

Sentencia T-1021/03

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Cargos y cuotas moderadoras

La estipulación de cuotas moderadoras, los pagos compartidos (copagos), las cuotas de recuperación, los periodos mínimos de cotización y la fijación de planes obligatorios de salud y manuales de procedimientos e intervenciones tanto para el régimen subsidiado como el contributivo-, resulta ajustada a los postulados constitucionales. De manera general, la asunción por parte de los usuarios de los pagos adicionales al sistema de salud es obligatoria, de acuerdo con las condiciones y requisitos consagrados en la ley, los que, en todos los casos, deberán responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que permitan la distribución justa de las responsabilidades en el financiamiento del sistema de seguridad social en salud. Sin embargo, el deber general respecto a esta carga pública es limitado, pues la exigencia en el pago de la obligación debe ser acorde con la protección de los derechos fundamentales como fin esencial del Estado (Art. 2 C.P.) y, por ello, no puede convertirse en una barrera para gozar del servicio de salud, del que depende el ejercicio efectivo de los derechos a la integridad física y la vida en condiciones dignas.

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Casos excepcionales en que se inaplica el pago de cuotas adicionales

Los jueces constitucionales están facultados para inaplicar las normas que regulan el pago de cuotas adicionales al sistema de salud y emitir órdenes de amparo tendientes a obtener la práctica del procedimiento médico requerido cuando en cada caso concreto se verifique: a) Que el usuario carezca, de manera objetiva, de los recursos suficientes para costear el pago adicional y no puede obtener el procedimiento médico por otros medios (contratos de medicina prepagada, planes complementarios de salud, beneficios laborales, etc.) y b) Que el tratamiento o fármaco requerido es necesario para conservar la vida en condiciones dignas y la integridad física del paciente.

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Falta de recursos puede acreditarse por diferentes medios de prueba

La falta de recursos para cubrir los gastos adicionales puede acreditarse a través de distintos medios de prueba, incluso la simple afirmación por parte del afectado, cuando esta no es rebatida por la entidad de salud accionada. Ésta, como es obvio, tiene los instrumentos suficientes para determinar el nivel de ingreso del usuario, habida cuenta que la clasificación en cada rango de atención, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, está en directa proporción con el estrato socioeconómico del afiliado. El juez de tutela, al resolver cada asunto sometido a la jurisdicción de amparo, tiene amplias facultades probatorias para determinar el nivel de ingreso del

accionante y, con ello, garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por lo que deberá decretar y practicar todas aquellas pruebas que permitan acreditar la falta de ingresos.

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO DE MENOR HERMAFRODITA-Práctica de cirugía

PRINCIPIO DE UTILIDAD EN LA ACTIVIDAD MEDICA-Objeto

PRINCIPIO DE JUSTICIA EN LA ACTIVIDAD MEDICA-Objeto

PRINCIPIO DE AUTONOMIA EN LA ACTIVIDAD MEDICA-Objeto

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Requisito necesario para la práctica de procedimientos médicos

El consentimiento informado es un requisito necesario para la legitimidad constitucional de la práctica de procedimientos médicos, pues los profesionales de la salud no pueden decidir por sus pacientes, so pena de desconocer su condición de sujetos libres y moralmente autónomos.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE- Características

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Exigencias cualificadas

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-No es absoluto

La facultad que tienen los padres del menor de emitir el consentimiento sustituto no puede entenderse en términos absolutos, habida cuenta que los niños también son titulares, al menos de forma parcial, de los derechos a la autonomía individual y la libertad, sin que sea posible negar su carácter ontológico particular, relegándolos a la calidad de propiedades de sus progenitores. En este orden de ideas, los menores de edad están capacitados para tomar decisiones sobre su propia salud en directa proporción con su nivel de desarrollo. Por ello, un adolescente cercano a la mayoría de edad podrá, válidamente y de manera exclusiva y prevalente, decidir sobre una multiplicidad de aspectos, entre ellos el consentimiento para la práctica de procedimientos médicos que afecten su salud.

PRINCIPIOS DE AUTONOMIA Y BENEFICENCIA EN LA ACTIVIDAD MEDICA-Criterios de ponderación

La jurisprudencia constitucional fija tres criterios que son adecuados para efectuar la labor de ponderación entre el principio de autonomía y el de beneficencia respecto al consentimiento sustituto de los padres. Estos criterios son: “(i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente”. Para la Corte, la consideración de estos criterios es útil en la medida en que permite identificar razonablemente situaciones en las que prima la autonomía del menor y el ejercicio de la acción benéfica en cabeza de sus padres. Sin embargo, esta Corporación niega la aplicación mecánica y absoluta de los criterios de ponderación citados, puesto que su determinación tampoco está exenta de complejidades.

ESTADOS INTERSEXUALES-Supuestos fácticos que deben considerarse en las intervenciones médicas para corrección

Las intervenciones médicas de corrección de estados intersexuales parten de dos supuestos fácticos. El primero, en el que la dolencia pone en grave riesgo la vida, la salud y la integridad física del menor, caso en el cual no existe reparo jurídico alguno en que los padres autoricen los procedimientos necesarios para enfrentar exclusivamente esta dolencia, amén que se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable al interés superior del niño, representado en la conservación de su propia existencia. La controversia constitucional se origina cuando el procedimiento médico parte de un supuesto fáctico distinto, esto es, en aquellos eventos en que la intervención sanitaria no constituye una urgencia vital, pero el personal médico y los mismos padres del menor estiman conveniente realizar las correcciones quirúrgicas y los tratamientos hormonales necesarios para asignar, de forma permanente e irreversible, un sexo definido al menor que presenta el estado intersexual.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Implicaciones en los procedimientos de remodelación genital y reasignación del sexo/CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Se otorga cuando el niño es de muy corta edad/CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Se restringe cuando la edad del menor le permite autonomía y decisión

Los procedimientos de remodelación genital y reasignación de sexo comportan profundas implicaciones con el ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, ya que de este derecho se derivan un cúmulo de atributos y garantías a favor del individuo, entre ellas el derecho a la identidad personal y a la definición sexual, que se ven afectados en grado sumo con las decisiones médicas que se tomen con el objeto de superar un estado intersexual. La situación de los niños y las niñas trae nuevamente a colación la tensión antes estudiada entre el principio de

autonomía y el principio de beneficencia. La solución que a esta dilema otorga la jurisprudencia constitucional consiste en un modelo de proporción inversa entre el grado de autodeterminación del menor y la posibilidad que sus padres consientan de manera sustituta la práctica de intervenciones médicas. Así, si el niño es de muy corta edad, sus padres podrán consentir por él, con el cumplimiento de determinadas condiciones a las que se hará referencia más adelante. En caso contrario, si la edad del menor le permite cierto grado de autonomía y capacidad de decisión, se restringe la viabilidad del consentimiento sustituto.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-

Menor con cierto grado de autonomía es libre para autorizar procedimientos médicos que afectan su identidad sexual

Los menores, no son propiedad de sus padres, sino que, antes bien, estos son responsables de su formación y desarrollo, buscando que se conviertan en sujetos libres y con capacidad de elección. En este orden de ideas, cuando el menor tiene un grado apreciable de autonomía, los padres, en cumplimiento estricto de los derechos fundamentales a los que se hizo referencia, no están habilitados para decidir por su hijo en la práctica de procedimientos médicos que afectan en grado sumo su identidad sexual y, por ende, su propia opción de vida.

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO

El caso bajo examen se ubica dentro del primer supuesto, que privilegia el principio de beneficencia y posibilita el consentimiento sustituto de los padres, teniendo en cuenta que el niño B.B. en la actualidad tiene dos años de edad, por lo que no podría adscribirse una capacidad significativa de decisión.

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Requisitos

Los requisitos que debe tener el consentimiento sustituto de los padres para la práctica de intervenciones de asignación de sexo y remodelación genital en menores de corta edad son: a) En primer lugar, el consentimiento debe ser informado, lo que según las características expuestas, significa que el personal médico debe comunicar a los padres todas y cada una de las implicaciones y riesgos del procedimiento, así como las ventajas y dificultades de tratamientos alternativos o la falta de práctica de cualquiera de ellos. b) En segundo lugar, el consentimiento debe ser cualificado, lo que se acredita cuando los progenitores conocen “las posibilidades, los límites y los riesgos” del procedimiento, lo que a su vez exige que el profesional de la salud les transmita información detallada y depurada respecto al estado actual del procedimiento médico a practicar. c) En tercer lugar, el

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

SISTEMA GENERAL DE SALUD-Falta de recursos económicos hace inaplicable el pago de cuotas adicionales/ACCION DE TUTELA-Hecho superado por realización de los procedimientos médicos sin haber pagado cuotas adicionales

La Sala reitera la facultad que tienen los jueces constitucionales de inaplicar las normas legales y administrativas que regulan los copagos y las cuotas moderadoras en el sistema de seguridad social en salud y de ordenar la entrega de medicamentos o la realización de procedimientos excluidos del POS pero siempre que el usuario carezca, de manera objetiva, de los recursos necesarios para asumir esos costos, que no pueda acceder a ellos por otros medios y que su suministro sea necesario para conservar la vida en condiciones dignas y la integridad física del paciente. En el caso presente, es evidente que los servicios médicos requeridos por el menor B.B. debían suministrarse sin necesidad de que sus padres asumieran copago alguno pues carecían de recursos económicos, no podían acceder a tales servicios por otros medios y se trataba de procedimientos imprescindibles para asegurar la integridad personal del niño. No obstante, como esos servicios ya fueron prestados sin que los padres del menor asumieran copago alguno, se está ante un hecho superado

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Se cumplieron los requisitos para cirugía de cambio de sexo a menor

La Corte reitera la línea jurisprudencial vigente en el sentido que tal consentimiento sustituto debe ser informado, cualificado y persistente, entendiéndose, cada uno de estos atributos, con el profundo contenido que la jurisprudencia constitucional les ha asignado. De acuerdo con ello, en el presente caso se encuentra demostrado que el menor B.B. tiene dos años de edad; que sus padres fueron informados de las implicaciones y riesgos de las intervenciones quirúrgicas, de las ventajas y dificultades tanto de tratamientos alternativos como de la no práctica de aquellas; que a aquellos se les suministró información detallada que les permitió conocer las posibilidades y límites de tales intervenciones y que el consentimiento que otorgaron fue persistente y obedeció a su firme convicción de que se

practicaran las intervenciones quirúrgicas dispuestas por el cuerpo médico. Si esto es así, se impone concluir que en este evento se cumplieron las reglas jurisprudenciales ya indicadas y que con la práctica de tales intervenciones no se vulneraron los derechos fundamentales a la identidad sexual, a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad del menor B.B.

Reiteración de jurisprudencia

Referencia: expediente T-717724

Acción de tutela instaurada por A.A. contra la Dirección Seccional de Salud de D.D.

Magistrado Ponente:
DR. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de dos mil tres (2003).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado G.G. y el Tribunal Superior de D.D. en la tutela instaurada por A.A., en representación de su menor hijo B.B. contra la Dirección Seccional de Salud de D.D.

I. ANTECEDENTES

A. Aclaración preliminar

En primer lugar, la Sala debe indicar que por tratarse de un proceso relacionado con un problema complejo de sexualidad humana, cual es el hermafroditismo que afecta a un niño de dos años de edad, y con la finalidad de proteger las garantías constitucionales de que son titulares el menor afectado y su familia, se protegerá su derecho fundamental a la intimidad y por ello, durante el presente trámite de revisión se tomarán medidas orientadas a impedir su identificación. Máxime cuando se trata de un tema desconocido por la opinión pública, susceptible de desencadenar efectos

sensacionalistas en los medios de comunicación y de conducir al rechazo y discriminación del menor y su familia. En razón de ello, la Sala suprimirá toda referencia que pueda conducir a dicha identificación y en la parte resolutive de esta Sentencia ordenará que la Secretaría de esta Corporación y de los jueces de instancia guarden estricta reserva en este proceso¹.

B. Reseña fáctica

1. El 27 de junio de 2002, la señora A.A., en representación de su hijo de nueve meses de edad B.B., interpuso acción de tutela contra la A.R.S. C.C. y la Dirección Seccional de Salud de D.D. La actora planteó que esas entidades vulneraron los derechos del menor a la salud, a la seguridad social y los derechos de los niños al negarse a practicarle a su hijo el examen cariotipo ordenado, con carácter prioritario, por el médico cirujano y urólogo pediatra que lo atiende. El examen estaba encaminado a determinar la cantidad de hormonas femeninas y masculinas del niño para, si es procedente, operar y cambiar de sexo pues desde el momento de su nacimiento sus órganos genitales tenían una extraña morfología.

Como la A.R.S. manifestó que expediría la orden de servicios y ya que la Dirección Seccional de Salud de D.D., por tratarse de un servicio excluido del POS, expidió la autorización correspondiente, la actora desistió de la

¹ La publicidad de los fallos de tutela en casos de menores con ambigüedad sexual y la protección de la intimidad del niño y su familia durante el trámite judicial, es un tema reiterado en todas las Sentencias que han versado sobre esta problemática. Al respecto, la Sentencia SU-337/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló: “La Corte entiende la preocupación de la madre y el sentido de su petición pues, como se verá, este caso se relaciona con un problema complejo de la sexualidad humana, que es poco conocido por la opinión pública, y que podría entonces provocar reacciones sensacionalistas de los medios de comunicación, así como una malsana curiosidad y rechazo a la menor y a la propia peticionaria en el medio social en donde viven. Ahora bien, no sólo todas las personas tienen derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15) sino que, además, la acción de tutela ha sido instituida para proteger los derechos fundamentales (CP art. 86). Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos, por lo cual la preocupación de la madre por la posible afectación de su intimidad y la de su hija es perfectamente legítima. Es pues necesario que el juez de tutela, y esta Corte Constitucional, tomen todas las medidas pertinentes para amparar los derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la presente acción judicial, lo cual sugiere la conveniencia de la reserva completa de estas actuaciones. // Sin embargo, los procesos judiciales deben ser públicos. Además, la Corte Constitucional revisa eventualmente las acciones de tutela con el propósito esencial de unificar la doctrina constitucional para de esa manera orientar la actividad de los distintos jueces en la materia. La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia, por lo cual esta Corporación concluye que la única determinación razonable es la siguiente: de un lado, y con el fin de amparar la intimidad, en la sentencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de la peticionaria, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de su médico tratante sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Igualmente, y por la misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas por la decisión, esto es, por la madre, el médico tratante y el representante del I.S.S, y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad. Sin embargo, debido a la trascendencia y complejidad del caso, es inevitable no sólo publicar la sentencia, pues en ella se establece una doctrina constitucional fundamental en la materia, sino también divulgar todo el extenso material probatorio y científico que la Corte tuvo en cuenta para alcanzar su decisión.”

acción y el Juzgado E.E. lo aceptó. No obstante, el despacho reabrió la actuación al conocer que al paciente, tras practicarle el examen de cariotipo, se le negaba la práctica de una biopsia testicular por cuanto la A.R.S. no tenía contratos vigentes con entidades que pudieran realizar tal procedimiento. Además, cuando acudió a éstas, se le exigió el pago total de la intervención, que ascendía a \$749.900 más sumas adicionales por otros conceptos, pago que la actora no pudo hacer efectivo ante lo limitado de sus recursos económicos.

2. El 29 de agosto de 2002 el juzgado E.E. tuteló los derechos fundamentales del menor y le ordenó a la A.R.S. que en 48 horas realizara las gestiones necesarias para que se le practique la biopsia testicular dispuesta por el cuerpo médico.

3. El 15 de noviembre de 2002, la Dirección Seccional de Salud de D.D. expidió una orden de servicios para el menor y dirigida a la I.P.S. F.F. El diagnóstico presuntivo de remisión fue hermafroditismo verdadero y los servicios médicos autorizados fueron corrección de hipospadia, gonadectomía, uretroplastia, resección de resto mulleriano abdominal por laparotomía, prequirúrgicos y la atención integral pertinente y específica para el caso. En la orden de servicios se indicó también que *“PARA EL COBRO DE LA CUOTA DE RECUPERACIÓN que le compete al usuario se procederá de conformidad con el Decreto 2357 de 1995, artículo 18. Solamente se exceptúan de los copagos los casos de enfermedad de alto costo contemplados en el acuerdo 30 de 1998 CNSSS, artículo 7° numeral 4”*.

4. La madre del menor acudió a la institución prestadora de salud para que le informaran las fechas para las cuales se programarían las intervenciones quirúrgicas, momento en el cual se le informó que debía pagar la suma de \$280.000 para poder continuar con el tratamiento de su hijo. Aquella no pudo pagar esa suma ya que no contaba con los recursos económicos necesarios para ello.

C. Tutela instaurada

Ante esa situación, el 25 de noviembre de 2002, la madre del menor instauró una nueva acción de tutela pues estimó que la Dirección Seccional de Salud de D.D. estaba vulnerando los derechos fundamentales de su hijo a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la especial protección de los niños. Solicitó que se le protejan tales derechos ordenándole a esa entidad que disponga que los servicios médicos requeridos por su hijo se presten sin necesidad de hacer copago alguno. Indicó que teme por la salud de su hijo y por las secuelas que puedan afectarle si se demora el tratamiento ordenado.

D. Respuesta de la entidad accionada

El 29 de noviembre de 2002, la Dirección Seccional de Salud de D.D. contestó la solicitud de información dirigida por el Juzgado. Indicó que la actora estaba afiliada al nivel 2 del SISBEN y que como tal debía asumir los pagos moderadores impuestos por la ley, que en su caso ascendían al 10% del valor de los distintos procedimientos. De ello infirió que como se había limitado a realizar el cobro de una cuota moderadora consagrada en la ley, no había incurrido en vulneración de derechos fundamentales.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

A. De primera instancia

El 9 de diciembre de 2002, el Juzgado G.G. tuteló los derechos fundamentales invocados por la actora en nombre de su hijo. Argumentó que si bien la capacidad de pago es un factor importante, no es algo decisivo para la consecución de un derecho. Con base en ello, le ordenó a la Dirección Seccional de Salud de D.D. que en las 48 horas siguientes asuma, en este evento particular, el copago que le correspondería sufragar a la accionante y la autorizó para repetir esa suma contra el Fosyga.

B. De segunda instancia

El 3 de febrero de 2003 una Sala del Tribunal Superior de D.D. resolvió la impugnación interpuesta por la entidad accionada. Al hacerlo, revocó la sentencia de primera instancia y negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por la actora pues ésta no había demostrado que con los copagos que se le impusieron se afectó su mínimo vital.

III. TRÁMITE SURTIDO EN SEDE DE REVISIÓN

1. Al iniciar el estudio del expediente de la referencia, la Sala determinó cómo los jueces de instancia habían integrado indebidamente el contradictorio en su extremo pasivo, puesto que el trámite de tutela se adelantó sin la concurrencia de la institución prestadora de salud que suministró el tratamiento médico al menor B.B., situación que constituía una causal de nulidad de naturaleza saneable, según lo dispuesto por el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil. Por ello, a través de auto del 4 de junio de 2003, se informó al Hospital H.H. de la existencia del trámite de tutela, para que se pronunciara sobre los problemas suscitados, las pretensiones de la actora y el estado actual del proceso.

2. A través de oficio radicado en esta Corporación el 20 junio de 2003², el secretario general del Hospital H.H. manifestó que había suministrado la atención médica requerida por el menor, con cargo en su totalidad a la Dirección Seccional de Salud de D.D., de acuerdo con las órdenes que dicha entidad emitió para el efecto.

3. A juicio de la Sala, la respuesta enviada por el Hospital H.H. fue insuficiente, pues no hizo referencia al tratamiento médico suministrado al menor B.B. Por ello, a través de auto del 18 de septiembre de 2003, se decretaron las pruebas tendientes a que el director de dicha institución hospitalaria remitiera la historia clínica del hijo de la actora y respondiera los siguientes cuestionamientos:

- a) ¿Cuál es el diagnóstico de la enfermedad que padece el menor B.B.?
- b) ¿Qué intervenciones quirúrgicas se le han efectuado a dicho menor? y ¿Qué implicaciones para la salud del niño se derivaban de su falta de práctica?
- c) ¿Qué procedimientos fueron llevados a cabo por el personal médico del Hospital H.H. para obtener el consentimiento de los padres del niño B.B. respecto a la realización de dichas cirugías? y
- d) ¿Qué clase de asesoría psicológica y terapéutica se brindó tanto al menor como a sus padres en relación con el tratamiento médico realizado? y ¿Qué profesionales de la salud concurrieron en dicha asesoría?

4. En comunicación de fecha 8 de octubre de 2003³, el Jefe del Departamento de Pediatría del Hospital H.H. envió a esta Corporación el informe realizado por el cirujano infantil que atendió el caso del menor B.B., documento que respondió los cuestionamientos antes expuestos, así:

- a) El diagnóstico del menor es hipospadia mediopeneana y cuerda ventral, hermafroditismo masculino.
- b) Al niño se le han efectuado las intervenciones de biopsia gonadal, *“necesaria para aclarar el diagnóstico, debido a que el cariotipo no correspondía con la genitografía y la ecografía abdominal, si esto no se realizaba no se podía tomar una conducta futura”*. Además, se practicó una *“corrección de hipospadia y cuerda ventral y resección de restos mullerianos, lo cual era necesario para llevar el meato uretral a la punta del pene, si esto no se realizaba el paciente debía tener la micción sentado durante toda su vida, la corrección de la*

² Cfr. Folios 79 a 81 del expediente.

³ Cfr. Folios 95 a 100 del expediente.

cuerda ventral es necesaria para lograr una erección recta de no practicarse esta cirugía no sería posible la actividad sexual futura con implicaciones para la penetración vaginal”.

- c) *“Para obtener el consentimiento de los padres se siguió el procedimiento usual para cirugías realizadas en menores de edad, se informó desde la primera consulta la necesidad de hacer biopsia para realizar un diagnóstico claro, los padres firmaron la forma de consentimiento establecida por el hospital. // Una vez realizada la biopsia se informó en la consulta que el paciente sería presentado a staff para tener una evaluación multidisciplinaria y tomar la decisión más adecuada teniendo en cuenta la complejidad del caso. // Después del staff tanto el padre como la madre fueron informados de la decisión del staff, se ofrecieron alternativas como segundas opciones, se explicó que la cirugía a realizar sería una corrección de hipospadias y los padres se mostraron de acuerdo con la decisión tomada.*
- d) *Por último, en relación con la asesoría suministrada al menor y sus padres, el profesional de la salud informa que “Por parte del servicio de cirugía infantil los padres y el menor fueron informados de todo el tratamiento médico. Los profesionales que concurrieron en esa asesoría fueron los cirujanos infantiles del hospital H.H., quienes están entrenados en cirugía y urología infantil y el hospital H.H. es centro de referencia para este tipo de patologías”*

5. El Hospital envió la historia clínica del menor B.B., la que, en sus aspectos más relevantes, señala lo siguiente:

- a) *El sexo fenotípico del niño es masculino (con presencia de tejido gonadal masculino, pene de buen tamaño, testículo derecho en escroto y uretra masculina, sin presencia de vagina y de seno urogenital), pero el sexo cromosómico detectado es femenino (46XX), evaluación que fue resultado de tres exámenes distintos de cariotipo. Estos elementos permiten concluir que el menor presentaba, posiblemente, hermafroditismo verdadero, diagnóstico que es informado en la consulta a sus padres.*
- b) *Ante esta situación, el 6 de noviembre de 2002 el caso es presentado ante el staff médico, el que decidió que, habida cuenta que el niño “fenotípicamente tenía un pene formado de buen tamaño, con cuerpos cavernosos, con función eréctil, uretra masculina y ausencia de vagina” resultaba procedente “programar para corrección de hipospadia y corrección cuerda ventral” junto con “resección de posible resto mülleriano intraabdominal por posible laparoscopia o laparatomía.”*

- c) La historia clínica, después de exponer los resultados de los exámenes de diagnóstico y las conclusiones que de ellos obtuvo el cuerpo médico, señala los procedimientos realizados para la obtención del consentimiento paterno, las intervenciones quirúrgicas practicadas y sus resultados. La Sala considera pertinente transcribir en esta Sentencia el apartado correspondiente:

“Después del staff se explicó ampliamente a los padres el diagnóstico, el tipo de cirugía a realizar teniendo como parámetro el fenotipo masculino, la no existencia de estructuras intraabdominales compatibles con sexo femenino como ovario, vagina o trompa de falopio se programó (sic) para corrección de hipospadias. La familia se mostró de acuerdo y se programó el nuevo procedimiento.

El 21 de enero del (sic) 2003 se realiza la cirugía propuesta encontrando un mínimo resto mulleriano en anillo inguinal izquierdo, vaso gonadal atrófico izquierdo, no se identificó útero, trompas de falopio o gónadas intraabdominales. Se realizó resección de estructura compatible con resto mulleriano y se envió a patología, utilizando una incisión Pfannestiel.

Se realizó corrección de hipospadia mediopeneana encontrando uretra con cuerpo cavernoso atrófico en su tercio distal, cuerda ventral severa, glande pequeño y cuerpos cavernosos presentes. Se corrigió la cuerda ventral con técnica de Nesbitt y se realizó uretroplastia tipo Snodgrass sobre una sonda de Nelaton 8FR sin complicación.

El 24 de enero de 2003 el estudio anatomopatológico reporta muestra formada por tejido fibroconectivo, tejido adiposo maduro, filetes nerviosos y estructuras vasculares, no se identifican restos mullerianos ni tejido gonadal, no hay malignidad.

El paciente evoluciona en forma satisfactoria de su cirugía de corrección de hipospadias y es dado de alta el 29 de enero de 2003.”

IV. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

A. Problemas jurídicos

Los antecedentes expuestos permiten a la Sala concluir que en el trámite de la referencia se está ante dos problemas jurídicos que en oportunidades anteriores han sido tratados por esta Corporación, así:

1. En primer lugar, deberá analizarse si la exigencia del pago de cuotas de recuperación para obtener la atención en salud vulnera los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y la integridad física cuando el usuario del servicio carece de los recursos económicos suficientes para asumir dicha obligación. Para solucionar este interrogante la Sala reiterará las reglas jurisprudenciales sobre la prevalencia del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales sobre las normas de índole administrativo que regulan el sistema de seguridad social en salud y las aplicará al caso concreto.

2. En segundo lugar, la Corte determinará si en el asunto bajo estudio fueron cumplidos los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha fijado para el consentimiento sustituto de los padres en la autorización de intervenciones quirúrgicas relacionadas con la ambigüedad genital o estados intersexuales de menores de edad. Con este fin, la Sala reiterará la doctrina que la Corte Constitucional ha fijado sobre la materia, identificará las reglas jurisprudenciales que de ella se derivan y, con base en estas, realizará la labor de comprobación citada, a fin de determinar si en el caso concreto, el consentimiento sustituto expresado por los padres del menor B.B. es compatible con la protección de los derechos fundamentales a la identidad sexual, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad del niño.

B. Doctrina constitucional sobre los problemas jurídicos planteados

1. Sustento constitucional de la exigencia de cuotas de recuperación en el régimen subsidiado de salud. Protección prevalente de los derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia.

1. Con el objeto de garantizar el cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que supeditan la prestación del servicio público de seguridad social en los términos del artículo 48 C.P., el cuerpo normativo que lo regula prescribe varios mecanismos que buscan conservar el equilibrio financiero entre los fondos que ingresan al sistema y las prestaciones que suministran las diferentes instituciones.

La estipulación de cuotas moderadoras, los pagos compartidos (copagos), las cuotas de recuperación, los periodos mínimos de cotización y la fijación de planes obligatorios de salud y manuales de procedimientos e intervenciones tanto para el régimen subsidiado como el contributivo-, resulta ajustada a los postulados constitucionales, puesto que es evidente que en un escenario de recursos económicos escasos, la única vía para preservar la prestación del servicio de salud en condiciones de calidad y cobertura suficiente consiste en guardar una relación de equilibrio entre tales fondos y prestaciones y para ello resultan prioritarios esos mecanismos de financiación.

2. De manera general, la asunción por parte de los usuarios de los pagos adicionales al sistema de salud es obligatoria, de acuerdo con las condiciones y requisitos consagrados en la ley, los que, en todos los casos, deberán responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que permitan la distribución justa de las responsabilidades en el financiamiento del sistema de seguridad social en salud. Sin embargo, el deber general respecto a esta carga pública es limitado, pues la exigencia en el pago de la obligación debe ser acorde con la protección de los derechos fundamentales como fin esencial del Estado (Art. 2 C.P.) y, por ello, no puede convertirse en una barrera para gozar del servicio de salud, del que depende el ejercicio efectivo de los derechos a la integridad física y la vida en condiciones dignas.

Sobre este particular, resulta especialmente relevante destacar que el mismo régimen legal de la seguridad social en salud niega el carácter general y absoluto de los pagos adicionales al sistema. Al respecto es expreso el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, al señalar que *“en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres. Para evitar la generación de restricciones al acceso por parte de la población más pobre tales pagos para los diferentes servicios serán definidos de acuerdo con la estratificación socioeconómica y la antigüedad de afiliación en el sistema, según la reglamentación que adopte el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”*.

El alcance de esta disposición fue analizado en una Sentencia reciente de esta Corporación. En ella se expresó lo siguiente⁴:

“4. De lo expuesto se infiere que en materia de pagos moderadores la situación legal vigente es la siguiente:

- La regla general es que los afiliados y beneficiarios del sistema general de seguridad social en salud están sujetos a pagos moderadores (Ley 100 de 1993, artículo 187). Como puede advertirse, esta regla general no se aplica a la población vinculada sino únicamente a la población afiliada, ya sea mediante el régimen contributivo o mediante el régimen subsidiado. Los afiliados mediante este último régimen pagan un porcentaje de acuerdo al nivel en el que hayan sido clasificados.

- No obstante que el legislador consagró esa regla general, manifestó expresamente que los pagos moderadores no podían concebirse como *“barreras de acceso para los más pobres”*. Es decir, la misma ley prevé que, en situaciones extremas, la imposibilidad de cumplir los pagos moderadores no puede

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-411/03.

conducir a la no prestación del servicio de seguridad social en salud.

- La regla general de los pagos moderadores tiene varias excepciones y entre ellas se encuentran las enfermedades catastróficas o de alto costo, evento en el cual no se aplican copagos a los servicios contenidos en el POS (Acuerdo 30 de 1996 del CNSSS, artículo 7).

- Los pagos moderadores de la población no afiliada se regulan por un régimen diferente (Decreto 2357 de 1995, artículo 18). De acuerdo con éste, para la población indígena e indigente no existen cuotas de recuperación. Y para la población no afiliada, tales pagos equivalen al 5% o al 10%, según se trate de personas identificadas en el nivel 1 o 2 del Sisben. De acuerdo con tal decreto, los pagos no pueden exceder de uno o dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, respectivamente, por evento. No obstante, el monto del pago fue luego disminuido por el CNSSS a una cuarta parte o a la mitad de un salario mínimo mensual legal, de acuerdo con el nivel del afiliado.

- Esa regla general de los pagos moderadores de la población no afiliada no tiene excepciones y de allí por qué ellos se apliquen aún en aquellos eventos en que se prestan los servicios contenidos en el POS a personas vinculadas afectadas por enfermedades catastróficas o de alto costo.

5. En tal contexto, no se discute que el sistema de seguridad social en salud debe dotarse de una racionalidad económica que lo haga viable⁵. A ello obedecen los copagos y las cuotas moderadoras que están a cargo de los afiliados tanto al régimen contributivo como al régimen subsidiado. Tales copagos y cuotas impuestos por la ley y avalados por esta Corporación, son legítimos.

No obstante, existen situaciones excepcionales en las que el compromiso de los derechos fundamentales del afiliado al sistema de seguridad social en salud impone prescindir de tales copagos y

⁵ La Corte ya en dos oportunidades ha declarado la exequibilidad de normas legales que consagran cuotas moderadoras y copagos. En la Sentencia C-089-98 declaró la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 352 de 1997 que consagra pagos compartidos y cuotas moderadoras para los beneficiarios de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Y en la Sentencia C-542-98 declaró la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993, que consagra pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles aplicables a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud. No obstante, en los dos pronunciamientos la declaratoria de exequibilidad se condicionó en el sentido que el sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera el afiliado, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes. En tales pronunciamientos se destacó que la finalidad con que el legislador consagró tales pagos, racionalizar el uso del sistema y contribuir a su financiación, eran compatible con el Texto Superior.

cuotas para no vulnerar tales derechos. De allí que la misma ley, por ejemplo, haya considerado que en ninguna circunstancia los pagos moderadores puedan convertirse en barreras de acceso que impidan la prestación del servicio de seguridad social en salud a los más pobres⁶. De la misma manera, atendiendo las connotaciones de las enfermedades catalogadas como de interés en salud pública, el Consejo Superior de Seguridad Social en Salud excluyó de copagos y cuotas moderadoras a los afiliados al sistema afectados por enfermedades ruinosas, entre las que se incluyó al sida⁷.”

3. Estas consideraciones permiten concluir que las provisiones sobre pagos compartidos y demás cuotas adicionales son necesarias para la conservación misma del sistema de salud y el cumplimiento de los principios constitucionales que lo informan, pero que, de otro lado, es evidente que la tensión entre la protección de derechos fundamentales y las fuentes de financiamiento del sistema de salud es un problema recurrente en la jurisprudencia constitucional, ya que son innumerables los casos en que el usuario requiere de un procedimiento médico por el que debe pagar determinada suma y carece de los recursos económicos necesarios para ello.

Con el fin de resolver la tensión expuesta, distintos fallos de esta Corporación⁸ han determinado que los jueces constitucionales están facultados para inaplicar las normas que regulan el pago de cuotas adicionales al sistema de salud y emitir órdenes de amparo tendientes a obtener la práctica del procedimiento médico requerido cuando en cada caso concreto se verifique:

- a) Que el usuario carezca, de manera objetiva, de los recursos suficientes para costear el pago adicional y no puede obtener el procedimiento médico por otros medios (contratos de medicina prepagada, planes complementarios de salud, beneficios laborales, etc.) y

⁶ Varias Salas de Revisión de esta Corporación han revisado sentencias proferidas en supuestos como el que hoy se considera y han retomado el alcance de esa prescripción legal. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-1132-01 se indicó que *“cuando las personas no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos, o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a ciertos tratamientos, y éstos se requieren con urgencia por que de lo contrario se verían afectados derechos como la vida y la salud en conexidad, la Corte ha dado prevalencia a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración legal, sosteniendo que ante urgencias y patologías comprobadas no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio de salud, porque por encima de la legalidad, está la vida como fundamento de todo el sistema”*.

⁷ Esta excepción al cobro de cuotas moderadoras o copagos ha sido considerada también en varios pronunciamientos. Uno de ellos fue la Sentencia T-1056-01, en la que se precisó que *“podrán aplicarse copagos a todos los servicios contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, con excepción, entre otros, de las “enfermedades catastróficas o de alto costo”, de modo que, si el VIH/SIDA es una enfermedad de ese tipo, la atención que requiera en razón de la misma no está sujeta a copago. Ese aporte será por la atención que no esté relacionada con la misma”*.

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-819/99 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-1132/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-906/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

- b) Que el tratamiento o fármaco requerido es necesario para conservar la vida en condiciones dignas y la integridad física del paciente.

En definitiva, es claro que la prestación del servicio de salud, bajo determinadas circunstancias, es un presupuesto necesario para la protección de los derechos fundamentales, por lo que la aplicación estricta de las normas que regulan el sistema de seguridad social y estipulan pagos compartidos, debe ceder ante la prevalencia que ostentan tales derechos, siempre y cuando concurra la inminencia de la afectación de la vida digna y la integridad física del afectado y la ausencia objetiva de recursos económicos para asumir la prestación. Por ende, la interpretación de las distintas disposiciones legales del sistema de salud está subordinada a la eficacia de los derechos, principios y valores constitucionales y su aplicación sólo será admisible si las consecuencias jurídicas que se generen resultan acordes con el contenido normativo del Texto Superior.

4. A efecto de analizar posteriormente el caso sujeto a revisión, la Sala estima conveniente enfatizar en el contenido y alcance del segundo requisito de la regla jurisprudencial citada: La carencia objetiva de recursos, por parte del paciente, para asumir el pago compartido o la cuota moderadora.

En Sentencia de unificación SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), al estudiar el tema de la responsabilidad en el pago de los medicamentos o procedimientos excluidos del plan obligatorio de salud, la Corte señaló que, de conformidad con las normas que regulan el sistema de salud, era el usuario quien debía asumir estos costos, a menos que estuviera en posibilidad de acreditar *“mediante un balance certificado por contador, o a través de la declaración de renta o del certificado de ingresos, no poder asumir el pago de aquellas prestaciones que no estén cubiertas por el POS a título de copago por falta de recursos”*, caso en el cual él o sus beneficiarios deberán ser atendidos *“por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato”*. Por lo tanto, probada la incapacidad económica, es el Estado quien debe asumir las prestaciones adicionales.

Sin embargo, la doctrina sentada por la Corte en la SU-819/99 no constituye, en ningún momento, la consagración de una suerte de tarifa probatoria a cargo del usuario del servicio de salud, sino que, en contrario, la falta de recursos para cubrir los gastos adicionales puede acreditarse a través de distintos medios de prueba, incluso la simple afirmación por parte del afectado, cuando esta no es rebatida por la entidad de salud accionada. Ésta, como es obvio, tiene los instrumentos suficientes para determinar el nivel de ingreso del usuario, habida cuenta que la clasificación en cada rango de atención, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, está en directa proporción con el estrato socioeconómico del afiliado.

Además de lo expuesto, debe enfatizarse que el juez de tutela, al resolver cada asunto sometido a la jurisdicción de amparo, tiene amplias facultades probatorias para determinar el nivel de ingreso del accionante y, con ello, garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, por lo que deberá decretar y practicar todas aquellas pruebas que permitan acreditar la falta de ingresos.

Así, una decisión judicial que niegue la tutela de los derechos invocados con base en la ausencia de elementos probatorios, cuando el funcionario judicial ha omitido su práctica, no es constitucionalmente admisible, pues un comportamiento en ese sentido denota el insuficiente compromiso de la judicatura en su deber de garantizar el ejercicio cierto de los derechos, según lo dispuesto en el artículo 2° C.P.⁹

2. Requisitos constitucionales para el consentimiento sustituto de los padres de un menor con ambigüedad genital. Reiteración del jurisprudencia.

El problema constitucional relacionado con el consentimiento sustituto para la práctica de intervenciones quirúrgicas destinadas a asignar un determinado sexo a menores de edad, en el caso de estados intersexuales o ambigüedad genital, tiene profundas y complejas implicaciones frente a la protección de los derechos fundamentales a la identidad sexual, a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de los niños. Por esta razón, las decisiones judiciales que al respecto se tomen deben estar precedidas de una argumentación suficiente, que permita sopesar los intereses en juego de cada caso concreto y, con ello, sustentar órdenes de amparo que sean compatibles con el interés superior y los derechos prevalentes de que son titulares los menores de edad (Art. 44 C.P.).

Aun cuando el tema no resulta pacífico en la doctrina jurídica ni en la ciencia médica, la Corte Constitucional ha fijado en fallos anteriores, en especial en la Sentencia de unificación SU-337 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), las reglas jurisprudenciales aplicables para la verificación de la armonía entre los principios constitucionales y el consentimiento sustituto de los padres respecto a los citados procedimientos médicos. En esta Sentencia se recapitularán los aspectos centrales de dicho precedente, a fin de contar con las herramientas conceptuales suficientes para resolver el caso concreto.

En este sentido, la Sala estudiará cuatro tópicos fundamentales: a) La necesidad del consentimiento informado del paciente en la práctica de procedimientos médicos; b) La tensión entre el principio de autonomía y el

⁹ Sobre la obligación que tiene el juez de tutela de practicar las pruebas tendientes a determinar la capacidad económica del usuario del sistema de salud, en aquellos casos en que alegue la imposibilidad de asumir los costos de tratamientos médicos, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-523/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-586/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

principio de beneficencia en el caso de los menores de edad; c) Los problemas constitucionales suscitados por la existencia de estados intersexuales en niños; y d) Los requisitos del consentimiento sustituto de los padres para la práctica de intervenciones quirúrgicas de asignación de género y adecuación genital.

a) El consentimiento informado del paciente y la protección del derecho a la autonomía personal.

1. La actividad médica está sujeta a principios como los de beneficencia, utilidad, justicia y autonomía.

El principio de beneficencia comprende tanto el principio de benevolencia, según el cual la práctica de los profesionales de la salud debe estar destinada a obtener el mayor bienestar posible para el paciente; como el principio de no maleficencia (*primun non nocere*), que impide que la práctica médica involucre el daño a la salud y a la integridad física del enfermo¹⁰.

Al lado del principio de beneficencia, está el de utilidad, que funda su existencia en la necesidad que la práctica médica también redunde en beneficio del interés general, por lo que es posible que en algunos casos se esté ante tratamientos médicos que, si bien no constituyen un beneficio al paciente, sí contribuyen al avance de las ciencias de salud y, por ende, el mejoramiento futuro de la actividad médica.

Otro principio que concurre en la práctica médica es el de justicia, expresión del derecho a la igualdad en el campo de la salud y que se traduce en el deber Estatal de dar a todas las personas acceso a los servicios de salud en condiciones calidad y en un marco de universalidad progresiva (Art. 49 C.P.). La idea, entonces, es que la prestación del servicio público de salud se garantice sin discriminación, fundada bien sea en las condiciones personales

¹⁰ Al respecto son ilustrativos los tres primeros principios de la ética médica, consagrados en el artículo 1º de la Ley 23 de 1981, a saber:

“1.- La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinción de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político o religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene aplicaciones humanísticas que le son inherentes.

2o.- El hombre es una unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias externas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición.

En consecuencia, el médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondientes. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la salud, a través de la práctica cotidiana de su profesión.

3o.- Tanto en la sencilla investigación científica antes señalada, como en la que se lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.”

inescindibles al individuo, en sus condiciones económicas, en las de acceso físico a los establecimientos de salud o en la falta de información suficiente¹¹.

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

2. La aplicación coetánea de estos principios genera complejos problemas que interesan tanto al campo de la ética como del derecho. Así, existirán innumerables situaciones en que, por ejemplo, la aplicación del principio de utilidad tenga resultados constitucionalmente inadmisibles, como la cosificación del individuo en pos de la investigación científica, o en que el ejercicio de la actividad médica, fundada en el principio de beneficencia, choque contra el principio de autonomía del paciente, aspecto nuclear en este proceso.

Esta última tensión nos lleva al problema del consentimiento informado. Es claro que la primacía constitucional de los derechos a la dignidad humana y la autonomía personal, que obliga a considerar a cada persona como un sujeto libre y capaz de incidir en las decisiones que tienen que ver con su salud, hace que todo procedimiento médico esté sujeto a la autorización del paciente, otorgándose condición prevalente al principio de autonomía antes expuesto. Además, la observancia de la autonomía de la persona incluye la posibilidad que el paciente califique, con base en elementos de juicio suficientes, la bondad del procedimiento al que será sometido y después de una ponderación adecuada de los riesgos existentes, decida libremente sobre la práctica del tratamiento.

En un Estado constitucional respetuoso de los derechos fundamentales y, en especial, de la dignidad del individuo, no resulta de recibo aceptar la imposición de determinada visión de bondad (la del profesional de la salud) a quien será el afectado por el tratamiento. La actual arquitectura de los derechos impide la aplicación general de una concepto paternalista que reniegue de la posibilidad que tiene el sujeto de controlar su propio destino.

¹¹ Estas son las condiciones que para la accesibilidad al servicio de salud estipula la Observación General No. 14 relativa al derecho al disfrute del nivel más alto de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), adoptada durante el 22º periodo de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, instrumento que resulta útil para la interpretación de los derechos constitucionales, según lo dispuesto en el artículo 93 C.P.

Por lo tanto, como se verá más adelante, la sustitución en el ejercicio del consentimiento es excepcional y está sometida a reglas estrictas.

3. Con todo, la protección de la autonomía individual y la soberanía de la persona en relación con las decisiones médicas que afectan a su propio cuerpo encuentra excepciones, entre ellas, la incapacidad para emitir el consentimiento válidamente, la inminencia de un perjuicio grave a la salud que involucre la misma existencia o la necesidad de impedir un daño cierto a la comunidad en su conjunto. Al respecto se estimó en la Sentencia SU-337/99:

“13- La prevalencia del principio de autonomía, y el consecuente deber médico de obtener un consentimiento informado, no constituyen, sin embargo, una regla de aplicación mecánica y absoluta en todos los casos, por cuanto este deber del equipo sanitario puede colisionar, en ciertos eventos, con otros valores que tienen también sustento constitucional y que pueden adquirir en la situación concreta un mayor peso normativo. Así, como es obvio, en una emergencia, y en especial si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte, es natural que los médicos actúen en función exclusiva del principio de beneficencia y adelanten los tratamientos necesarios para salvar la existencia o la integridad física del paciente, por cuanto es razonable presumir que la mayor parte de las personas desean salvaguardar su vida y salud, y la espera para la obtención de un consentimiento informado podría tener consecuencias catastróficas para el propio paciente, cosa que no sucede en el presente asunto.

En otras ocasiones, el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas, susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia.

Las anteriores situaciones muestran entonces que la autorización explícita del paciente puede no ser necesaria en determinados casos, por cuanto el principio de autonomía puede ceder ante las exigencias normativas de los otros principios concurrentes, dadas las particularidades de la situación concreta, tal y como sucede en las emergencias médicas o eventos asimilables. El principio de autonomía tiene entonces 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 para toda terapia, salvo que, excepcionalmente, las particularidades del caso justifiquen apartarse de esa exigencia. Esto significa que el equipo médico que quiera abstenerse de obtener el consentimiento informado tiene la carga de probar convincentemente la necesidad de ese distanciamiento, pues si no lo hace, la prevalencia *prima facie* del principio de autonomía se vuelve definitiva y hace ineludible la obtención del permiso de parte del paciente.”

La argumentación precedente hace concluir que el consentimiento informado es un requisito necesario para la legitimidad constitucional de la práctica de procedimientos médicos, pues los profesionales de la salud no pueden decidir por sus pacientes, so pena de desconocer su condición de sujetos libres y moralmente autónomos. La necesidad del consentimiento, igualmente, no es una “obligación mecánica” a cargo del personal médico, sino que existen excepciones al principio de autonomía fundadas en la protección misma de la salud y la integridad física del paciente en situaciones de urgencia o de intereses del conglomerado social. En estas circunstancias, el cuerpo médico se encuentra relevado de demostrar la obtención del consentimiento pero sólo ante la acreditación plena de la excepción, pues si no existen elementos de orden fáctico suficientes para configurarla, prima la regla general de observancia de la autonomía del usuario del servicio público de salud.

4. La obligación de obtener el consentimiento del paciente, según la jurisprudencia constitucional, no se restringe a que éste simplemente asienta sobre la práctica del procedimiento médico, sino que la expresión de la voluntad en estos casos debe estar precedida de algunas condiciones. En síntesis, y sin que constituyan reglas rígidas, puesto que su aplicación dependerá de cada caso concreto,¹² son dos los requisitos que debe reunir el consentimiento en la realización de tratamientos médicos:

- a) El consentimiento debe ser libre, es decir, que no esté inducido por circunstancias externas al tratamiento mismo que puedan provocar el error por parte del paciente, entre ellas cuando la autorización se logra “*gracias a una exageración, por parte del médico, de los*

¹² Los factores que inciden en el cumplimiento de los requisitos del consentimiento médico, según se expuso en los fundamentos jurídicos 15 y 16 de la Sentencia SU-337/99, están relacionados con la posibilidad que el médico restrinja el suministro de información sobre ciertos riesgos menores de escasa ocurrencia, aunque esta posibilidad a su vez se limita por la exigencia del paciente de conocer todas las connotaciones del tratamiento médico; como también en aquellos casos muy excepcionales en que el hecho de comunicar al paciente toda la información sobre el procedimiento “dañe gravemente al enfermo o lo angustie de tal manera que le imposibilite una elección competente” situaciones en las que prevalecería el “privilegio terapéutico” a favor del galeno, quien estaría facultado para retener parte de la información en aras de cumplir con el principio de beneficencia.

riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento”¹³, y

- b) El consentimiento debe ser informado, esto es, que el médico está en la obligación de suministrar a su paciente, a través de un lenguaje claro y comprensible y con la debida prudencia *“la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica”¹⁴.*

5. Aunque de la caracterización expuesta sobre el consentimiento informado, podría colegirse que el nivel de capacidad del paciente para expresar su anuencia sobre un tratamiento médico sería el mismo en todos los casos, ello no es así. La práctica terapéutica demuestra cómo la capacidad necesaria para emitir el consentimiento depende de la naturaleza más o menos invasiva del procedimiento, los mayores o menores riesgos que se generen como consecuencia de la intervención y los beneficios esperados. En este sentido, los requisitos para la obtención del consentimiento del paciente serán más severos y, por ende, se requerirá una capacidad mayor, si se trata de un procedimiento invasivo, de alto riesgo y con un bajo beneficio esperado, que si se está ante una medida sanitaria menos riesgosa e invasiva, que reporta altos y comprobados beneficios para la salud del paciente.

De la misma manera, cuando se está ante una intervención médica de mayor compromiso con la integridad física del afectado y que igualmente genere mayor incertidumbre sobre el beneficio esperado, el personal de salud debe no sólo verificar un alto nivel de capacidad, sino que también está obligado a suministrar mayor información que la otorgada para procedimientos ordinarios, es decir, que el consentimiento en estos casos debe ser informado, con altos niveles de autodeterminación y *cualificado*, entendiéndose este último requisito como el conocimiento profundo e integral sobre la naturaleza del procedimiento, sus efectos, riesgos, beneficios, limitaciones, alternativas, etc.

La gradación expuesta, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia, es acorde con el ejercicio de los derechos fundamentales a la autonomía personal y la libertad, a la vez que permite una adecuada protección de la salud y la vida, valores esenciales que defiende y estimula el ordenamiento constitucional. Así, *“la exigencia de este “consentimiento cualificado” en esos eventos [las intervenciones médicas de alto riesgo] opera entonces como una “medida de protección”, cuya legitimidad esta Corporación había admitido en condiciones muy precisas, que se cumplen en*

¹³ Sentencia SU-337/99 Fundamento jurídico No. 14.

¹⁴ *Ibidem*.

*estos casos, ya que simplemente se trata de poner “a prueba la autenticidad de la decisión de una persona de asumir un determinado riesgo”, a fin de que sólo terminen enfrentando efectivamente los peligros las personas que verdaderamente querían hacerlo”.*¹⁵

b. El consentimiento sustituto de los padres del menor de edad para la realización de intervenciones médicas. Tensión entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía. Reiteración de jurisprudencia.

1. Las condiciones y requisitos propios del consentimiento libre e informado para la práctica de procedimientos médicos gravitan sobre un factor común: La capacidad para expresar válidamente la voluntad de someterse a la intervención sanitaria. Esta dependencia entre consentimiento y capacidad de autodeterminación sobre el propio cuerpo genera un ineludible cuestionamiento: ¿Qué solución deberá aplicarse cuando el paciente carece, temporal o permanentemente, de la capacidad suficiente para autorizar determinado tratamiento médico?.

2. Es claro que la protección de los derechos a la vida en condiciones dignas y la integridad física del individuo obligan a que el suministro de la atención médica no pueda ser supeditada a que se reúnan todas las condiciones para emitir válidamente el consentimiento sobre la intervención médica. En estas circunstancias, la jurisprudencia constitucional ha aceptado la legitimidad del *consentimiento sustituto* en cabeza de las personas responsables de quien no es capaz de decidir por sí mismo.

El caso de los menores de edad es un ejemplo paradigmático de la operatividad del consentimiento sustituto. En efecto, un niño, en especial si es de corta edad, no tiene la capacidad suficiente para expresar su voluntad en la realización de procedimientos de salud. Sin embargo, sus derechos fundamentales, entre ellos la vida, la integridad física y la salud, tienen carácter prevalente y deben ser protegidos en aras de preservar el interés superior del menor, por lo que la autorización supletiva de los padres o, en ciertos eventos, del Estado, toma el cariz de una medida de protección destinada a garantizar dichos derechos.

3. No obstante, la facultad que tienen los padres del menor de emitir el consentimiento sustituto no puede entenderse en términos absolutos, habida cuenta que los niños también son titulares, al menos de forma parcial, de los derechos a la autonomía individual y la libertad, sin que sea posible negar su carácter ontológico particular, relegándolos a la calidad de propiedades de sus progenitores. En este orden de ideas, los menores de edad están capacitados para tomar decisiones sobre su propia salud en directa proporción con su nivel de desarrollo. Por ello, un adolescente cercano a la mayoría de edad podrá, válidamente y de manera exclusiva y prevalente, decidir sobre

¹⁵ *Ibidem*. Fundamento jurídico No. 20.

una multiplicidad de aspectos, entre ellos el consentimiento para la práctica de procedimientos médicos que afecten su salud.

El reconocimiento de un determinado grado de autodeterminación a los menores de edad, en proporción a su desarrollo volitivo, entonces, hace surgir un problema constitucional importante, como es la tensión entre el principio de autonomía, que privilegia las decisiones del menor de edad en capacidad de decidir, y el principio de beneficencia, que permite a los padres tomar determinaciones en nombre de su hijo y con el fin de protegerlo de acciones u omisiones que vulneren su vida y su salud.

4. La resolución de esta tensión es compleja y obliga a tener en cuenta múltiples factores que escapan del ámbito eminentemente normativo y que, por supuesto, estarán estrechamente ligados a las condiciones particulares de cada caso concreto. Con todo, la jurisprudencia constitucional fija tres criterios que son adecuados para efectuar la labor de ponderación entre el principio de autonomía y el de beneficencia respecto al consentimiento sustituto de los padres. Estos criterios son: *“(i) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor, (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente”*.

Para la Corte, la consideración de estos criterios es útil en la medida en que permite identificar razonablemente situaciones en las que prima la autonomía del menor y el ejercicio de la acción benéfica en cabeza de sus padres. Sobre este particular, la Sentencia SU-337/99 señaló:

Un análisis combinado de esos criterios permite identificar casos extremos. Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, realizados en infantes de poca edad y de evidentes beneficios médicos para su salud. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. Se respeta entonces la autonomía con base en lo que algunos autores denominan un “consentimiento orientado hacia el futuro”¹⁶, esto es, la decisión se funda en aquello que los hijos verán con beneplácito al ser plenamente autónomos, no sobre

¹⁶ Ver Gerald Dworkin. "El parternalismo" en Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo (Ed) Derecho y moral. Barcelona : Ariel, 1990, p 156

aquello que ven en la actualidad con beneplácito. En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por meras razones estéticas. En este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. La decisión paterna deja entonces de tener sentido para proteger los intereses del menor y se convierte en la imposición coactiva a los individuos de un modelo estético contrario al que éste profesa, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (CP arts 1º, 5 y 16). Igualmente, como ya se señaló, tampoco podría un padre, invocando sus convicciones religiosas, rechazar para su hijo de pocos meses un tratamiento que resulta indispensable para proteger su vida, por cuanto se estaría sacrificando al menor en función de la libertad religiosa del padre, lo cual es contrario al deber del Estado de proteger de manera preferente la vida, la salud y la dignidad de los niños (CP arts 1º, 2º y 44)¹⁷.

Sin embargo, esta Corporación niega la aplicación mecánica y absoluta de los criterios de ponderación citados, puesto que su determinación tampoco está exenta de complejidades. En este sentido, existen procedimientos médicos que, como se verá para el caso de las intervenciones de asignación de sexo y remodelación genital, en que la comunidad médica no tienen un concepto unívoco sobre su carácter urgente. Igualmente, el nivel de intensidad y el impacto del procedimiento médico no es cuantificable en forma objetiva, pues la naturaleza más o menos invasiva de la intervención también depende de las condiciones subjetivas del paciente. Por último, la edad del menor, aunque es una medida razonable de la capacidad de autodeterminación, tampoco puede ser aplicada de forma estricta, amén de la singularidad que envuelve el proceso de desarrollo de la capacidad volitiva en cada individuo, razón por la cual es absolutamente probable que dos sujetos con la misma edad tengan niveles de autonomía diversos.

c) Los problemas constitucionales relacionados con los estados intersexuales. Reiteración de jurisprudencia.

1. El entendimiento de la sexualidad humana es complejo en la medida en que no se reduce a un solo plano, sino que abarca varias dimensiones, cada una de ellas con implicaciones en los campos ético, moral, jurídico y biológico. De este modo, la sexualidad no se reduce a la asignación de la

¹⁷ Ver supra Fundamento Jurídico No 23 y sentencia T-411 de 1994. MP Vladimiro Naranjo Mesa.

calidad de hombre o mujer, derivada de la evaluación de la apariencia física, sino que también incluye otras variables, tales como el moldeamiento comportamental del género, la preferencia sexual, etc., que en el actual modelo constitucional adquieren reconocimiento y son protegidas al ser expresiones del ejercicio de los derechos fundamentales a la autonomía individual y al libre desarrollo de la personalidad.

Aunque existe una tendencia a considerar que los aspectos psicológicos y de comportamiento, que se acercan más a la idea de género y no de sexo, son más cambiantes y variados que los aspectos físicos, esta conclusión no resulta del todo acertada, amén de la posibilidad de la presencia de estados intersexuales, en los que no existe armonía entre los distintos planos biológicos, debido a la presencia de trastornos físicos relacionados con la diferenciación sexual.

2. La ciencia médica ha establecido una clasificación de estos planos. Así, en primer lugar, existe un sexo cromosómico o genotípico, que depende de la composición genética de cada individuo, determinada desde el momento de la concepción (XX para la mujer y XY para el hombre). En segundo lugar, está el sexo gonadal, el cual se fija a través del análisis de la apariencia de las glándulas sexuales y órganos reproductores internos (testículos y ovarios). En tercer lugar, existe un sexo hormonal o endocrinológico, que se define según la preeminencia de hormonas masculinas (andrógenos) o femeninas (estrógenos) en determinado individuo. Por último, está un sexo fenotípico, que depende de la apariencia de los genitales externos y los caracteres sexuales secundarios.

Como se dijo, el estado intersexual se genera cuando dichos planos no coinciden en un solo sexo. De este modo, los trastornos de la identidad sexual son clasificados por la ciencia médica del siguiente modo *“De un lado, encontramos los llamados “hermafroditas verdaderos”, que son casos poco frecuentes y se caracterizan porque son personas que en general, aunque no obligatoriamente, tienen un cariotipo XX y presentan los dos tipos de tejido gonadal, ya sea porque tienen testículo y ovario simultáneamente, o porque poseen lo que se denomina un “ovotestes” (mitad testículo y mitad ovario). De otro lado, están los “pseudohermafroditas masculinos”, que son individuos con sexo genético XY y testículos, pero que presentan genitales ambigüos, por lo cual se suele hablar de un hombre mal virilizado. Estas personas pueden presentar, en algunos casos, genitales externos que son muy femeninos, y pueden poseer entonces un introito vaginal, un clítoris normal o ligeramente aumentado de tamaño, o un pene muy pequeño. Por último, existen otros casos clasificados como de “pseudohermafroditismo femenino”, que son individuos con sexo genético XX, con ovarios, pero con genitales ambigüos, o bastante masculinos, por lo cual se habla a veces, de mujeres virilizadas.”*¹⁸

¹⁸ SU-337/99. Fundamento jurídico No. 31.

Igualmente, el estudio realizado en la Sentencia SU-337/99 señala que existen otras patologías que originan los estados intersexuales (hermafroditismos), distintas a las disonancias entre los planos biológicos del sexo. Tal es el caso de las hipospadias *“que son dolencias de distinta gravedad o intensidad, y que se caracterizan porque en ciertos hombres, el orificio de salida de la uretra (el meato urinario) no se encuentra situado en la punta del pene, sino que se localiza en otros sitios, o puede ser muy abierto, por lo cual puede incomodar la evacuación de la orina, generar infecciones recurrentes y dar la apariencia de genitales ambiguos. Igualmente, ciertas personas de sexo genético (XY), gonadal (testículos) y hormonal (predominancia de los andrógenos) claramente masculinos, tienen, conforme a ciertos parámetros médicos, un pene demasiado pequeño o “micropene”, que se considera que no puede llegar a ser funcional. Estos casos son entonces considerados y tratados médicamente también como una forma de ambigüedad genital. Igualmente, algunas personas cromosómicamente femeninas (XX), con ovarios y predominio de estrógenos, presentan, sin embargo, un clítoris que es considerado, de acuerdo a los criterios médicos dominantes, demasiado grande (“megaclitoris”), por lo cual es recomendado un tratamiento similar a los casos de hermafroditismo o pseudohermafroditismo”*.¹⁹

3. Aun cuando las causas de las dolencias bajo estudio son variadas, lo que lleva a que la disciplina médica distinga entre varios trastornos de la identidad sexual (estados intersexuales, hermafroditismo, ambigüedad genital y ambigüedad sexual), los tratamientos clínicos destinados a su curación son similares y, en igual sentido, los problemas jurídicos constitucionales que contraen son también semejantes, en lo que respecta al consentimiento sustituto cuando el afectado con la dolencia es un menor de edad.

Tales cuestionamientos se centran en considerar que las intervenciones médicas de corrección de estados intersexuales parten de dos supuestos fácticos. El primero, en el que la dolencia pone en grave riesgo la vida, la salud y la integridad física del menor, caso en el cual no existe reparo jurídico alguno en que los padres autoricen los procedimientos necesarios para enfrentar exclusivamente esta dolencia, amén que se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable al interés superior del niño, representado en la conservación de su propia existencia.

La controversia constitucional se origina cuando el procedimiento médico parte de un supuesto fáctico distinto, esto es, en aquellos eventos en que la intervención sanitaria no constituye una urgencia vital, pero el personal médico y los mismos padres del menor estiman conveniente realizar las correcciones quirúrgicas y los tratamientos hormonales necesarios para

¹⁹ *Ibidem*. Fundamento jurídico No. 32.

asignar, de forma permanente e irreversible, un sexo definido al menor que presenta el estado intersexual.

4. Los procedimientos de remodelación genital y reasignación de sexo comportan profundas implicaciones con el ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, ya que de este derecho se derivan un cúmulo de atributos y garantías a favor del individuo, entre ellas el derecho a la identidad personal y a la definición sexual, que se ven afectados en grado sumo con las decisiones médicas que se tomen con el objeto de superar un estado intersexual. Además, los procedimientos quirúrgicos, terapéuticos y hormonales a los que se viene haciendo referencia son altamente invasivos, requieren, en el común de los casos, de varias intervenciones y, como se dijo, carecen de la posibilidad de reversarse. Bajo estos supuestos, caracterizados por la intensa afectación de derechos fundamentales constitucionales y la alta complejidad de la intervención médica, resulta perentorio que el paciente autorice los procedimientos sanitarios en el marco de un consentimiento libre, informado y cualificado, lo que exige un alto grado de autonomía personal y capacidad suficiente para tomar decisiones trascendentales sobre la propia salud y opción de vida.

Estas condiciones, como es obvio, no se reúnen en el caso de los menores de edad, quienes por su desarrollo psicológico y nivel de volición, en principio, no estarían capacitados para brindar su consentimiento libre, informado y cualificado. La situación de los niños y las niñas trae nuevamente a colación la tensión antes estudiada entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia. En efecto, una visión en que prime la corriente autonomista, aboga para que los procedimientos médicos sean postergados hasta tanto el menor adquiera el grado de autodeterminación suficiente para consentir por sí solo sobre la conveniencia o no del tratamiento. De otro lado, una perspectiva que privilegia el principio de beneficencia, permite que los padres emitan el consentimiento sustituto para la intervención médica, posición que tiene sustento en las tesis científicas dominantes que avalan la necesidad de definir el sexo de los menores en el menor tiempo posible, debido a que es en los primeros dos años de vida cuando se fija la identidad sexual, razón por la cual diferir el tratamiento médico con posterioridad a ese periodo de la vida del menor generaría consecuencias catastróficas para su salud psicológica²⁰.

²⁰ La defensa del principio autonomista y el de beneficencia, a su vez, refleja los fundamentos de dos protocolos médicos opuestos: El que defiende la necesidad de efectuar la asignación de sexo o remodelación genital en los primeros años de vida, con el objeto de evitar graves inconvenientes psicosociales para el menor, derivados de la indeterminación sexual; y, en la otra orilla, quienes estiman que en algunas ocasiones estas intervenciones tempranas, que no consultan la opinión del menor son más lesivas que esperar hasta tanto éste tenga la capacidad de decisión suficiente. En la Sentencia SU-337/99 se demuestra cómo aunque los cuestionamiento de los detractores del primer protocolo tienen fuertes argumentos que permitirían deducir que los procedimientos médicos basados en el consentimiento sustituto de los padres, en últimas, terminarían afectando la integridad física y emocional del menor y, con ello, serían contrarios al principio de beneficencia. Sin embargo, las razones expuestas por los defensores del protocolo imperante no permiten otorgar carácter concluyente a dichas críticas, pues (i) Los casos expuestos por los detractores del protocolo se basan exclusivamente en individuos a los cuales el procedimiento médico no les produjo mayores

5. La solución que a esta dilema otorga la jurisprudencia constitucional consiste en un modelo de proporción inversa entre el grado de autodeterminación del menor y la posibilidad que sus padres consentan de manera sustituta la práctica de intervenciones médicas. Así, si el niño es de muy corta edad, sus padres podrán consentir por él, con el cumplimiento de determinadas condiciones a las que se hará referencia más adelante. En caso contrario, si la edad del menor le permite cierto grado de autonomía y capacidad de decisión, se restringe la viabilidad del consentimiento sustituto.

beneficios, lo que no obsta para que existan casos en que se hubieran obtenido mejores resultados. (ii) En la actualidad y gracias a la avance de las técnicas quirúrgicas, las cirugías son menos invasivas y preservan la funcionalidad y sensibilidad de los órganos sexuales. (iii) La práctica médica actual privilegia en mayor medida el consentimiento informado de los padres y los involucra mucho más en las distintas fases del tratamiento, y (iv) El protocolo alternativo propuesto por los sectores opuestos al paradigma médico dominante se muestra impracticable, en la medida en que el modelo social imperante privilegia la división en dos géneros definidos, conceptos cuya construcción depende en gran medida de una adecuada identidad sexual, por lo que su indefinición en el tiempo constituiría un factor de marginación para el menor.

Aunque la Sentencia en comento no pretendió dirimir una controversia que es eminentemente médico científica, por lo que su arbitrio judicial no sería de recibo, la Corte, después de analizar la afectación que de los derechos fundamentales del menor y su familia contraía la aplicación de las terapias alternativas de línea autonomista, optó por conceder prevalencia al protocolo médico dominante, según los siguientes argumentos: “74- Ahora bien, *mutatis mutandi*, la situación médica de la ambigüedad genital es similar al anterior ejemplo. Así, los actuales tratamientos han provocado daños, y no existen evidencias convincentes de que sean necesarios ni benéficos; sin embargo tampoco es claro que sean inútiles y perjudiciales en la gran mayoría de los casos. En efecto, como bien lo señala uno de los expertos colombianos, la postergación de las cirugías hasta que el menor pueda consentir plantea problemas debido a la cultura de intolerancia que infortunadamente todavía prevalece en nuestro medio en relación con la diversidad sexual. Es posible entonces que una persona con genitales ambiguos se vea obligada a enfrentar un medio social, e incluso familiar, hostil, lo cual puede efectivamente afectar negativamente su desarrollo psicológico. Además, debido a la ausencia de psicoterapeutas especializados en el tema, tampoco es claro que el menor y sus padres puedan recibir la atención adecuada en este campo, que parece decisiva para el éxito de los tratamientos sustitutos. Igualmente, la falta de redes de personas intersexuales, que puedan ayudar a los padres y al menor, también constituye una limitación grande al desarrollo de estos protocolos alternativos.

“Finalmente, pero no por ello menos importante, la decisión de prohibir, en este caso en forma absoluta, las cirugías tempranas y los tratamientos hormonales corre el riesgo de no ser adecuadamente comprendida por la madre de la menor, quien podría concluir que el juez constitucional ha forzado a su hija a conservar unos problemas físicos, que podían ser corregidos médicamente. Esta percepción es comprensible, pues en nuestras sociedades muchas relaciones interpersonales están estructuradas sobre la existencia de sólo dos sexos biológicamente definidos. Los padres de un hermafrodita experimentan entonces, como ya se señaló, una suerte de duelo porque su hijo es "defectuoso". Pero ese duelo puede convertirse en resentimiento si los padres concluyen que esa "anormalidad" podía ser corregida, pero una decisión judicial impide la realización de las intervenciones médicas pertinentes. Esta reacción puede entonces tener dos efectos graves: de un lado, la desesperación podría llevar a que los padres buscaran, en forma clandestina, la "normalización" de esos genitales ambiguos por personal no especializado, con graves riesgos para la salud del menor.

(...)

“75. Todo lo anterior muestra que la Corte, si prohíbe el tratamiento a esta menor hermafrodita, puede efectivamente evitar un posible perjuicio médico irreversible, pero su decisión obligaría a la niña y a su familia a liderar, en los próximos meses y años, una forma de experimento social, pues estas personas deberían intentar abrir espacios de tolerancia social a su diferencia física, sin que exista ninguna certeza sobre los resultados de ese proceso para el desarrollo personal de los infantes. En tales condiciones, la decisión de la Corte de declarar una moratoria de la cirugía de la menor hasta que la propia niña pueda consentir, corre el riesgo de instrumentalizarla, junto con su madre, pues se les impondría la carga de lograr difíciles transformaciones sociales para asegurar espacios de tolerancia frente a su condición. La prohibición de esta intervención médica se traduce entonces en la puesta en obra de una experimentación social, cuyas consecuencias para la menor, que es el interés esencial que esta Corte debe proteger, son imprevisibles.

“En tales circunstancias, no existiendo total claridad sobre el daño y la poca urgencia de la cirugía que solicita la madre, la prudencia debe guiar la actividad judicial, lo que haría pensar que correspondería preferentemente a la madre evaluar los riesgos y tomar la decisión que parezca más satisfactoria para su hija, sin que los jueces deban entrometerse en esa determinación, que haría parte entonces de la esfera de la privacidad familiar”.

Esta conclusión tiene fundamento, precisamente, en el carácter altamente invasivo y riesgoso del tratamiento y las consecuencias que tiene en términos de protección de los derechos fundamentales a la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad de los niños y niñas. Los menores, no son propiedad de sus padres, sino que, antes bien, estos son responsables de su formación y desarrollo, buscando que se conviertan en sujetos libres y con capacidad de elección. En este orden de ideas, cuando el menor tiene un grado apreciable de autonomía, los padres, en cumplimiento estricto de los derechos fundamentales a los que se hizo referencia, no están habilitados para decidir por su hijo en la práctica de procedimientos médicos que afectan en grado sumo su identidad sexual y, por ende, su propia opción de vida.

d) Los requisitos constitucionales del consentimiento sustituto de los padres para la práctica de intervenciones destinadas a la asignación de sexo y remodelación genital en menores de edad. Reiteración de jurisprudencia.

1. La Sala advierte cómo el caso bajo examen se ubica dentro del primer supuesto, que privilegia el principio de beneficencia y posibilita el consentimiento sustituto de los padres, teniendo en cuenta que el niño B.B. en la actualidad tiene dos años de edad, por lo que no podría adscribirse una capacidad significativa de decisión. Con todo, la licencia que se concede a los padres para decidir por su hijo, según lo expuesto por la jurisprudencia constitucional, no es pura y simple, sino que se encuentra sujeta a estrictas condiciones relacionadas con los requisitos fácticos que deben concurrir para la configuración del consentimiento.

2. La Sentencia SU-337/99 fijó los requisitos que debe tener el consentimiento sustituto de los padres para la práctica de intervenciones de asignación de sexo y remodelación genital en menores de corta edad:

- a) En primer lugar, el consentimiento debe ser informado, lo que según las características expuestas, significa que el personal médico debe comunicar a los padres todas y cada una de las implicaciones y riesgos del procedimiento, así como las ventajas y dificultades de tratamientos alternativos o la falta de práctica de cualquiera de ellos.
- b) En segundo lugar, el consentimiento debe ser *cualificado*, lo que se acredita cuando los progenitores conocen “las posibilidades, los límites y los riesgos” del procedimiento, lo que a su vez exige que el profesional de la salud les transmita información detallada y depurada respecto al estado actual del procedimiento médico a practicar.
- c) En tercer lugar, el consentimiento debe ser *persistente*, condición que exige al personal médico haber interrogado a los padres en ocasiones

diversas y distantes del periodo de *duelo* (etapa inmediatamente subsiguiente al conocimiento del problema de ambigüedad), para que de esta forma se extraiga la genuina y reiterada convicción del interés en practicar el procedimiento al menor. Al respecto se hace necesario que la actuación del médico busque un punto de equilibrio entre la persistencia en el tiempo del consentimiento y la prontitud con que se requiere practicar el procedimiento, que debe realizarse antes del arribo de la edad de conciencia de género (5 años), instante cuando se elimina la posibilidad del consentimiento sustituto de los padres.²¹

3. La observancia de cada una de estas condiciones permite que la decisión que tomen los padres sea acorde con la protección del interés superior del niño, pues responde al imprescindible compromiso de los padres como sujetos responsables de la formación de los menores, a su vez que permite el ejercicio de los derechos fundamentales de que éstos son titulares.

La complejidad del tema de los estados intersexuales y los problemas constitucionales que suscitan exigen que la actuación de los padres a favor de sus hijos y, en general, la potenciación del principio de beneficencia, esté rodeada de las más altas garantías, circunstancia que exige no sólo las debidas previsiones en la cualificación del consentimiento sustituto, sino el suministro de las condiciones médicas necesarias (grupos interdisciplinarios de profesionales de la salud y otras ciencias, apoyo terapéutico al menor y su familia) para que el tratamiento sea biológicamente exitoso y permita el desarrollo psicológico adecuado del niño, a fin que llegue a la edad adulta con la posibilidad de vivir con dignidad, esto es, en un marco que posibilite

²¹ La edad límite para la legitimidad del consentimiento sustituto es un asunto expresamente resuelto en la jurisprudencia constitucional. Al respecto, en la Sentencia SU-337/99 se dijo: “90- Una pregunta surge del anterior examen: ¿hasta qué edad se debe esperar para que la niña pueda autorizar esas intervenciones quirúrgicas y hormonales? No existe una respuesta tajante a ese interrogante, e incluso quienes defienden los protocolos alternativos reconocen que se trata de un problema muy difícil de resolver. Por ende, en cada caso concreto, corresponderá a los equipos interdisciplinarios realizar las pruebas pertinentes para evaluar si la persona goza de la autonomía suficiente para brindar un consentimiento informado. Con todo, esta Corte considera que algunos elementos normativos son claros y enmarcan la acción de esos grupos interdisciplinarios. Así, en primer término, no es necesario esperar obligatoriamente hasta la mayoría de edad, puesto que, como ya se señaló en esta sentencia, no es lo mismo la capacidad legal que la autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual, un menor, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria. Es más, algunos profesionales de la salud consideran que en la actualidad, muchos niños de 8 o 9 años pueden ya tener la autonomía suficiente para decidir si autorizan o no ciertos tratamientos. Sin embargo, la Corte precisa, en segundo término, que en este caso, la menor debe autorizar una intervención médica, que es invasiva, riesgosa e irreversible, por lo cual, conforme a los criterios señalados en esta sentencia, su consentimiento debe también ser cualificado. La Corte considera entonces, que para asegurar la autonomía de la paciente, es deber de estos equipos interdisciplinarios no sólo apoyar psicológicamente a la persona sino también establecer un procedimiento para la adopción de la decisión por la paciente que permita garantizar que la autorización será lo más informada y genuina posible. Así, en algunos casos, es posible que al inicio de la pubertad, la menor goce de la autonomía suficiente para aceptar una intervención quirúrgica, mientras que, en otros eventos, el equipo interdisciplinario puede concluir que es necesario postergar un tiempo más la decisión, pues la persona no goza de una comprensión suficiente de los riesgos y beneficios de esas intervenciones. Igualmente, es posible que, siguiendo las orientaciones de los protocolos médicos, los equipos interdisciplinarios opten por una autorización por etapas, de tal manera que primero se administren ciertas hormonas, con efectos más reversibles, y sólo después de un tiempo pueda procederse a las intervenciones más irreversibles, como la cirugía. La Corte considera que serán cada vez más importante los testimonios y los criterios de los propios menores.”

el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales, en especial la autonomía, la identidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad²².

²² En un reciente pronunciamiento, Sentencia T-1025-02, M. P. Rodrigo Escobar Gil, se admitió la posibilidad de que, *en ciertos casos*, cuando el menor ha superado el umbral de 5 años de edad, la definición del estado sexual se emprenda con el consentimiento asistido del menor pero siempre que exista un acuerdo médico en torno a la alternativa clínica adecuada y que la identidad de género del niño se encuentra acentuada social y psicológicamente. Sobre el particular, se expuso: “

“...Las postulados previamente expuestos permiten a esta Corporación, aplicar la doctrina constitucional expuesta en asuntos de 'hermafroditismo' o 'estados intersexuales' a las particularidades de cada caso, sin desconocer la necesidad de amparar la autonomía del infante ante su inevitable correlación con el consentimiento paterno derivado del ejercicio de la patria potestad.

...En esta medida, y sin alejarnos de la realidad científica y jurídica reconocida por la Corte en las Sentencias SU-337 de 1999 y subsiguientes, en ciertos casos, es pertinente darle prevalencia a la preservación de los derechos fundamentales de los niños a la identidad personal y sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, mediante la participación de los padres o representantes legales de los infantes mayores de cinco años, en la adopción de la decisión sobre la práctica de la cirugía de asignación de sexo. De modo que, conforme a la evolución de las facultades del menor, se forme un consentimiento asistido, en aquellos eventos en los cuales: (i) exista un acuerdo médico en torno a la alternativa clínica adecuada para el menor; y (ii) siempre que la identidad de género del infante se encuentre marcada o acentuada social y psicológicamente. Esta prevalencia tiene como fundamento la adecuación de las variables de impacto y/o riesgo frente a las de edad y/o madurez.

Esto ocurre porque la variable riesgo, en casos de 'estados intersexuales' o 'hermafroditismo', no puede considerarse como un elemento estático que necesariamente imponga el aplazamiento de los tratamientos médicos y quirúrgicos hasta una edad cercana a la pubertad. Por el contrario, dicha variable al igual que la conceptualización del sexo, es estática y dinámica. Así, a mayor identificación de género menor impacto sobre la vida, la libertad y la autonomía del infante, toda vez que la asignación sexual se identificaría con el componente psicosocial que marca el sentido personal de la propia masculinidad o femineidad. Hasta el punto de considerar que, si la identidad psíquica y social es marcada o acentuada, no es constitucionalmente válido someter a un menor a efectos psicológicos traumáticos, derivados de la postergación de una intervención requerida, desconociendo el alcance de los derechos fundamentales a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud.

Como previamente se expuso, negarle a un menor la identificación de su género o aplazar de manera indeterminada la asignación de su sexo hasta la pubertad, contraviene los atributos estimativo y temporal del ser, reflejo de su propia autonomía y libertad, y que le garantizan a éste un espacio dentro de la comunidad para la proyección de su personalidad y la constitución de su propio plan de vida.

Por otra parte, someter al menor por la apariencia extraña de sus genitales al rechazo social y al traumatismo psicológico derivado de su estado patológico, sería desconocer el alcance que tiene el derecho fundamental a la salud (artículo 44 de la Constitución), que comprende no sólo el cuidado o la atención física del paciente sino también la salvaguarda de su salud síquica. Por esta razón, el bienestar sicosfísico del individuo se vería turbado si se le privara del reconocimiento de su real identidad sexual o de género.

En efecto, no sería justo ni correcto aplazar una operación cuya decisión de género es previsible, hasta que sea el propio menor quien la apruebe con un mayor grado de conciencia, cuando los padres en ejercicio de su derecho natural de cuidado, crianza y formación pueden asistir a sus hijos para el perfeccionamiento y manifestación de su voluntad. Por lo tanto, en estos casos, el goce y la protección de los derechos fundamentales de los menores no puede limitarse a la sola capacidad del individuo para la toma de decisiones vitales ya que, entonces, la protección especial que ordena la Constitución y los tratados internacionales sobre los derechos de los niños, resultaría vacua e inoperante.

...Ahora bien, la aplicación del consentimiento asistido 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.

...De todas maneras, la procedencia del consentimiento asistido coadyuvado por la expresa voluntad del menor, requiere además de las exigencias previamente señaladas, que:

- La decisión en cuanto a la asignación sexo se adecue 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: (i) 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, (ii)

C. Solución del caso concreto

1. Primer problema jurídico

1. La progenitora del niño B.B. estima que la Dirección Seccional de Salud de D.D. vulnera los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la

porque sólo a partir de dicho presupuesto, los médicos estarían dispuestos a asumir las responsabilidades que su actividad profesional les impone.

- *De igual manera, es indispensable que exista acompañamiento médico, psicológico y, especialmente, de trabajadores sociales para con el menor y sus padres, siendo dichos profesionales los llamados a velar por la libre y expresa aquiescencia del infante en la operación y en los tratamientos médicos requeridos y, en general, en la salvaguarda del consentimiento asistido.*

Al respecto la Ley 23 de 1981, obliga a los profesionales de la salud a conformar equipos médicos, siempre que las condiciones clínico-patológicas del paciente lo ameriten. En estos casos, como se trata de operaciones altamente invasivas, es necesario que dichos equipos médicos concurren en la evaluación permanentemente, tanto de los aspectos físicos como psicológicos del menor y de sus padres, en aras de adelantar los tratamientos clínicos que de acuerdo con el principio de beneficencia sean adecuados para el estado del paciente.

...De conformidad con lo expuesto, 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.

...Por otra parte, cuando se supera el citado umbral, no puede imponerse exclusivamente el consentimiento informado del menor como norma general, impersonal y abstracta. Esto, en atención a la multiplicidad de factores que convierten cada asunto médico en un universo único e irrepetible. De ahí que, en ciertos casos, quepa acudir a la opción del que en esta providencia se ha denominado consentimiento asistido.

Sin embargo, la citada premisa conduce a una regla sin salida y es que, en tales casos, ¿quien debe velar por la procedencia del consentimiento informado del menor o del consentimiento asistido para la aprobación de la intervención quirúrgica y de los tratamientos hormonales indispensables?.

Es claro que la existencia de una regla de exclusión en relación con el consentimiento sustituto, impediría que se atribuya a los padres y/o representantes legales la responsabilidad exclusiva de consentir en la práctica de dichas intervenciones o tratamientos hormonales. Lo contrario implicaría destruir la citada regla, ya que al investir a los padres con dicha facultad, siempre procedería el consentimiento sustituto de éstos.

*En este orden de ideas, y 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.*

Con todo, la aplicación del principio autonomista, 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. 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 sine qua non 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”.

seguridad y social del menor, al negarse a autorizar la práctica de las intervenciones quirúrgicas de corrección de hipospadia, gonadectomía, uretroplastia, resección de resto mulleriano abdominal por la laparotomía, junto con la demás atención médica integral necesaria para superar su dolencia, supeditando el suministro del servicio de salud al pago de la cuota moderadora correspondiente.

2. De las pruebas practicadas por la Corte, en especial el informe rendido por el Jefe del Departamento de Pediatría del Hospital H.H., se infiere que, en lo que respecta a la solicitud efectuada por la accionante, se está ante un hecho superado, puesto que cada uno de los procedimientos médicos prescritos han sido practicados, tanto así que el menor ya fue dado de alta. Por lo tanto, los hechos constitutivos de la acción impetrada carecen de actualidad y, por lo tanto, impiden la concesión del amparo constitucional solicitado.

Aunque esta situación implica que el primer problema jurídico planteado en esta Sentencia deba resolverse negativamente, no por ello puede la Corte ignorar la incompatibilidad existente entre la decisión del Tribunal de segunda instancia y la jurisprudencia constitucional sobre exigibilidad de cuotas moderadoras para la obtención de salud. En efecto, la razón de la decisión del *ad quem* fue la imposibilidad de conceder el amparo debido a que la actora no había comprobado su incapacidad económica para asumir el valor de la cuota exigida. Esta posición empero, resulta infundada al menos por dos razones.

3. La primera, porque la Corte Constitucional, en distintas decisiones ha insistido en las amplias facultades de prueba que tiene el juez de tutela para comprobar los supuestos fácticos necesarios para sustentar la presunta vulneración de derechos fundamentales, pues esta obligación se deriva, precisamente, del deber que tienen todas las autoridades de garantizar el ejercicio efectivo de aquellos (Art. 2 C.P.). Si bien el principio general consiste en que quien alega la afectación del derecho debe probar los presupuestos de la misma, no por ello la acción de tutela se torna en una forma de jurisdicción rogada. En contrario, ante la insuficiencia del material probatorio, es el juez constitucional, quien durante el trámite actúa como legítimo defensor de los derechos fundamentales, el que debe decretar las pruebas necesarias y conducentes para otorgar certeza sobre la vulneración o no de los derechos invocados por los afectados. Lo contrario es una manifestación de compromiso insuficiente con la protección de dichos derechos, actitud que desconoce las obligaciones que la Carta Política impone a los servidores públicos y, entre ellos en un lugar central, a los funcionarios judiciales.

Además, en relación con el caso concreto, existían hechos indicativos que permitían al juez de tutela deducir la falta de recursos económicos, como es, precisamente, la pertenencia de la accionante al sistema de información de

beneficiarios de programas sociales – Sisben, que por ley está diseñado para la identificación de los habitantes más pobres de la población, a fin de ofrecerles varias prerrogativas, entre ellas la afiliación al régimen subsidiado de salud. Por ende, la afirmación del Tribunal según la cual no existían pruebas demostrativas del nivel de ingresos de la accionante resulta infundada.

4. La segunda razón para considerar la falta de identidad entre el Estatuto Superior y la decisión del Tribunal de segunda instancia radica en el carácter prevalente de los derechos fundamentales de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social. El análisis integrado de los artículos 13 y 44 de la Constitución permite concluir que los niños son un grupo de la población que por sus condiciones físicas y sociales, está en debilidad manifiesta, por lo que son acreedores de la especial protección del Estado, tanto así que fue la intención del Constituyente rodear de las mayores garantías a los derechos constitucionales de los menores de edad. Este marco obliga a que la labor de los jueces, en las acciones de tutela que pretendan la protección de los derechos de los niños, sea acorde con el carácter prevalente que éstos ostentan. En el caso *sub examine* el Tribunal soslayó estos deberes y, en su lugar, privilegió la aplicación de normas de carácter legal y reglamentario sobre derechos constitucionales de rango superior, contrariando con esta actuación claros preceptos superiores y las reglas que la Corte reiteradamente ha señalado en su jurisprudencia.²³

2. Segundo problema jurídico

Se ocupa ahora la Corte de la verificación de los requisitos señalados en la Sentencia SU-337/99 para la determinar la legitimidad constitucional del consentimiento sustituto de los padres del menor con miras a la realización de procedimientos médicos de asignación de sexo y remodelación genital.

1. En primer lugar, el límite de edad para la procedencia del consentimiento sustituto se encuentra acreditado, pues el niño B.B. tiene en la actualidad dos años de edad, por lo que sus padres tienen la posibilidad de, en ejercicio del principio de beneficencia, autorizar sustitutivamente la práctica de las distintas intervenciones, a condición que dicho consentimiento sea informado, cualificado y persistente.

2. Esa cualificación del consentimiento, a juicio de la Sala, se cumple en el asunto de la referencia, pues, según las pruebas que obran en el expediente y, en especial, el informe enviado a esta Corporación por el Jefe del Departamento de Pediatría del Hospital H.H., se advierte cómo el personal médico garantizó el conocimiento informado y cualificado de los padres del

²³ Sobre la protección constitucional de los derechos prevalentes de los niños, entre muchas otras, pueden consultarse las Sentencias T-283/94 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-422/00 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-839/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

menor respecto a las condiciones, características, efectos y alternativas del procedimiento que fue efectuado al niño B.B., razón por la cual se encontraban habilitados para ejercer válidamente el consentimiento sustituto a favor de su hijo. Igualmente, dicho consentimiento fue persistente, en la medida en que los padres conocieron del diagnóstico y la necesidad del tratamiento desde la primera consulta médica, por lo que tuvieron la oportunidad de acompañar todo el proceso y obtener adecuados elementos de juicio durante algunos meses para decidir sobre la práctica de la cirugía.

Sobre este último aspecto vale la pena recalcar que la persistencia del consentimiento tiene fundamento en que, para el caso bajo estudio, los padres del menor no fueron cuestionados solamente al momento de la práctica de la intervención de remodelación genital, sino que aprobaron cada uno de los procedimientos propios del tratamiento, desde los primeros exámenes de diagnóstico. Esta labor de acompañamiento, a juicio de la Sala, permite reforzar la legitimidad del consentimiento sustituto, en la medida en que este se ha formado no como consecuencia de la simple autorización, sino del conocimiento concienzudo y continuo de la naturaleza de la intervención a realizar.

3. De acuerdo con esta argumentación, las reglas jurisprudenciales aplicables al tema del consentimiento sustituto paterno en las intervenciones han sido cumplidas en el caso del menor B.B., por lo que la actuación de sus padres y del cuerpo médico no merece reproche constitucional alguno, solucionándose de esta forma el segundo de los problemas jurídicos planteados en esta Sentencia.

Por lo tanto, la Sala confirmará, pero por las razones aquí expuestas, la decisión del Tribunal de segunda instancia. No obstante, el imperativo de protección que demandan los derechos fundamentales de que es titular el menor B.B. obliga a que la prestación del servicio de salud no se limite a la práctica de las intervenciones, sino que requiere de la adecuada atención posterior, a fin de garantizar el éxito futuro de las mismas y preservar el interés superior que la Carta Política reconoce a los derechos de los niños. Por ello, la Sala prevendrá la Dirección Seccional de Salud de D.D. para que a futuro suministre los servicios médicos, terapéuticos y psicológicos requeridos por el menor, de conformidad con las prescripciones que para el efecto realice su médico tratante.

CONCLUSIONES

1. En síntesis, en relación con el primer problema jurídico aquí planteado, la Sala reitera la facultad que tienen los jueces constitucionales de inaplicar las normas legales y administrativas que regulan los copagos y las cuotas moderadoras en el sistema de seguridad social en salud y de ordenar la

entrega de medicamentos o la realización de procedimientos excluidos del POS pero siempre que el usuario carezca, de manera objetiva, de los recursos necesarios para asumir esos costos, que no pueda acceder a ellos por otros medios y que su suministro sea necesario para conservar la vida en condiciones dignas y la integridad física del paciente.

De acuerdo con esto, en el caso presente, es evidente que los servicios médicos requeridos por el menor B.B. debían suministrarse sin necesidad de que sus padres asumieran copago alguno pues carecían de recursos económicos, no podían acceder a tales servicios por otros medios y se trataba de procedimientos imprescindibles para asegurar la integridad personal del niño. No obstante, como esos servicios ya fueron prestados sin que los padres del menor asumieran copago alguno, se está ante un hecho superado y por este motivo no procede el amparo constitucional pretendido.

2. Y en relación con el segundo problema jurídico sometido a consideración, es decir, con los requisitos fijados para el consentimiento sustituto de los padres que autorizan intervenciones quirúrgicas relacionadas con la ambigüedad genital o estados intersexuales de sus hijos menores de cinco años de edad, la Corte reitera la línea jurisprudencial vigente en el sentido que tal consentimiento sustituto debe ser informado, cualificado y persistente, entendiéndose, cada uno de estos atributos, con el profundo contenido que la jurisprudencia constitucional les ha asignado.

De acuerdo con ello, en el presente caso se encuentra demostrado que el menor B.B. tiene dos años de edad; que sus padres fueron informados de las implicaciones y riesgos de las intervenciones quirúrgicas, de las ventajas y dificultades tanto de tratamientos alternativos como de la no práctica de aquellas; que a aquellos se les suministró información detallada que les permitió conocer las posibilidades y límites de tales intervenciones y que el consentimiento que otorgaron fue persistente y obedeció a su firme convicción de que se practicaran las intervenciones quirúrgicas dispuestas por el cuerpo médico. Si esto es así, se impone concluir que en este evento se cumplieron las reglas jurisprudenciales ya indicadas y que con la práctica de tales intervenciones no se vulneraron los derechos fundamentales a la identidad sexual, a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad del menor B.B., motivo por el cual no hay lugar a su amparo constitucional.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia del 3 de febrero de 2003, proferida por el Tribunal Superior de D.D., que revocó la sentencia del 9 de diciembre de 2002, del Juzgado G.G.

Segundo: PREVENIR a la Dirección Seccional de Salud de D.D. para que continúe suministrando la atención médica, terapéutica y psicológica requerida por el menor B.B., según las prescripciones que para el efecto realice su médico tratante.

Tercero: TUTELAR el derecho a la intimidad del menor B.B. y de sus padres, por lo cual sus nombres no podrán ser divulgados, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta Sentencia. El secretario general de la Corte Constitucional y los secretarios del juzgado G.G. y del Tribunal Superior de D.D., deberán garantizar esta estricta reserva.

Cuarto: Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO
Secretario General (E)