

Sentencia T-692/99

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Supresión de identificación del menor y progenitor en asunto de sexualidad humana/**EXPEDIENTE DE TUTELA**-Reserva absoluta para el caso

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO-Armonización con intimidad del menor y familia

SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Supresión identificación del menor y progenitor

HERMAFRODITISMO-Periodo de transición normativa y cultural

TRATAMIENTO MEDICO-Debe contar con permiso del paciente salvo casos de urgencia o situaciones asimilables/**CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE**-Debe ser libre y la decisión informada/**CONSENTIMIENTO CUALIFICADO DEL PACIENTE**-Terapia muy invasiva o riesgosa para la salud y vida

TRATAMIENTO MEDICO DEL NIÑO O INCAPAZ-Alcance de la validez del permiso parental/**CONSENTIMIENTO SUSTITUTO EN TRATAMIENTO MEDICO DEL NIÑO O INCAPAZ**-Factores a tener en cuenta para evaluación de validez/**DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR**-Regla de cierre en favor de privacidad de hogares

ESTADOS INTERSEXUALES Y AMBIGÜEDAD GENITAL DE INFANTE-Alcance

AMBIGÜEDAD GENITAL-Legitimidad del consentimiento de padres por amenazas graves a salud física o vida

IDENTIDAD SEXUAL-Cirugías y suministro de hormonas para remodelar genitales son tratamientos invasivos

CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO DEL PACIENTE-Intervenciones hormonales y quirúrgicas

TRATAMIENTO MEDICO A NIÑO HERMAFRODITA-Tensión entre principios de beneficencia y autonomía

ESTADOS INTERSEXUALES-Riesgos

CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO Y PERSISTENTE DE LOS PADRES-Requisito constitucional esencial para todo tratamiento médico

DERECHO A LA VIDA-Retraso en autorización de cirugías

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-223054

Actor: NN

Magistrado Ponente:
Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ .

Santa Fe de Bogotá, dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrado Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro de la acción de tutela promovida por la madre de la menor impúber N.N., quien actúa a nombre de su hija, contra el Instituto de Seguros Sociales del departamento XX. El expediente está radicado bajo el N° 223054 y la Corte Constitucional, por las razones que se señalan posteriormente y con el fin de proteger el derecho a la intimidad de la peticionaria y de su familia, ha decidido suprimir todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor y de sus padres.

I. ANTECEDENTES.

1. Los hechos y la solicitud.

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

2. Decisión judicial que se revisa.

El juez tuteló los derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad y seguridad social de la menor, basando su decisión en varios fallos de la Corte Constitucional, y ordenó la práctica de la cirugía en el término de 48 horas siguientes a la mencionada decisión.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Asunto previo.

Considerando que en casos como el presente se debate un problema complejo de la sexualidad humana, poco conocido por la opinión pública y que podría provocar reacciones sensacionalistas en los medios de comunicación, así como una mal sana curiosidad y rechazo a la menor en el medio social en donde viven, la Corte ha considerado en casos pasados en donde se discutían asuntos similares, que es preciso tomar medidas para proteger la intimidad y el sosiego familiar de la peticionaria y de sus padres que podrían verse afectados con el desenvolvimiento de esta tutela. Por ello se suprimen en la presente sentencia todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de sus padres, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de sus médicos tratantes 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 los padres, los médicos tratantes y el

representante del I.S.S, y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad.

Igualmente, atendiendo el principio de publicidad que rige los procesos judiciales, es inevitable publicar la sentencia, pues en ella se reitera una doctrina constitucional fundamental en la materia. Finalmente, la Corte recuerda que en reciente oportunidad, esta Corporación tuvo que decidir un caso similar sobre ambigüedad genital, en donde examinó en detalle el problema médico, ético y jurídico del hermafroditismo¹. En esa ocasión, la Corte decidió igualmente proteger la intimidad de la peticionaria y su familia, por lo cual también ordenó la reserva del expediente. Sin embargo, con el fin de divulgar todo el extenso material probatorio y científico que esta Corporación tuvo en cuenta para elaborar su doctrina sobre el consentimiento informado en casos de ambigüedad genital, esa sentencia ordenó copiar todas las pruebas científicas relevantes del proceso, siempre y cuando éstas no permitieran identificar a la peticionaria. Estos documentos han sido reunidos en un expediente que puede ser consultado en la Corte Constitucional, lo cual significa que toda persona interesada en conocer los elementos científicos que sustentan esta doctrina constitucional, pueden acceder a esos materiales en la sede de esta Corporación. De esa manera, la Corte protege la intimidad de los peticionarios en procesos de esta naturaleza, ya que no será posible su identificación, sin afectar la publicidad del proceso y el papel de esta Corporación en la unificación de la doctrina constitucional. Así, la publicación de estas sentencias permite a los jueces conocer los criterios de la Corte en la materia, y las pruebas relevantes quedan a disposición de los interesados en estos temas.²

2. Síntesis y reiteración de la doctrina constitucional sobre los casos de ambigüedad genital o “hermafroditismo”.

En la sentencia T-551 de 1999, posterior al fallo que unificó la doctrina constitucional en los casos de ambigüedad genital se resumieron los lineamientos del fallo de unificación así:

“- La Corte comenzó por reconocer la complejidad del tema, pues no sólo la ambigüedad genital puede provocar sufrimientos personales intensos, sino que estos casos implican una tensión muy fuerte entre múltiples principios constitucionales, en especial entre los imperativos de beneficiencia y de autonomía implícitos en todo tratamiento médico. Cualquier determinación que se tome parece entonces tener un costo importante en términos de

¹ Ver sentencia SU-337 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero.

² T- 551 de 1999

padecimiento humano o de afectación de algún principio constitucional fundamental. Además, esta Corporación debe tomar esta decisión en un momento en el cual, si bien sigue existiendo un amplio consenso médico sobre la utilidad y urgencia de los actuales tratamientos, sin embargo también se presentan objeciones muy importantes y serias a ese paradigma, las cuales ponen en cuestión la legitimidad del consentimiento paterno sustituto (Fundamentos jurídicos 3 a 6). Esto significa que en relación con el hermafroditismo, la sociedad contemporánea está viviendo un período de transición normativa y cultural, lo cual hace aún más difícil encontrar la solución jurídica adecuada. Por eso la sentencia procedió cuidadosamente, paso por paso. La Corte comienza por retomar y precisar la doctrina constitucional sobre el consentimiento informado, no sólo en relación con los tratamientos médicos en general sino específicamente en aquellos casos en que se ven involucrados menores, para luego abordar el problema específico que suscitan los tratamientos de los distintos estados intersexuales en infantes.

“La Corte mostró entonces que en una sociedad democrática y pluralista, todo tratamiento médico debe contar con el permiso del paciente, salvo en los casos de urgencia o en situaciones asimilables (Fundamentos Jurídicos 7 a 13). Para que este consentimiento sea válido no sólo debe ser libre sino que la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento (Fundamentos 14 a 16). El grado de información que debe ser suministrado por el médico y la autonomía que debe gozar el paciente para tomar la decisión médica concreta dependen a su vez de los riesgos, los beneficios y del propio impacto del tratamiento sobre la autonomía de la persona. Así, si la decisión sanitaria recae sobre una terapia muy invasiva, o riesgosa para su salud y su vida, el Estado y los equipos sanitarios deben reclamar una autonomía mayor del paciente y cerciorarse de la autenticidad de su opción. En tales eventos, es necesario un “consentimiento cualificado” (Fundamentos 17 a 20).

“En el caso de los menores o de los incapaces, la Corte concluyó que los padres y los representantes legales pueden autorizar las

intervenciones médicas en sus hijos, pero en ciertas situaciones, ese permiso parental es ilegítimo, por cuanto los hijos no son propiedad de los padres: son una libertad en formación, que merece una protección constitucional preferente. Para evaluar si es válido ese “consentimiento sustituto”, la sentencia reiteró que es necesario tener en cuenta (i) la necesidad y urgencia del tratamiento, (ii) su impacto y riesgos, y (iii) la edad y madurez del menor (Fundamentos 21 a 24). En muchos casos, el análisis sobre la legitimidad de este consentimiento sustituto puede tornarse muy complejo, pues los anteriores criterios no son categorías matemáticas sino conceptos indeterminados, cuya concreción en un caso específico puede estar sujeta a discusión. Además, esas pautas pueden orientar la decisión en sentidos opuestos (Fundamentos 25 a 27). Por ello, la Corte indicó que el papel de los padres en la formación de sus hijos, así como la importancia constitucional del respeto a la intimidad familiar y al pluralismo en materia médica, implican una regla de cierre que opera en favor de la autonomía familiar: si el juez, en un caso controvertido, tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas en favor del respeto a la privacidad de los hogares (in dubio pro familia), a fin de que los desplazamientos de los padres por las autoridades estatales sean minimizados. (Fundamentos 76 a 78)

“Estos criterios generales enmarcaron la discusión sobre la posibilidad de que los padres puedan o no autorizar cirugías tempranas destinadas a remodelar la apariencia de los genitales de sus hijos hermafroditas, a fin de que concuerden con un género médicamente asignado. Así, luego de explicar en qué consisten los estados intersexuales, o hermafroditismos, o formas de ambigüedad genital (Fundamentos 29 a 35), la Corte describió los actuales tratamientos médicos, sus bases científicas y sus características (Fundamentos 36 a 38). La sentencia hizo entonces dos precisiones conceptuales, que son relevantes en el presente proceso.

“De un lado, la Corte explicó que muchos autores distinguen entre los “estados intersexuales” o “hermafroditismos”, que implican una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo, y la “ambigüedad genital”, en donde simplemente la apariencia de los genitales externos no permite fácilmente asignar un sexo al momento del nacimiento. Esa diferencia, señaló la sentencia, tiene un indudable valor

conceptual, puesto que no siempre los estados intersexuales generan ambigüedad genital en el infante. Así, algunas personas tienen un sexo cromosómico masculino (XY) pero son absolutamente insensibles a los andrógenos, por lo cual sus genitales externos y su apariencia general son totalmente femeninas. La intersexualidad no genera en tales síndromes ambigüedad genital. Igualmente, existen casos, como sucede con los niños con micropenes, en donde en sentido estricto no hay un estado intersexual, pero la apariencia de los genitales no sólo puede provocar dificultad en la asignación del sexo al nacer, sino que, además, los médicos suelen recomendar en estos casos un tratamiento similar al de muchos hermafroditismos. Ahora bien, a pesar de esas diferencias conceptuales, en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, y suscitan por ende interrogantes éticos y jurídicos similares, por lo cual la sentencia concluyó que, para el análisis constitucional, y por economía de lenguaje, no es indispensable distinguir sistemáticamente entre estas distintas condiciones (Fundamento 32). Esto significa que la doctrina constitucional elaborada en la sentencia SU-337 de 1999, y reiterada en esta ocasión, es relevante para decidir jurídicamente los conflictos que suscitan las remodelaciones de genitales derivadas de los estados intersexuales y de las distintas formas de ambigüedad genital.

“De otro lado, la sentencia aclaró que en ciertos casos, la ambigüedad genital se encuentra asociada a amenazas graves a la salud física o la vida de la persona. En tales eventos, la Corte precisó que no existen cuestionamientos éticos ni jurídicos relacionados con que los padres autoricen las intervenciones médicas destinadas exclusivamente a enfrentar esas afecciones, puesto que claramente se cumplen los requisitos para que sea legítimo un consentimiento sustituto. El problema constitucional surge exclusivamente en aquellas situaciones en donde la ambigüedad genital no se encuentra ligada a ninguna dolencia física grave, ni a un riesgo a la vida o a la salud, pero en donde, sin embargo, los médicos consideran que es necesario remodelar, por procedimientos quirúrgicos y hormonales, los genitales del menor, a fin de ajustar su apariencia a un sexo que le fue asignado (Fundamento 35).

“A partir de lo anterior, la Corte concluyó que las cirugías y los suministros de hormonas destinados a remodelar los genitales son tratamientos invasivos y extraordinarios, pues afectan la identidad

sexual de la persona y son irreversibles. Estas intervenciones médicas no pueden entonces ser asimiladas a otras cirugías estéticas, como la corrección de un paladar, o la supresión de un dedo supernumerario, por cuanto la remodelación de los genitales tiene que ver con la definición misma de la identidad sexual de la persona, esto es, afecta uno de los aspectos más misteriosos, esenciales y profundos de la personalidad humana (Fundamentos 39 y 40). De allí la difícil tensión ética y jurídica que suscitan estos tratamientos, ya que los defensores del actual paradigma consideran que deben adelantarse lo más tempranamente posible, y de manera urgente, para garantizar una identificación de género exitosa y evitar los traumatismos psicológicos y sociales que podrían surgir si la persona crece en la indefinición sexual. Sin embargo, la naturaleza particularmente invasiva de estas intervenciones médicas requiere de un consentimiento cualificado del propio paciente, lo cual sugiere que deberían postergarse hasta que la propia persona pueda decidir. La tensión entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía es entonces evidente (Fundamento 41).

“La sentencia consideró que si son ciertos los supuestos del actual paradigma médico, entonces es válido conferir prevalencia al principio de beneficencia, pues las intervenciones médicas resultan necesarias y urgentes, ya que la falta de remodelación de los genitales ambiguos tendría efectos catastróficos sobre la salud psicológica de los menores hermafroditas, debido al rechazo del medio social y de los propios padres, y a los problemas de falta de identidad de género que los genitales ambiguos le ocasionan. El consentimiento paterno sustituto sería entonces admisible (Fundamentos 42 y 43). Sin embargo, la Corte indicó que esa conclusión era discutible, por dos razones: de un lado, porque hoy en día existen numerosas críticas al actual manejo de los estados intersexuales, las cuáles no son marginales sino que cuestionan las bases esenciales de ese paradigma médico, circunstancia que puede minar la legitimidad del permiso parental. Y, de otro lado, por cuanto en el caso analizado en la sentencia SU-337 de 1999, la menor tenía ya varios años de vida, lo cual disminuía la urgencia de la cirugía y fortalecía la necesidad de tomar en cuenta la propia decisión de la menor. (Fundamento 44).

“La sentencia enfrentó entonces la primera objeción, para lo cual analizó en detalle el actual debate sobre el manejo médico de los estados intersexuales y concluyó que, conforme a la información

actualmente disponible, esas terapias y cirugías son riesgosas pues existen evidencias de que provocan daños físicos (pérdida de la sensibilidad sexual y dolor) y síquicos, por el secreto y la estigmatización que suelen acompañarlas. Además, su necesidad no es clara, pues no sólo hay investigaciones que muestran que personas con ambigüedad genital, que no fueron quirúrgicamente intervenidas, pudieron desarrollar vidas satisfactorias, sino que existen protocolos médicos alternativos para manejar los estados intersexuales, los cuáles recomiendan la postergación de las cirugías y de los suministros de hormonas que tienen efectos irreversible.

“Este examen permitió entonces a la Corte distinguir entre la “asignación de género” y la “remodelación de los genitales”, pues los protocolos alternativos son claros en indicar que la propuesta de que las cirugías deben postergarse hasta que el propio paciente pueda decidir, no implica un aplazamiento de la asignación de género hasta ese momento. Esos enfoques precisan que en nuestras sociedades debe siempre asignarse un género masculino o femenino al menor, quien tiene entonces, social y legalmente, una identidad sexual definida. El debate es entonces exclusivamente si la asignación temprana de género debe o no acompañarse de cirugías y tratamientos hormonales a menores, destinados a adecuar la apariencia de los genitales a ese sexo asignado, o si esas intervenciones médicas deben ser postergadas hasta que la propia persona pueda dar un consentimiento informado.

“Fuera de lo anterior, la Corte mostró que no existen seguimientos concluyentes sobre la necesidad y éxito de las cirugías tempranas de remodelación de los genitales y que, además, las teorías que sustentan esas intervenciones son muy controvertidas por la propia comunidad científica y médica. Por ende, y precisando que en general no es la finalidad ni la función de los jueces mediar en controversias científicas, la sentencia concluyó que la información actual muestra que la remodelación de los genitales no es una terapia rutinaria y comprobada sino un procedimiento invasivo, riesgoso y discutido (Fundamentos 45 a 67).

“Con base en esos elementos científicos y jurídicos, esta Corporación evaluó entonces si, debido a las características de las cirugías e intervenciones hormonales destinadas a remodelar

los genitales, esas terapias debían ser postergadas hasta que la propia persona pueda autorizarlas. La sentencia concluyó que la adopción de esa medida extrema por un tribunal constitucional era problemática, pues no existen tampoco pruebas de que esas terapias en los infantes sean en todos los casos perjudiciales e innecesarias. Por el contrario, existen evidencias de que esas intervenciones médicas han tenido en ciertos eventos efectos positivos (Fundamentos 68 a 70). Además, esa prohibición judicial invade profundamente la autonomía de los hogares, sin que exista tampoco garantía de que los protocolos alternativos que se han ofrecido puedan funcionar en un país como Colombia. Por ende, la postergación obligatoria de esas cirugías hasta que la propia persona pueda consentir podía poner a esos niños y a sus padres en una situación difícil, pues deberían liderar difíciles transformaciones sociales para asegurar espacios de tolerancia para sus anatomías inusuales. La prohibición de los riesgosos tratamientos médicos sin consentimiento de la propia persona se traducía entonces en la puesta en obra de una igualmente riesgosa experimentación social, cuyas consecuencias para los menores, que es el interés esencial que esta Corte debe proteger, son imprevisibles (Fundamentos 71 a 77).

“En tales circunstancias, no existiendo total claridad sobre el daño y la innecesariedad de estas cirugías tempranas, todo indicaba que, en función de la regla de cierre en favor de la privacidad de las familias en materia médica, correspondía a los propios padres evaluar los riesgos y tomar la decisión que parezca más satisfactoria para sus hijos (Fundamento 78). Sin embargo, en la medida en que los padres de los niños hermafroditas tienen muchas dificultades para comprender los intereses del menor, y pueden incluso actuar discriminatoriamente en contra de ellos, esta Corporación concluyó que podía ser indispensable que las autoridades estatales, y en especial los jueces constitucionales, interfirieran en los hogares, puesto que la decisión paterna podía no estar verdaderamente orientada a proteger los intereses del menor. Parecía entonces necesario que el juez constitucional ordenara la postergación de las cirugías y de los tratamientos hormonales de remodelación genital hasta que el propio paciente pudiera decidir (Fundamentos 79 y 80).

“La sentencia mostró entonces que ese análisis conducía a un nuevo callejón sin salida: la Corte no puede prohibir las cirugías

tempranas a los hermafroditas, pues invade la privacidad familiar y podría estar sometiendo a estas personas a un incierto experimento social; pero tampoco es adecuado que los padres puedan decidir por sus hijos, por cuanto no es claro que su opción se fundamente en los intereses del menor (Fundamento 81).

“Para salir de ese dilema, la Corte consideró que era menester conciliar el respeto a la privacidad familiar con el cuidado preferente que merecen los niños, cuyos derechos son prevalentes (CP art. 44), y la protección especial que la Constitución prevé para los hermafroditas, como minoría aislada y estigmatizada (CP art. 13). La sentencia concluyó que esa armonización era posible si la comunidad médica establecía reglas y procedimientos que obliguen a los padres a decidir teniendo como eje central los intereses reales de los menores. El permiso paterno era entonces válida, pero sólo si se trataba de lo que la sentencia denominó un “consentimiento informado cualificado y persistente”, que los médicos deben garantizar y verificar (Fundamentos 82 y 83).

3. Aplicación de la doctrina al presente caso y alcance del “consentimiento informado cualificado y persistente” de los padres.

Así sintetizada la doctrina constitucional relativa a las operaciones de remodelación de los genitales, una conclusión se impone: en el presente caso, la operación ya fue ordenada por la sentencia de primera instancia, consultada la madre de la menor, informó que la cirugía aún no se ha llevado a cabo, y es preciso entonces insistirle a los padres de la menor NN que pueden autorizar la cirugía, por cuanto la niña tiene dos años de edad, esto es, no ha superado el umbral a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto. La sentencia SU-337 de 1999 concluyó que en niños menores de cinco años, el permiso paterno era legítimo, pero siempre y cuando se tratara de un “consentimiento cualificado y persistente”, por lo cual resulta ineludible precisar el alcance de ese concepto.

La sentencia SU-337 de 1999 no analizó en detalle en qué consistía el “consentimiento cualificado y persistente” que deben tener las autorizaciones de los padres para que proceda una remodelación de los genitales de sus hijos, y no tenía por qué hacerlo, por cuanto en ese caso, la menor ya había ampliamente superado la edad a partir de la cual pierde toda legitimidad el permiso parental sustituto, por lo cual, de todos modos, no podía la madre autorizar la remodelación de los genitales de su hija. Sin

embargo, el concepto sí se precisó en sentencia posterior T-551 de 1999, en donde se expuso que:

“Es deber entonces del Estado y de la propia comunidad médica cualificar el consentimiento de los padres en los casos de ambigüedad genital, a fin de que la decisión paterna se fundamente ante todo en los intereses del niño. ¿Cómo lograrlo? La Corte considera que en este punto son muy útiles algunas regulaciones normativas así como los protocolos médicos diseñados para que los pacientes decidan si aceptan o no cierto tipos de tratamientos, que pueden ser muy invasivos o riesgosos, sin que sus beneficios sean totalmente claros. En efecto, esos protocolos pretenden precisamente depurar el consentimiento del paciente, para lo cual recurren en general a tres mecanismos: (i) una información detallada, (ii) unas formalidades especiales y (iii) una autorización por etapas³. La Corte entiende que por medio de esos requisitos, los equipos médicos pretenden asegurar lo que podríamos denominar un “consentimiento informado cualificado y persistente”, antes de que se llegue a los tratamientos irreversibles, como puede ser una cirugía. Así, la información muy depurada, tanto sobre el tratamiento como sobre las otras opciones, cualifica el consentimiento pues permite a la persona comprender los riesgos de las terapias y las otras posibilidades que existen. Los plazos aseguran que la autorización no sea dada por un estado de ánimo momentáneo sino que sea la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina. Finalmente, las formalidades -como la autorización escrita- son útiles para mostrar la seriedad del asunto y asegurar el cumplimiento de los otros requisitos.

“La Corte entiende que un protocolo de esa naturaleza permite entonces cualificar el consentimiento paterno, y en esa medida contribuye a proteger los intereses del menor hermafrodita sin invadir la órbita de privacidad de las familias, ni la autonomía científica de la comunidad terapéutica. Un interrogante obvio surge: ¿cuál es el contenido concreto que deben tener esos

³ Ver al respecto, entre otras, las reflexiones de esta Corte sobre la prestación del consentimiento en situaciones complejas y riesgosas, en la sentencia C-239 de 1997. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte D. Ver igualmente las exigentes pautas establecidas por las asociaciones médicas para casos de transexualidad, las cuales fueron resumidas por esta Corte en la nota No 98, del fundamento jurídico 40 de la referida sentencia SU-337 de 1999.

protocolos para asegurar un consentimiento paterno cualificado y persistente?

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

“Así, esta Corte ha dicho que un consentimiento médico válido supone que quien decide debe tener la oportunidad de conocer todos los datos que sean relevantes para comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento⁴. Y si el consentimiento sustituto paterno en estos casos debe ser cualificado, esto significa que los padres sólo pueden tomar la decisión después de haber comprendido las posibilidades, límites y riesgos de los actuales tratamientos, lo cual implica el correspondiente deber médico de procurarles una información depurada sobre el actual debate suscitado por esas intervenciones. Por ejemplo, todo indica que los equipos médicos deben indicar a los padres la diferencia entre la asignación temprana de un sexo masculino o femenino al recién nacido -que en nuestras sociedades parece ser inevitable- y las cirugías destinadas a reconstruir la apariencia de los genitales, lo cual permitirá que los padres comprendan que es posible asignar rápidamente al menor un sexo -según consenso del equipo interdisciplinario- sin necesidad de adelantar inmediatamente las cirugías. De esa manera, los padres pueden además entender que las intervenciones quirúrgicas y hormonales para modelar los genitales son una de las posibilidades que ofrece la medicina para enfrentar los problemas psicológicos y sociales que puede generar a un menor un estado intersexual, pero que se han ofrecido formas diversas de manejo. Igualmente, en la medida en que los padres deben poder evaluar la necesidad y los riesgos de estas cirugías,

⁴ Ver, entre otras, sentencia SU-337 de 1999. Fundamento Jurídico 14.

es razonable que se les informe que los actuales tratamientos no constituyen una terapia probada y rutinaria sino que son intervenciones que suscitan debates crecientes en la propia comunidad médica, ya que no existen pruebas convincentes de que los menores intersexuales se benefician claramente de una cirugía a temprana edad, y existen quejas importantes sobre los daños psicológicos y físicos que ocasionan esas cirugías y tratamientos hormonales, por lo cual numerosas personas con ambigüedad genital, y que fueron operadas, consideran que fueron mutiladas sexualmente.

“En ese mismo orden de ideas, si el consentimiento debe ser persistente, es obvio que los protocolos deben prever que no basta que la autorización sea dada en un sola ocasión sino que se requiere que el permiso sea reiterado, a fin de que los padres tengan el tiempo y la posibilidad de meditar sobre cuál es la mejor opción para su hijo. Ahora bien, en este aspecto existe una tensión evidente, pues los protocolos actuales recomiendan que las cirugías se realicen lo más rápido posible, y en todo caso antes de los dos años, a fin de permitir una identificación de género sólida del menor. Por el contrario, el choque emocional por el que atraviesan los padres sugiere que el permiso para la cirugía sea postergado por un tiempo largo, a fin de que los progenitores superen su sentimiento de duelo antes de decidir. En efecto, como ya se señaló en esta providencia y en la sentencia SU-337 de 1999, los padres suelen pasar por una etapa de duelo cuando saben que su hijo es hermafrodita, es necesario que transcurra un tiempo razonable entre el diagnóstico y el perfeccionamiento del consentimiento paterno, a fin de que durante ese lapso, y con el debido apoyo psicológico, los padres puedan recrear un vínculo afectivo con el infante, antes de tomar una decisión, que tiene efectos irreversibles para el menor. Es pues necesario encontrar un equilibrio entre esos dos imperativos, de suerte que los permisos deben darse en un tiempo suficientemente corto para que pueda funcionar el actual protocolo -si los padres optan por él-, pero suficientemente distanciado para garantizar que el consentimiento parental sea sólido y persistente, y no que derive de la crisis emocional del momento. No es fácil fijar unas reglas precisas que resuelvan esa tensión normativa, por cuanto la recuperación de un choque emocional y la recreación de un vínculo afectivo son procesos no sólo lentos sino que varían mucho de persona a persona. Corresponderá pues a la propia comunidad médica y al Legislador fijar una plazos prudentes

mínimos que permitan todavía adelantar las cirugías, conforme al actual protocolo, pero que confieran a los padres un tiempo de reflexión suficiente para tan importante decisión sobre el futuro de su hijo.

“Finalmente, la prudencia indica que este permiso parental debe contar con ciertas formalidades, como darse por escrito, para mostrar la seriedad de la decisión. Como ya se resaltó, el desarrollo concreto de esos protocolos no corresponde a esta Corte Constitucional, sino a la propia comunidad médica, conforme a las reglas desarrolladas por el Legislador. Pero, conforme al estándar normativo de consentimiento cualificado y persistente, es claro que la autorización parental sustituta, en casos como el presente, debe estar precedida por una información detallada de parte de los equipos médicos, y unos plazos prudentes, que permitan a los padres evaluar las alternativas de decisión, tomando en consideración las necesidades existenciales de sus hijos.”

Por lo tanto, una vez que esta sentencia confirme la decisión revisada, ordenará igualmente al juez de tutela, que compruebe, en el evento en que la operación no se haya hecho aún, si la autorización paterna reúne esas características de “consentimiento informado cualificado y persistente”, pues de no ser así, el permiso sustituto no se adecua a la Carta, y mal puede ordenarse por vía judicial la práctica de una intervención médica que no cuente con un consentimiento informado válido, que es requisito constitucional esencial para todo tratamiento médico. Debe entenderse que no se podía exigir de los médicos tratantes, ni del juez que decidió el caso en el momento en que lo hizo, el conocimiento de una doctrina constitucional que aún no había sido fijada.

Además, y retomando los criterios fijados en la sentencia SU-337 de 1999, esta Corporación recuerda que en estos casos, pueden ser indispensables ciertos apoyos psicoterapéuticos para los padres y la menor, a fin de que comprendan a cabalidad la complejidad de los problemas de la ambigüedad genital, por lo cual, de ser necesarios y ser así solicitados por esta familia, la Corte considera que deben ser suministrados por la entidad de seguridad social demandada.

Finalmente, no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan, con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la

integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en la iniciación de un tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución⁵.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. **TUTELAR** el derecho a la intimidad de la peticionaria N.N. 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 previamente en esta sentencia. El secretario general de la Corte Constitucional y el secretario del juzgado XX que decidió en primera instancia el caso, deberán garantizar esta estricta reserva.

Segundo. **CONFIRMAR** la sentencia del juzgado XX, que decidió amparar los derechos a la salud, a la seguridad social, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y de los niños, de la menor NN, y que ordenó a la seccional correspondiente del ISS que en un término no superior a cuarenta y ocho horas (48) contados a partir del momento de notificación del fallo, dispusiera lo necesario para que se le practicara en forma urgente a la niña la cirugía recomendada.

Tercero. Teniendo en cuenta que esta Corporación ha llegado a la conclusión, tanto en esta providencia como en las sentencias SU-337 de 1999 y T-551 de 1999 que el permiso paterno sustituto es válido para autorizar una remodelación genital en menores de cinco años, siempre y cuando se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, **ADICIONAR** la providencia anterior, y **ORDENAR** al juez de instancia que verifique que el permiso de los padres para la realización de la cirugía a la menor, cumple con los lineamientos expuestos en la jurisprudencia de esta Corporación.

⁵ Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, sentencia T-489 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Cuarto. Igualmente, por las razones señaladas en esta sentencia, **ORDENAR** a la Seccional del I.S.S. prestarle a la menor todos los medicamentos y terapias indispensables para el tratamiento de problemas de ambigüedad genital, incluyendo, en caso de que sea necesario, un apoyo psicoterapéutico.

Quinto. La Seccional del I.S.S. podrá repetir contra el Estado colombiano en relación con los gastos adicionales sobrevinientes a la entrega de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, con cargo a los recursos existentes en la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (**FOSYGA**).

Sexto. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, precisando que el Juzgado XX notificará personalmente esta sentencia al padre de la peticionaria NN, pero con la debida prudencia para proteger la intimidad y privacidad del hogar.

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

CARLOS GAVIRIA DÍAZ
GALINDO
Magistrado ponente

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
MONCALEANO
Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA DE
Secretaria General