en tal momento la persona pueda decidir si acepta o no los tratamientos médicos” Bajo estas consideraciones, habrá de ponderarse las condiciones en torno a la salud y no maleficencia con las condiciones que resulten de la práctica de la cirugía. Corte Constitucional, Sentencia SU 337 de 1990. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

13 Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico 17.3

médicos, lo cual permite la materialización efectiva del principio de Autonomía en el que nuevamente se entiende que el cuerpo humano como propiedad del individuo no puede ser intervenido sin su consentimiento.

Por otro lado, la interpretación de la igualdad como principio fundante y derecho fundamental de aplicación inmediata, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 85 de la Constitución Política de Colombia; “(...) *se funda en la identidad esencial de los mismos, a pesar de su diversidad existencial*”¹⁴, lo que permite la relación de este derecho con otros derechos fundantes, anteriormente tratados y que en concordancia con la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, configuran argumentos que determinan lo positivo o lo negativo de la intervención médica.

A propósito se han identificado dos argumentos que ubican la igualdad en los casos de hermafroditismo:

1. El derecho de igualdad que anula la diferencia: se presenta cuando el menor es sometido a tratamientos e intervenciones en su cuerpo por parte del personal médico para lograr lo que éste considera la normalización del paciente, teniendo en cuenta estándares de género y buscando asegurar el alcance del derecho a la igualdad. Se considera que el no intervenir puede causar que en el escenario contextual del menor, y sus formas de vida, éste se vea sometido a condiciones inapropiadas para su desarrollo personal y desempeño social.
2. El derecho de igualdad basado en la no anulación de la diferencia: tiene en cuenta la pluralidad, que indica que no se debe intervenir para homogeneizar un estado intersexual, pues independientemente de las condiciones de diferencia, los pacientes menores, son sujetos de derechos políticos y civiles como cualquier ciudadano y el trato “desigual” que se les da, va en la búsqueda de equiparar las condiciones materiales de diferencia. Este argumento, debe justificarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Con base en estos dos argumentos y para que se materialice la igualdad, es necesario tener en cuenta las diferencias en que se encuentra el menor intersexual al momento de tomar una decisión sobre la readecuación, pues hay un deber de trato especial que consiste en que ante situaciones necesarias para hacer efectivos sus derechos, estas personas tendrían que ser tratadas en condiciones diferentes para alcanzar la

14 Corte Constitucional, Sentencia T-539 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Consideración de la Corte 2.2.

igualdad real y por tanto, hacer caso omiso a los postulados enunciados implicaría la violación de los derechos fundamentales involucrados en el caso.

En síntesis, se considera que la posición asumida por la Corte Constitucional en el caso de los estados intersexuales, como el hermafroditismo, fundamenta el derecho a la igualdad con el argumento de la identidad de género como condición que permite la inclusión social del individuo y que determina el desarrollo de su personalidad. Por tanto, conservar las condiciones del individuo hermafrodita hasta que pueda tomar una decisión autónoma, conllevaría a que éste enfrente situaciones de discriminación, ya que la Corte considera que *“percibirse diferente puede disparar la depresión, sentimientos de anomalía, inadecuación, tendencia al aislamiento y la introversión; así como introyección del rechazo social”*¹⁵.

El anterior argumento de la Corte indica la necesidad de que los sujetos detectados con estados intersexuales, como el hermafroditismo, **sean intervenidos**, de forma inmediata en el caso de los menores de cinco (5) años, o de forma posterior para pacientes mayores de cinco (5) años. La cirugía de readecuación con la interpretación de las sentencias de la Corte, se debe realizar con el fin de que los sujetos que en ese momento se consideran en estado de anormalidad, entren a formar parte de lo que se considera como normal y por tanto, las consideraciones médicas y judiciales de esta práctica, deben ajustarse en todo momento y en toda circunstancia a la efectiva readecuación.

CONCLUSIONES

Debe plantearse, en relación al estudio de los estados intersexuales en menores de edad, que este implica una serie de análisis y relaciones transdiscursivas, sin las cuales las problemáticas reveladas en este artículo, perderían profundidad e importancia, toda vez que no podría darse cuenta de los derechos y principios involucrados, que para el tema de los estados intersexuales, no atienden únicamente a un contenido de carácter jurídico; sino que tienen en cuenta planteamientos que provienen de áreas de conocimiento como la bioética.

Durante este artículo se puede apreciar que la interpretación de los principios y derechos expuestos a lo largo del mismo, dependen de la mirada del intérprete que está inmiscuido en un marco de relaciones sociales, políticas y económicas; por

15 Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico 17.3

lo cual el mismo habrá de hacer una lectura que reúna sus conocimientos teóricos sobre el caso, y sus percepciones de la realidad que lo envuelve, teniendo bajo sus consideraciones el principio de *imparcialidad* del Juez.

De conformidad con el estudio de las sentencias resueltas por la Corte Constitucional colombiana, se expresa que la postura asumida por esta Corporación, si bien da cuenta de un estudio juicioso y amplio de los diversos temas que tocan la problemática, presenta una solución sobre los estados intersexuales que no se corresponde con la profundidad del problema que le fue planteado. Esto, en tanto la Corte Constitucional, decide establecer un parámetro formal que establezca un límite para la determinación del sujeto del cual debe provenir el **consentimiento informado**, y decida sobre una eventual readecuación sexual; de manera tal que entran a hacer parte del análisis en este punto, *el consentimiento informado sustituto*, como aquel conferido por los padres en lugar del menor, que aún no llega a cumplir los cinco (5) años de edad. Y el *consentimiento informado asistido*, que otorga el menor que excede los cinco (5) años de edad, previo proceso de acompañamiento por los padres y el cuerpo médico para efectos de tomar una decisión. En la aplicación de uno u otro consentimiento, se dará prevalencia al *principio de beneficencia en su expresión paternalista*, o al *principio de autonomía*.

Se considera que no se permitió dentro de la interpretación realizada por la Corte, renovar los esquemas jurídicos para plantear nuevas formas y alternativas que incluyan a las personas con un estado intersexual como el hermafroditismo, de manera que puedan acceder a determinados derechos sin que sea obligada la definición sexual, mediante las cirugías y tratamientos de readecuación, o mediante la inscripción en el registro civil de nacimiento.

Bajo la solución dada por la Corte Constitucional y expuesta con anterioridad, la interpretación de los instrumentos jurídicos queda saldada desde su punto de vista, con el límite formal que para ello crea, toda vez que la edad va a determinar los niveles de formación y desarrollo en los aspectos psíquico, psicológico, personales, y de la identidad del menor de edad, para saber si es pertinente intervenir con una operación quirúrgica y hormonal altamente invasivas, pero, en la actualidad se problematiza sobre la pertinencia de estas cirugías, en tanto no representan procedimientos de carácter médico urgente de cuya realización dependa la vida del menor.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS ESPECÍFICAS

Libros

ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998.

BEAUCHAMP, Tom y James F. *Principios de Ética Biomédica*. Childress. Barcelona: Masson, 1999.

DEWHURST, Christopher J. y GORDON, Ronald. *Estados Intersexuales*. Barcelona: Editorial Pediátrica, 1970.

GALLEGO, S. *Los derechos de los pacientes: problemática práctica*. Medicina clínica, 1993.

KAUFMANN, Arthur. “¿Relativización de la protección jurídica de la vida?”. En: *Avances de la medicina y el Derecho penal*. Santiago Mir. Puig, 1988.

SIMÓN, P. *El consentimiento informado: Teoría y práctica I*. Medicina Clínica, 1993.

VIDELA, Mirta. *Los Derechos humanos en la bioética: Nacer, enfermar y morir*. Buenos Aires: De. Ad-Hoc, 1999.

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

- Sentencia T 477 de 1995, M. P. Alejandro Martínez caballero
- Sentencia SU 337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez caballero.
- Sentencia T 551 de 1999, M. P. Alejandro Martínez caballero
- Sentencia T 692 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz
- Sentencia T 1390 de 2000, M. P. Alejandro Martínez caballero
- Sentencia T 1025 de 2002, M. P. Rodrigo escobar Gil

REFERENCIAS GENERALES

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

- Sentencia T 474 de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz
- Sentencia C 481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T 539 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa
- Sentencia T 850 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia T 401 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

