

Case 1 Part I (Sentencia SU-337/99)

Classification: **Spanish**

Sentencia SU-337/99

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL PROCESO-Armonización con la intimidad del menor y su familia/**SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA**-Publicidad parcial para el caso

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.

SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Supresión de identificación del menor y progenitora/**EXPEDIENTE DE TUTELA**-Absoluta reserva para el caso

HERMAFRODITISMO-Complejidad del asunto/**PSEUDOHERMAFRODITISMO MASCULINO**-Complejidad del asunto

MEDICINA-Tensiones éticas y jurídicas

PRACTICA MEDICA-Principios esenciales

CIENCIA MEDICA-No es impermeable a la ética ni al derecho

Es cierto que en principio deben evitarse al máximo las interferencias jurídicas y estatales en las discusiones científicas y en la evolución de la técnica, las cuales deben ser lo más libres posible, no sólo para amparar la libertad de pensamiento sino también para potenciar la propia eficacia de las investigaciones científicas y estimular así el progreso del conocimiento. Sin embargo, en la medida en que las investigaciones biológicas y las prácticas médicas recaen sobre seres vivos, y en especial sobre personas, es obvio que si bien pueden ser benéficas para el paciente, también pueden ser dañinas y deben por ende estar sometidas a controles para proteger la inviolabilidad y la dignidad de las personas. Además, después de la Segunda Guerra Mundial, y en especial de Auschwitz, la ciencia en general, y la ciencia médica en particular, no pueden ser consideradas impermeables a la ética ni al derecho, como lo muestra la propia expedición, por el Tribunal de Nuremberg, del llamado Código de Nuremberg, que establece una reglas mínimas aplicables en toda investigación sobre seres humanos.

AUTONOMIA DEL PACIENTE-Prevalencia

Si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. En efecto, "la primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo". Por ello esta Corte ha señalado que del "principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud." Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Pluralismo y dignidad

Incluso si la autonomía y la dignidad no tuvieran el rango constitucional tan elevado que ocupan, de todos modos el inevitable pluralismo ético de las sociedades modernas, que la Carta reconoce y estimula, obliga, por elementales razones de prudencia, a obtener el consentimiento de la persona para todo tratamiento. En efecto, el pluralismo implica que existen, dentro de ciertos límites, diversas formas igualmente válidas de entender y valorar en qué consiste la bondad de un determinado tratamiento médico. Omitir el consentimiento informado sería permitir que la concepción de bienestar y salud del médico se imponga a aquella del paciente, en detrimento de los propios intereses de este último y de la protección constitucional al pluralismo. Esto muestra que en las sociedades pluralistas, el requisito del consentimiento puede justificarse incluso con base en el principio de beneficencia.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Intervenciones experimentales

Esta exigencia del consentimiento, que es clara incluso en relación con los tratamientos en apariencia benéficos para la persona, es aún más evidente e importante cuando se trata de intervenciones experimentales, por cuanto, en tales eventos, es mucho mayor la posibilidad de que se cosifique a la persona y se la convierta en un simple instrumento para la realización de objetivos que le son extraños, como es la producción de conocimientos o el mejoramiento de ciertas técnicas de las que se beneficiarán otros individuos. Por ende, la investigación sobre seres humanos, que es indudablemente necesaria para mejorar la calidad misma de los tratamientos médicos, debe ser particularmente rigurosa en la obtención de un consentimiento informado de los potenciales sujetos, quienes, sin ninguna coacción o engaño, tienen derecho a decidir si participan o no en la empresa científica, sobre la base de un conocimiento objetivo de todos los eventuales riesgos y beneficios de los experimentos. De esa manera, gracias a esa intervención libre en la experiencia médica, el paciente deja de ser un objeto de la misma para convertirse en sujeto y copartícipe del desarrollo de la ciencia, con lo cual queda amparada su dignidad e inviolabilidad.

AUTONOMIA DEL PACIENTE-Prevalencia no es absoluta

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.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Características

No cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. Esto significa, en primer término, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Por ello, en segundo término, 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. Finalmente, el paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad personal.

CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE-Exigencias cualificadas

AUTONOMIA DEL PACIENTE-Grado que se debe tener para aceptar o rechazar un tratamiento

TRATAMIENTO MEDICO DE LOS NIÑOS-Decisiones por padres y tutores

Los padres y tutores pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de los niños, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de nadie sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional.

AUTONOMIA DEL PACIENTE MENOR DE EDAD-Contenido

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO-Problemas jurídicos

TRATAMIENTO MEDICO DE LOS NIÑOS-Alcances y límites de las posibilidades de decisión de los padres

PRINCIPIOS DE AUTONOMIA Y BENEFICENCIA DEL PACIENTE-Ponderación

SEXUALIDAD-Dimensiones sociales y psicológicas

ESTADOS INTERSEXUALES-Clasificación

HERMAFRODITAS Y PSEUDOHERMAFRODITAS-Distinciones

ESTADOS INTERSEXUALES Y AMBIGÜEDADES GENITAL EN EL INFANTE

TRATAMIENTO MEDICO DE LA AMBIGÜEDAD SEXUAL-Fundamentos y características

HERMAFRODITAS-Intervenciones médicas tienen un impacto decisivo en la identidad sexual del paciente/**DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL**-Contenido/**DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL**-Contenido

HERMAFRODITAS-Intervenciones hormonales y quirúrgicas/**CONSENTIMIENTO INFORMADO CUALIFICADO DEL PACIENTE**-Intervenciones hormonales y quirúrgicas

Las intervenciones hormonales y quirúrgicas a los hermafroditas son entonces particularmente invasivas, por lo cual, conforme a los criterios anteriormente señalados en esta sentencia, el consentimiento informado de la persona debe ser cualificado, claro, explícito y fundado en el pleno conocimiento de los peligros de los tratamientos y de las posibilidades de terapias alternativas. Ahora bien, un consentimiento cualificado requiere a su vez de una madurez y autonomía especiales del paciente, quien debe ser no sólo perfectamente consciente de qué es lo que desea sino que además debe tener la capacidad de comprender cuáles son los riesgos de unas intervenciones que son invasivas, irreversibles y, en muchos casos, muy agobiantes. Por ello, en eventos como éstos, el equipo sanitario no sólo debe suministrar una información muy depurada al paciente sino que, además, debe establecer procedimientos que permitan constatar la autenticidad de su consentimiento.

PRIVACIDAD DEL HOGAR-Interferencias judiciales

CONSENTIMIENTO SUSTITUTO PATERNO-Límites

FAMILIA-Privacidad médica

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Inexistencia de evidente riesgo contra la vida si no se practica operación

CONSENTIMIENTO INFORMADO DE PACIENTE MENOR HERMAFRODITA-Edad

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Coordinación de equipo interdisciplinario para acompañar a la menor y su madre respecto a cirugía y tratamientos hormonales

Referencia: Expediente T-131547

Procedencia: Juez de tutela XX

Actor: NN

Temas:

Fundamentos, significado y alcance del consentimiento informado en los tratamientos médicos.

Intervenciones a menores y consentimiento informado: en qué casos no procede la autorización de padres y tutores.

Problemas jurídicos suscitados por los "hermafroditismos" o formas de "ambigüedad sexual".

Derechos de los "hermafroditas" a la libre autodeterminación de su identidad sexual y alcance del consentimiento informado de los padres y tutores.

Los hermafroditas constituyen una minoría que goza de la especial protección del Estado.

Autonomía de las familias en materia médica y riesgos de discriminación social contra personas con ambigüedad genital: la necesidad de un consentimiento informado cualificado y persistente de los padres.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Eduardo Cifuentes Muñoz, y por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado 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 e instaura demanda contra el Estado, representado según ella por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Defensor del Pueblo de la Seccional del departamento XX. El expediente está radicado bajo el N° 131547.

I. ANTECEDENTES

a) Los hechos y la solicitud.

1- La menor N.N. nació el 14 de octubre de 1990 y la partera que atendió el nacimiento señaló que se trataba de una niña, sin que se constatará ningún problema aparente al respecto. N.N ha sido entonces siempre tratada como una niña. Sin embargo, cuando la menor tenía tres años, durante un examen pediátrico, se encontraron genitales ambiguos, con un falo de tres (3) centímetros (semejante a un pene), pliegue labios escrotales con arrugas y en su interior, gónadas simétricas de un centímetro de diámetro, en los dos lados, orificio único en el perinén. A partir de lo anterior, se diagnosticó que la menor tenía "seudohermafroditismo masculino", debido a un problema de trastorno en la síntesis de la testosterona, por lo cual se recomendó un tratamiento quirúrgico, que consiste en la readecuación de los genitales por medio de la extirpación de las gónadas y la plastia o remodelación del falo (clitoroplastia), de los labios y de la vagina.

Según el médico tratante, que pertenece al ISS (Instituto de Seguros Sociales), esta intervención quirúrgica es prioritaria para la niña, pues si bien "el falo es grande", lo cierto es que "nunca va a ser igual a un pene ni tendrá posibilidades de funcionar como tal". Los médicos han manifestado además la necesidad de hacer la cirugía a la niña antes de que llegue a la pubertad.

2- A pesar de lo anterior, los médicos del ISS se niegan a practicar la intervención quirúrgica, pues consideran que, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la decisión debe ser tomada por la propia menor, y no por su madre. Según su criterio, "el procedimiento quirúrgico debe ser autorizado por la Corte Constitucional, quien pone en entredicho la Patria Potestad para estos casos porque habría que esperar a la pubertad para obtener la aprobación por parte del paciente" (Folio 90 del presente expediente). Por tal razón, la madre, quien ejerce la patria potestad sobre la menor pues el padre falleció, interpone la acción de tutela a fin de que se autorice la intervención quirúrgica. Según su criterio, su "hija es una menor y no puede tomar decisiones por ella misma y si esperamos a que ella tenga capacidad para decidir, ya será demasiado tarde y su desarrollo psicológico, fisiológico y social no será normal."

La madre considera entonces que a su hija le están siendo vulnerados sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección especial a la niñez, puesto que la infante tiene derecho "a que sea definida su sexualidad a tiempo para su normal desarrollo personal y social." Por ello solicita al juez de tutela que le permita que, en su condición de madre, y de titular de la patria potestad de la menor, pueda autorizar "las cirugías que mi hija necesita para la remodelación de sus genitales y el tratamiento médico que como consecuencia de esto requiriese". Igualmente, y en protección al derecho a la intimidad de la niña N.N., la madre solicita que el presente trámite judicial no sea publicado, de conformidad con lo establecido por los artículos 25, 300 y 301 del Código

del Menor.

La Corte, por las razones que se señalarán posteriormente en el Fundamento Jurídico No 2 de esta sentencia, ha accedido en parte a esa última petición, lo cual explica que hayan sido suprimidos todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor y de su madre, como son sus nombres y los del médico tratante, así como el lugar de los hechos y del juzgado que resolvió el caso.

3- La madre y la menor se encuentran afiliadas al ISS (Instituto de Seguros Sociales), razón por la cual los médicos que han venido atendiendo a la niña son de esa institución, tal y como consta en el expediente. Igualmente, son esos médicos los que, con fundamento en decisiones de esta Corte Constitucional, se niegan a realizar el tratamiento. Con todo, y a pesar de no ser usuaria del ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), la solicitante dirige la tutela contra el ICBF y la Defensoría del Pueblo, pues considera que el Estado, quien se niega a permitir la referida intervención quirúrgica, está representado por tales entidades. Así, al ser interrogada por el juez de tutela acerca de las razones por las cuales había dirigido la acción contra el Bienestar Familiar y el Defensor del Pueblo, la solicitante respondió que "los médicos, sin orden de ellos", no practican la cirugía que su hija requiere (Folio 63 del presente expediente).

b) El fallo de instancia.

4- El tribunal a quien correspondió el estudio de la presente acción adelantó las pruebas que juzgó pertinentes. En particular recibió declaración de la solicitante, del médico tratante y de la trabajadora social responsable del caso. Igualmente ordenó que el ISS enviara copia de todos los estudios médicos que se hubieran practicado a la menor, por lo cual esa entidad remitió copia de la historia clínica. Todas esas pruebas se encuentran incorporadas en el presente expediente y serán tomadas en cuenta por la Corte Constitucional, en lo pertinente, en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

5- El tribunal decidió el caso el 17 de abril de 1997. El fallo comienza por aclarar que si bien la tutela "se dirige contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Defensor del Pueblo, bueno es afirmar desde ya, que estas entidades nada han tenido que ver en el proceso de la niña y por lo mismo ningún derecho fundamental le han negado." Según la sentencia, una adecuada interpretación de la demanda y de las pruebas recopiladas muestra que el conflicto surge porque "el Seguro Social se niega a practicar la intervención hasta tanto no tenga autorización de algún organismo judicial", y por medio de la tutela, la madre pretende obtener ese permiso judicial. El fallo precisa entonces que los jueces carecen de competencia para proferir ese tipo de autorizaciones, no obstante lo cual considera necesario efectuar "un breve análisis a fin de concluir si la madre puede dar tal autorización o si el Seguro Social puede practicar la cirugía sin ella."

A partir de lo anterior, y teniendo como base la sentencia T-477 de 1995 de la Corte Constitucional, el fallo de tutela concluye que, conforme a esa jurisprudencia, la madre no puede autorizar la operación, pues sólo la propia persona puede tomar esa determinación. Según el tribunal, si bien el caso decidido por la Corte no era idéntico, pues se refería a una "reasignación de sexo como consecuencia de una mutilación del pene en un infante", lo cierto es que los asuntos son prácticamente iguales ya que los médicos intentan "corregir los defectos de una criatura hermafrodita, lo que equivale a decir que sin su consentimiento y su voluntad se va asignar el 'sexo femenino' a un infante que genéticamente es del sexo masculino". Además, resalta la sentencia, la ambigüedad de la infante NN es evidente pues "en algunos aspectos se comporta como hombre y en otros como mujer". El tribunal concluye entonces que no "puede perderse de vista que cada

quien es libre de escoger su afinidad sexual como un hecho inherente al propio desarrollo de su personalidad y, se desconoce de momento, cuál será la vocación sexual que tenga la criatura a la que se refieren estas diligencias". Con base en tales razones, el tribunal negó la tutela.

6- Dos de las magistradas aclaran el voto pues si bien coinciden con la sentencia en que la tutela no puede prosperar, consideran que en el trámite de la acción se debió citar al Instituto de Seguros Sociales ya que esa entidad, y no la Defensoría del Pueblo ni el Bienestar Familiar, es la que "por razones muy respetables se ha negado a llevar a cabo el procedimiento quirúrgico." Según su criterio, la tutela "no se encuentra enmarcada dentro de las rígidas formas de un proceso" ya que debe ser "un mecanismo efectivo de que dispone el ciudadano del común, para la protección de sus derechos fundamentales". Por ello, no tiene sentido que se exija a un lego en derecho identificar con toda precisión jurídica al agente que eventualmente está afectando un derecho fundamental, por lo cual, según el parecer de las magistradas, el juez de tutela debe "orientar la acción en contra del presunto vulnerador para obtener la protección", de acuerdo con los hechos narrados en la demanda.

7- La anterior decisión no fue impugnada y el fallo fue remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión. El expediente fue entonces seleccionado y repartido por la Sala de Revisión Cinco, por medio de auto del 21 de mayo de 1997.

c) Saneamiento de una nulidad.

8- La Sala Séptima de Revisión, a quien correspondió el examen del presente expediente, constató que la solicitud se dirigió contra el ICBF y la Defensoría del Pueblo, sin que exista en el expediente el menor indicio de que tales instituciones hayan tenido que ver con la presunta violación a los derechos fundamentales de la menor. En efecto, de la relación de los hechos se colige fácilmente que la acción debería estar dirigida contra el I.S.S. y el médico tratante de la menor, puesto que, en caso de prosperar la tutela, la orden judicial debería dirigirse contra esas personas, como bien lo señala la aclaración de voto del fallo de instancia. La Corte concluyó entonces que se había incurrido en una nulidad, la cual es saneable, si los afectados se allanan y permiten la continuación del trámite, tal y como lo ha establecido esta Corporación, dando aplicación en este punto al artículo 144 del Código de Procedimiento Civil. Por tal razón, la Sala Séptima de Revisión, por medio de auto del 17 de Julio de 1997, ordenó que se informara al I.S.S. y al médico tratante de la existencia de la presente tutela, señalándoles que tenían un término de tres días para alegar la nulidad, pero que de no hacerlo, se entendería que ésta queda saneada. Luego de la correspondiente notificación, el médico tratante no alegó la nulidad y el Seguro Social, de manera expresa, solicitó la prosecución del trámite con el fin de que se pueda definir la procedencia jurídica o no de las intervenciones médicas solicitadas por la madre. La nulidad quedó entonces saneada, por lo cual la Corte continuó el procedimiento para resolver el fondo del asunto.

d) Pruebas adelantadas por la Sala de Revisión Séptima de la Corte Constitucional.

9- Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, un aspecto esencial que debe ser tomado en cuenta para determinar si los padres y tutores pueden o no autorizar una intervención médica a un menor, es la urgencia y necesidad del referido tratamiento. Ahora bien, este aspecto sólo puede ser determinado con base en conceptos técnicos, científicos y médicos, por lo cual, la Sala Séptima de Revisión consideró indispensable decretar pruebas a fin de reunir los elementos de juicio necesarios para proferir el fallo definitivo. Así, por medio de auto del 18 de septiembre de 1997 se formuló

un cuestionario científico dirigido al médico tratante, a la Academia Nacional de Medicina y a las facultades de medicina de las universidades Nacional, del Rosario y de la Javeriana. Por medio de este cuestionario, la Sala buscaba precisar la naturaleza y frecuencia de los casos de hermafroditismo, el tratamiento médico que se considera adecuado para estos eventos, la urgencia y la necesidad del mismo, así como la edad óptima cuando debe ser practicado a una persona. Finalmente, también la Corte indagó acerca de si existían seguimientos y estudios sobre los resultados benéficos o perjudiciales derivados de ese tipo de tratamientos.

10- La Corte recibió detallados conceptos de esas entidades así como del médico tratante. Como la mayoría de estas respuestas coinciden en casi todos los puntos, la Corte no presentará el contenido de cada una de ellas, sino que efectuará una síntesis de los aspectos más relevantes para la decisión que será tomada en el presente caso.

10.1- Las respuestas coinciden en que para comprender el hermafroditismo o la ambigüedad sexual, que algunos consideran que se debe denominar más exactamente "ambigüedad genital", es necesario tener en cuenta que la sexualidad es un fenómeno complejo. Así, uno de los conceptos destaca que "en medicina se consideran varias clases de sexo", a saber, el sexo cromosómico o genotipo, que es "dado por los cromosomas sexuales: 46 XY para el varón y 46 XX para la mujer", el fenotípico, que es "dado por el aspecto de los genitales externos", el gonadal que es el "dado por el tipo de las gónadas: Testículos u Ovario", el legal, que es el que "aparece en los Registros Notariales con el respectivo nombre o identificación", el de crianza, que es el que "inducen los Padres y el entorno Familiar y Social", y el psicológico, que es "el que se adquiere en función de todo lo anterior o bajo el influjo de algunas condiciones genéticas, anatómicas o sociales." Por su parte, la Academia Nacional de Medicina, señala que el sexo de un individuo "puede ser descrito en seis características: genético, gonadal, endocrinológico, anatómico, psicológico y social". Esto lleva a que algunos de los conceptos distinguan entre la identidad sexual y la identidad de género. Así, la primera hace referencia a "las características biológicas sexuales de una persona que incluyen cromosomas (XX mujer o XY hombre), genitales externos (pene o vagina), genitales internos." En cambio, la identidad de género tendría un componente más psicosocial, pues se relaciona "con el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad".

A partir de lo anterior, los conceptos médicos presentados definen la ambigüedad sexual o intersexualidad como "trastornos de la diferenciación y el desarrollo sexual" que se traducen en "alteraciones en los procesos biológicos". Por ende, un embrión humano con sexo genético XY no presenta los genitales externos e internos del sexo masculino, mientras que el embrión humano con sexo genético XX no presenta genitales externos e internos femeninos. En otros términos, la intersexualidad surge cuando se presentan simultáneamente "estructuras anatómicas genitales masculina y femenina en un mismo sujeto", y en especial en aquellos casos en donde se presentan "diferentes tipos de defectos que se manifiestan a nivel de los genitales externos, en particular, cuando no se puede establecer desde el punto de vista clínico a que sexo pertenece el niño recién nacido."

10.2-. En general, estos casos se suelen clasificar en tres grandes grupos, a saber, el "hermafroditismo verdadero", que se presenta en individuos "con ambos tipos de gónadas, es decir con testículos y ovarios al mismo tiempo". En estos eventos los cromosomas suelen ser masculinos (46, XY) o femeninos (46, XX), aunque existe un grupo de baja frecuencia que puede mostrar anomalías de los cromosomas sexuales, pero que tiene en todo caso ambos tipos de gónadas. Por su parte, el "seudohermafroditismo femenino" tiene lugar cuando individuo posee cariotipo femenino (46, XX) y gónadas femeninas (ovario) pero "ha sufrido algún grado de virilización antes del nacimiento,

es decir una hembra virilizada". En cambio, el "seudohermafroditismo masculino" hace referencia a un individuo que presenta gónadas masculinas (testículos) y tiene "un cariotipo masculino normal 46, XY la mayoría de las veces, o con alguna alteración en los cromosomas sexuales (X o Y), no se ha virilizado normalmente. Es decir un macho mal virilizado."

10.2- Varios conceptos coinciden en señalar que las causas de la ambigüedad sexual son diversas y complejas, como complejo es el proceso de desarrollo y diferenciación sexual de los seres humanos. Así lo explica uno de los profesores:

"Todo embrión, sea cuál fuere el sexo, posee al principio una gónada indiferenciada, es decir, que no es ni ovario ni testículo. Está provisto a la vez de conductos de Wolff, de los que se derivan los órganos genitales masculinos y de conductos de Muller que dan origen a los órganos genitales internos femeninos. La diferenciación sexual del individuo hacia un sexo o el otro es un fenómeno gradual y dependiente de varios factores que empieza con la unión del óvulo y el espermatozoide y sigue hasta el completo desarrollo sexual del individuo.

En el momento de la concepción se determina el sexo cromosómico XX en el caso de la mujer y XY en el caso del hombre. Este factor cromosómico es responsable de la diferenciación de la gónada primitiva neutra en una gónada definida (testículo u ovario), o como en el caso del hermafroditismo de un ovotestis. A su vez las hormonas producidas por las gónadas determinan la diferencia de los genitales externos a partir de un precursor común llamado tubérculo genital. En el individuo normal, los sexos genético, gónadal, somático (genitales externos) y psicológico son armónicos".

En tales circunstancias, como lo señala otro de los conceptos, "los genitales internos y externos de un embrión, tienen la potencialidad simultánea de desarrollar genitales masculinos o femeninos y que este desarrollo va a depender de dos pasos previos, el establecimiento del sexo genético y el establecimiento del sexo gonadal. Las alteraciones en estos procesos son las causantes de los trastornos del desarrollo y la diferenciación sexual y causan genitales ambiguos". Por ende, los factores que producen una ambigüedad sexual se relacionan tanto con "los cromosomas, como con influencias hormonales intrínsecas o extrínsecas en el embrión o el feto y trastornos estructurales". Así, el ejemplo más claro de seudohermafroditismo masculino es el llamado "testículo feminizante", que se conoce académicamente "como SINDROME DE INSENSIBILIDAD ANDROGENICA" que se presenta en individuos que tienen "un cariotipo masculino (46 XY) con testículos normalmente diferenciados y funcionantes", pero que, debido a una falta de respuesta adecuada de "los tejidos a la acción de la testosterona durante la gestación se forman genitales externos femeninos como en una niña normal pero sin genitales internos (útero y ovario)". Igualmente, uno de los casos más usuales de seudohermafroditismo femenino es la hiperplasia adrenal congénita, por déficit de la enzima 21 hidroxilasa, la cual hace que personas con constitución cromosómica femenina (XX) se vean sometidas a hormonas masculinas en el útero, por lo cual "presentan genitales externos que pueden ir desde un alargamiento del clitoris y fusión de los labios e hirsutismo hasta genitales que semejan un escroto normal, testículo y pene pero que presentan vagina y útero". En otros eventos, las causas pueden estar ligadas a otras alteraciones genéticas, por cuanto las personas no tienen una constitución cromosómica masculina

o femenina, como en los llamado síndromes de Turner o Klinefelter, en donde el cariotipo es XO y XXY respectivamente.

10.3- Varios conceptos coinciden en indicar que la ambigüedad sexual no es frecuente, aunque no existe un pleno acuerdo sobre la magnitud cuantitativa del fenómeno. Así, según una respuesta, el caso más frecuente es el pseudohermafroditismo femenino por problemas de hiperplasia suprarrenal congénita, el cual "se cree que pueda tener en nuestro medio una frecuencia de 1 por cada 7.000 a 10.000 nacimientos". Otro concepto considera que si se suman todos los trastornos de diferenciación sexual, una cifra cercana a la realidad es de un caso por cada mil o dos mil personas, lo cual significa que puede haber en Colombia "15.000 a 37.000 personas con trastornos de este tipo". Por su parte, la Academia Nacional de Medicina señala que la frecuencia de estos casos "varía según su etiología, pero se puede estimar que está entre 1 por 2.500 y uno por 20.000 nacidos vivos".

10.4- Los conceptos coinciden en caracterizar la ambigüedad sexual como un trastorno grave pues consideran que la persona sufriría serias consecuencias psicológicas si no se corrige a tiempo la ambigüedad de sus genitales. Así, algunos conceptos se refieren a los muy graves problemas sicosociales o a las consecuencias calamitosas que desde el punto de vista psicológico sufre una persona a la que no le haya sido diagnosticada y tratada correctamente su ambigüedad genital. Por ello, y con el fin de mejorar su calidad de vida, se consideran necesarias intervenciones quirúrgicas y hormonales, acompañadas de apoyos psicológicos, a fin de asignar un sexo definido masculino o femenino a la persona que sufre de intersexualidad. Además, estos casos son caracterizados como una urgencia médica, ya que deben ser tratados rápidamente, con el fin de facilitar una exitosa identificación con el sexo asignado. Así, según uno de los conceptos:

"La asignación de sexo debe hacerse lo más tempranamente posible, ojalá en la primera semana o a más tardar el primer mes y los tratamientos quirúrgicos y endocrinológicos deben hacerse antes de los tres años de edad porque la identidad de género se encuentra configurada a esta edad. Después de esta edad es prácticamente imposible modificarla, o si se hace, se pueden producir trastornos emocionales de difícil manejo. Además para que las conductas de los padres sean consistentes para la construcción del sexo de crianza y se evite en ellos la confusión que origina también complicaciones emocionales.

El nacimiento de un niño con ambigüedad sexual es considerado por la mayoría de los especialistas médicos en el tema como una emergencia médica. Esto con el objeto de asignar un nombre y un sexo adecuado, poder hacer los cambios y ajustes que sean necesarios y poder aliviar los problemas psicológicos a los padres y al niño".

10.5- Según los conceptos, en ciertos casos, fuera de los anteriores problemas psicológicos, existen también otras razones médicas que justifican intervenciones urgentes en los casos de intersexualidad. Por ejemplo, la hiperplasia suprarrenal congénita es "causada por un defecto enzimático que origina grandes pérdidas de sal en la recién nacida y muchas veces ella muere deshidratada pocos días después de nacer", por lo cual debe haber una pronta atención del problema. Igualmente, en otros casos, las personas con ambigüedad sexual pueden tener graves dificultades urinarias, como sucede en las hipospadias severas, o pueden presentar mayores probabilidades de que las gónadas se malignicen, todo lo cual justificaría, por estrictas razones fisiológicas, la readecuación de los

genitales o la extirpación de las gónadas.

10-6.- Varios conceptos insisten en que la decisión de la asignación de sexo es compleja, por lo cual no debe ser tomada por un médico individual sino por "un equipo multidisciplinario integrado por pediatra, urólogo, endocrinólogo pediatra, genetista, ginecólogo y psiquiatra". Además, según esas respuestas, múltiples aspectos deben ser valorados, entre los cuales se incluyen la constitución cromosómica, el sexo gonadal, las posibilidades quirúrgicas reales de reconstrucción y de funcionamiento sexual futuro de la persona, los riesgos de malignidad de las estructuras, e incluso los deseos de los padres. Con estos elementos, añaden tales conceptos, "se debe plantear a la familia de manera clara, sencilla y directa el tipo de trastorno que tiene el recién nacido, sus implicaciones, los tratamientos que se le pueden ofrecer y los resultados que se pueden esperar al cabo de los mismos. La meta fundamental es determinar la asignación sexual que le permita la más adecuada adaptación a lo largo de la vida.". De esa manera, una vez tomada "la decisión conjunta acerca de cual es la mejor asignación sexual, se deben realizar los procedimientos quirúrgicos que permitan una reconstrucción de la apariencia de los genitales externos, corrección de otros defectos que puedan presentarse, concomitantemente y de acuerdo con la valoración endocrinológica, se debe hacer terapia de reemplazo hormonal en los casos que así lo ameriten." Esto significa, según estos conceptos, que no existen fórmulas genéricas pues cada caso es único, y debe ser estudiado en forma individualizada por el mencionado equipo interdisciplinario.

10.7- Los conceptos consideran que la urgencia del tratamiento y los elementos a ser tomados en cuenta no son los mismos cuando la ambigüedad sexual se diagnostica en un recién nacido, que cuando ésta se descubre varios años después, en la infancia tardía, en la pubertad, o incluso en la edad adulta. En efecto, en este segundo caso, la urgencia es menor, aun cuando se recomienda que de todos modos, de ser posible, el tratamiento se haga antes de la pubertad, con el fin de facilitar la identificación sexual en este proceso de la vida. Además, en estos eventos, se considera que se debe tomar en consideración, en lo posible, la propia voluntad del paciente y, en todos los casos, el sexo de crianza y el comportamiento deben ser criterios centrales en la decisión, pues la persona ya puede haber realizado una fuerte identificación con el género que los padres le asignaron y con el cual ha sido educada. Así, en el presente caso, una de las razones principales por las cuales el médico tratante aconseja que se debe asignar sexo femenino a la menor, a pesar de tener sexo gonadal y cromosómico masculino, es que esa persona ha sido educada como niña, de suerte que responde claramente a su nombre de mujer "y está identificada con el sexo femenino, vestimenta de mujer, familiar y socialmente asume el papel del género femenino".

10.8- Finalmente, ninguno de los conceptos presenta estudios empíricos concluyentes sobre los beneficios de los tratamientos propuestos en relación con sus eventuales riesgos, aun cuando en forma genérica mencionan que existen experiencias y literatura internacionales que dan sustento teórico y empírico a estas recomendaciones médicas. La razón de la ausencia de tales estudios, según los conceptos, es la relativa poca ocurrencia de casos de ambigüedad sexual, así como la diversidad de causas que la originan, todo lo cual dificulta la realización de estudios empíricos concluyentes sobre el tema.

11- En el mismo auto del 18 de septiembre de 1997, y teniendo en cuenta la complejidad científica del tema, la Sala efectuó una investigación sobre el estado de la cuestión de la intersexualidad, a nivel médico y jurídico, tanto en el campo nacional como internacional, para lo cual consultó la bibliografía y realizó varias entrevistas personales. Luego de estudiar bibliografía especializada y consultar aspectos relevantes con especialistas nacionales e internacionales en el tema, se rindió un informe que contó con el aporte de numerosos documentos científicos que se consideraron ilustrativos, los cuales

fueron incorporados al expediente. Entre tales documentos cabe destacar informes sobre los tratamientos médicos adelantados en Estados Unidos y Alemania, gracias a la información suministrada por el doctor Heino Meyer -Bahlburg, profesor de psicología clínica del programa de desarrollo sicoendocrinológico de la Universidad de Columbia de los Estados Unidos, así como del doctor Firedeemann Pfaffin de la Universidad de Ulm en Alemania. Igualmente, se incorporaron documentos obtenidos por vía Internet de una asociación llamada ISNA (Intersex Society of North America), la cual agrupa en Norteamérica a decenas de intersexuales o personas con ambigüedad sexual, que fueron objeto de los tratamientos recomendados por la comunidad científica.

12- El informe de Sala resalta que luego de definir la ambigüedad sexual, existe un cierto consenso en la comunidad médica en caracterizar estos estados intersexuales como un trastorno o enfermedad, que constituye una verdadera urgencia, pues socialmente existe un imperativo dirigido a que la persona, desde los primeros días de vida, tenga un sexo definido de hombre o mujer, pues de no ser así, tendría una vida psicológicamente traumática. Por ello se recomienda una asignación de sexo, con un tratamiento hormonal y quirúrgico para readecuar la apariencia de los genitales, los cuales deben adelantarse lo más temprano posible a fin de que el menor pueda identificarse adecuadamente con el sexo asignado. El profesor Heino Meyer -Bahlburg lo explica así:

"La práctica general en los Estados Unidos es asignar género en todos los casos de intersexualidad, hermafroditismo o ambigüedad genital lo más tempranamente posible después del nacimiento (...) La decisión sobre asignación de género es usualmente hecha por los médicos, con el consentimiento informado de los padres. No se requiere aprobación judicial pero se llena un certificado legal que registra las asignaciones de género.

La corrección quirúrgica de los genitales externos requiere permiso de los padres y se adelanta lo más temprano posible, preferiblemente en los primeros días después del nacimiento, a fin de armonizar la apariencia genital con el sexo asignado. La corrección de los genitales internos es efectuada en general en la adolescencia.

La política de efectuar estas operaciones de readecuación de los genitales externos tan pronto como sea posible en la infancia se basa en la experiencia clínica (documentada en muy pocas publicaciones), según la cual la persistencia de la ambigüedad genital incrementa la posibilidad de una crianza con ambigüedad de género por los padres y una posterior reasignación de sexo por el propio paciente, en la adolescencia o en la edad adulta."

El informe también destaca que en la decisión concreta de asignación de sexo por los médicos se toman en cuenta muchos factores, pero habría que distinguir dos situaciones diversas: los casos de los menores de pocos meses y aquellos de personas que son tratadas cuando tienen varios años. En el primer evento, el elemento determinante tiende a ser la posible funcionalidad de los genitales, desde el punto de vista reproductivo y sexual, mientras que en el segundo caso juega un papel muy importante también el género que le ha sido ya asignado por los padres a nivel social, pues éste podría ya haber generado una importante identificación de parte del menor.

Según el informe, los criterios anteriores son dominantes en la comunidad científica. Sin embargo, en los últimos años tiende a existir una creciente crítica a esas intervenciones médicas, las cuales se centran en tres puntos.

De un lado, se objeta que en numerosos casos no hay criterios médicos

claros para asignar sexo, por lo cual en el fondo todo se reduce al tamaño mismo del pene o del clítoris, órganos que se originan a partir de una misma estructura anatómica originaria. Eso explica que a veces se presenten fuertes divergencias sobre cuál es el sexo idóneo para una persona en los propios comités interdisciplinarios encargados de decidir estos asuntos, por lo cual incluso ha habido casos en los cuales la decisión se ha tomado por votación entre los distintos especialistas. Es más, según el informe, la propia literatura médica reconoce que las decisiones sobre estos aspectos son muy empíricas y con un sustento científico relativamente débil.

De otro lado, se critica la falta de consentimiento informado en estos casos, no sólo porque la decisión es tomada sobre infantes de pocos meses, o incluso de pocos días, sino también porque la información que es dada a los padres es insuficiente, y a veces hasta engañosa. Según estos críticos, que encuentran en asociaciones como ISNA sus voceros más vigorosos, a los padres simplemente se les dice que el infante tiene un problema de desarrollo sexual, que será corregido mediante una cirugía y un tratamiento hormonal, que es necesario, pues de no hacerse, la persona sufrirá graves trastornos en su vida. Además se recomienda que el menor no conozca su real estado a fin de no dificultar su proceso de identificación. Sin embargo, señalan los críticos, no hay ningún estudio que justifique esas conclusiones, lo cual se articula con la tercera gran objeción que se relaciona con la necesidad misma de esos tratamientos.

Según esta discrepancia, no es clara la urgencia ni la necesidad de los tratamientos en los casos de ambigüedad sexual ya que no existen estudios nacionales ni internacionales que muestren que aquellas personas a quienes se les han aplicado tales procedimientos se encuentran en mejor estado psicológico, físico y sexual, que aquellas personas con ambigüedad genital que no han sido objeto de tales intervenciones. No existiría pues ningún sustento teórico ni empírico que justifique la necesidad de los tratamientos médicos, a pesar de que han sido practicados durante varias décadas. Así, como ya vimos, ISNA (Intersex Society of North America) es una asociación en Norteamérica que agrupa a decenas de intersexuales o personas con ambigüedad sexual, que fueron objeto de los procedimientos hormonales y quirúrgicos recomendados por la comunidad médica. Esas personas son muy críticas de esas intervenciones médicas, pues consideran que, sin su consentimiento, les fue realizada una cirugía que tenía un simple carácter "cosmético", pues se trataba de adaptar la apariencia de sus genitales a los patrones sociales dominantes. Además, como tales tratamientos afectaron las posibilidades mismas de obtener satisfacción sexual, estas personas consideran que fueron sexualmente mutiladas. Por ello concluyen que, salvo que existan necesidades fisiológicas que las justifiquen, esas intervenciones quirúrgicas y hormonales debían ser postergadas hasta que el afectado pueda comprender sus riesgos y beneficios, esto es, al menos hasta el inicio de la pubertad, a fin de que en tal momento la persona pueda decidir si acepta o no los tratamientos médicos. Durante tal período, según ISNA, las personas y su familias deberían recibir ante todo apoyo psicoterapéutico para comprender su situación particular.

Por su parte, la comunidad médica cuestiona las objeciones de ISNA, por cuanto consideran que éstas se basan en técnicas quirúrgicas que ya no se utilizan. Así, según el profesor Meyer -Bahlburg, los pocos pacientes que él ha conocido que plantean esas críticas han sido objeto de amputaciones del clítoris (clitoroctomías), que ocasionaban una disminución de su sensibilidad sexual y de su capacidad orgásmica. Sin embargo, precisa el profesor, en la actualidad la clitoroctomía ha sido reemplazada por operaciones de reducción del clítoris, "que parecen tener menos efectos colaterales dañinos". Además, según su parecer, existe un importante número de reportes de casos individuales y la ausencia de seguimientos en larga escala es explicable, por la poca frecuencia de los estados intersexuales, la gran variedad de síndromes y los

problemas éticos que suscita adelantar estudios con grupos de control en este campo.

El informe culmina entonces señalando que parece existir una controversia creciente sobre la legitimidad, urgencia y conveniencia de las intervenciones quirúrgicas y hormonales sobre los menores que presentan estados intersexuales.

13- Recibidas las anteriores pruebas, la Sala consideró que subsistían importantes dudas e inquietudes, así como informaciones encontradas en relación con la necesidad del tratamiento médico en el presente caso, por lo cual, el 16 de octubre de 1997, dictó un auto de mejor proveer, a fin de completar el material probatorio necesario para la decisión. En particular la Sala estaba interesada en que las entidades que habían respondido el cuestionario justificaran los tratamientos en los casos de ambigüedad sexual porque, según la documentación recibida e incorporada al presente expediente, al parecer no existen estudios nacionales ni internacionales que muestren convincentemente su necesidad. Además, la Sala consideró importante poner en conocimiento de estos académicos las críticas que ISNA ha formulado a los procedimientos que usualmente se aplican a las personas con ambigüedad sexual, con el fin de determinar si la comunidad médica tenía evidencias teóricas y científicas suficientes para refutar las objeciones planteadas por los miembros de esa asociación de intersexuales.

14- Algunos de los profesionales se abstuvieron de responder el nuevo cuestionario de la Corte pues indicaron que en el anterior informe habían "ofrecido el conocimiento que tienen acerca del tema y no cuentan con información adicional". Otros profesionales, si bien contestaron las nuevas preguntas de la Corte, se mostraron molestos con los cuestionamientos planteados por esta Corporación, por cuanto consideraron que se les estaba involucrando en un proceso jurídico al cual no estaban formalmente vinculados.

La Corte entiende que, tal vez debido al desconocimiento de la función de los expertos en los procesos constitucionales, algunos académicos hayan podido sentirse preocupados por los cuestionamientos que les formula este tribunal. Sin embargo, la Corte en manera alguna pretende vincularlos subrepticamente, como acusados, en un proceso judicial, cuando les solicitó que sustentaran ciertas afirmaciones que habían hecho como expertos en la materia, por cuanto tales aseveraciones habían sido puestas en entredicho, por otras pruebas reunidas en el expediente. Por medio de esas preguntas, esta Corporación simplemente pretende mejorar la comunicación entre el derecho, la ciencia y la academia, a fin de lograr la mejor decisión judicial posible en un caso que es susceptible de afectar profundamente la vida y a la salud de un menor. En tales circunstancias ¿qué peligro profesional puede representar entonces una controversia, incluso en sede judicial, sobre los riesgos y beneficios de determinados tratamientos? Según la Corte, de tales discusiones no pueden resultar sino beneficios, pues la comunidad médica tiene la posibilidad de presentar mejor sus argumentos, mientras que el juez constitucional alcanza un mejor entendimiento de estos complejos asuntos.

15- A pesar de las anteriores reticencias de algunos profesionales, en general esta Corporación recibió detalladas respuestas a sus interrogantes.

15-1 Algunos conceptos defendieron la urgencia y necesidad de los tratamientos y cuestionaron las objeciones de entidades como ISNA. Según su criterio, no hay ninguna garantía de que esa asociación sea verdaderamente representativa de la población con genitales ambiguos corregidos quirúrgicamente. Además, no se sabe hace cuanto tiempo fueron intervenidas, pues no debe olvidarse que las técnicas quirúrgicas han evolucionado radicalmente, por lo cual puede ser que esa entidad represente "una población seleccionada de resultados quirúrgicos inadecuados y/o de un mal manejo integral, incluyendo el apoyo psicológico brindado, y que eso los haya inducido a descargar sus frustraciones en los procedimientos quirúrgicos recibidos". Por ello estos conceptos

consideran que lo más conveniente y recomendado por la literatura científica sobre el tema es realizar, lo más tempranamente posible y con base en decisiones tomadas por grupos interdisciplinarios, las distintas intervenciones médicas, incluida la cirugía, pues "si el estudio y tratamiento se llevan a cabo antes de los dos años, las secuelas psicológicas son menores". Por el contrario, aplazar la decisión hasta la pubertad puede tener consecuencias psicológicas graves sobre las personas, y no tiene ningún fundamento ético, pues no es justo que se condene a las personas con ambigüedad genital a ser diferentes "con el débil argumento que al llegar a la mayoría de edad ellas pueden decidir qué cirugía desean, y mientras esto sucede, basar su terapia en un psicoterapeuta que las trate de vencer" de que a pesar tener genitales ambiguos, "eso no las debe afectar en su psiquis". Por ello estos conceptos, apoyándose en la bibliografía médica, concluyen al respecto:

"Toda la literatura médica especializada en el tema apoya el manejo temprano, con carácter de urgencia, de las malformaciones de los genitales externos. La corrección quirúrgica debe hacerse igualmente en los primeros meses de la etapa postnatal antes de que el niño adquiera conciencia de su cuerpo, para minimizar el riesgo de sentirse 'diferente' a sus compañeros de colegio y evitar lesiones de tipo psicológico. Perdóneme que insista, pero no es justo que un niño asignado al sexo masculino deba esconderse para orinar hasta cuando llega a la pubertad para que pueda tomar la decisión de ser operado; o lo contrario, en el caso de las niñas. Está demostrado en muchas publicaciones que cuanto más temprano se realicen las cirugías pertinentes, mejor adaptación psicosexual presentarán estos individuos."

15.2- Otras respuestas también defienden la intervención quirúrgica y hormonal en edades tempranas pero introducen algunas precisiones sobre el tema.

Así, el profesor Carlos Martín Restrepo Fernández de la Universidad del Rosario cuestiona la idea de que no existen estudios internacionales que muestren los beneficios de los tratamientos pues, según su criterio, la bibliografía médica es muy amplia en la materia. Para probar lo anterior, el profesor anexa a su concepto resúmenes de decenas de artículos recientes sobre el tema, que obtuvo por vía Internet, los cuáles fueron incorporados al expediente, y serán tenidos en cuenta, en lo pertinente, en el análisis jurídico del caso. Sin embargo, el profesor aceptó que algunas de las críticas de ISNA son válidas, pero que debe tenerse en cuenta que tal vez éstas se encuentran referidas a tratamientos realizados hace varias décadas, cuando no sólo las técnicas quirúrgicas estaban menos desarrolladas sino que, además, no se suministraba una adecuada información a los padres y tutores de los menores sobre las limitaciones y riesgos de estas operaciones. Según su criterio, la solución no consiste entonces en la automática postergación de los tratamientos quirúrgicos y hormonales hasta la pubertad, ya que no sólo en muchos casos hay graves riesgos e incomodidades fisiológicas sino que, además, habría una gran discriminación, con graves cargas emotivas sobre los menores con genitales ambiguos. Por ello, concluye el concepto, la enseñanza que surge de esta experiencia es reconocer que cada caso debe ser tratado individualmente por medio de equipos interdisciplinarios y con la activa participación de los tutores del menor, quienes deben ser informados de "manera educacional y no directiva" sobre los riesgos y beneficios de las intervenciones, haciendo énfasis en las limitaciones de la cirugía, que no es "un tratamiento milagroso que devolverá una estructura a

la normalidad", aspecto que "no siempre explican convenientemente los cirujanos a sus pacientes antes del procedimiento", con lo cual las expectativas tienden a ser superiores a la realidad. Finalmente, el concepto señala, que en caso de que no se trate de recién nacidos, por cuanto el diagnóstico se hace en forma tardía, entonces debe contarse con la participación del paciente.

Por su parte, la Academia Nacional de Medicina señala que no es correcto hablar de un cambio quirúrgico de sexo pues sólo pueden cambiarse algunas estructuras. Igualmente el concepto insiste en que siempre deben explicarse a la familia y al paciente "las limitaciones y ventajas del procedimiento que se va a realizar". El concepto distingue entonces dos casos: de un lado, las situaciones de los niños menores de tres años "con estado intersexual congénito o adquirido, enfermedad del pene o amputación accidental", eventos en los cuales la situación debe ser solucionada a la mayor brevedad posible para facilitar la identificación sexual. En cambio, "después de los tres años debe consultarse con la familia y el paciente tiene que determinar el sexo que quiere tener". En todo caso, concluye la Academia, estos problemas sólo puede ser resueltos en una Junta Médica interdisciplinaria, con "los conceptos y autorizaciones de la familia y la decisión del niño o la niña."

15-3 La Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana precisa que si por urgencia se entiende una intervención médica inmediata tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte, entonces debe entenderse que los tratamientos a las personas con ambigüedad sexual no tienen tal carácter. La necesidad de esas intervenciones "depende básicamente de razones de tipo familiar (padres), personales y por último médicas". Finalmente el concepto señala que no cuentan "con evidencias teóricas y científicas para refutar los planteamientos hechos por ISNA".

16- En el mismo auto del 16 de octubre de 1997, y teniendo en cuenta que las intervenciones médicas tendían a justificarse por razones psicológicas y psiquiátricas, la Sala consideró necesario escuchar los criterios de los profesionales de estas áreas, por lo cual envió un cuestionario sobre el tema a la Sociedad Colombiana de Psicología, a la Sociedad Colombiana de Psiquiatría, y a los departamentos de psicología de la Universidad Nacional, de la Universidad de los Andes y de la Universidad Javeriana.

17- Las respuestas de estos profesionales son encontradas, pues algunos cuestionaron los tratamientos médicos tempranos mientras que otros coinciden con los criterios dominantes en la comunidad médica acerca de su urgencia.

17-1 Así, la Directora del departamento de psicología de la Universidad de los Andes defiende las intervenciones quirúrgicas y hormonales tempranas y critica las recomendaciones de ISNA, por cuanto "la identidad sexual se adquiere antes de los tres años", por lo cual considera "que dejar a un individuo sin sexo definido, en los primeros cinco años de vida, genera múltiples dificultades a nivel personal, familiar y social que impedirán el desarrollo de su identidad sexual y afectarán su salud sexual y por tanto psicológica" (folios 291 y ss del expediente). Sin embargo, el profesor Augusto Pérez, de ese mismo departamento de esa universidad, sostiene otro criterio. Así, en su concepto (folios 277 y ss), luego de diferenciar la ambigüedad sexual del transexualismo, este profesional considera que las propuestas de ISNA son "muy sensatas y están fundamentadas en la experiencia vivida directamente por muchas personas que fueron sometidas sin su consentimiento a intervenciones de maquillaje que no toman en consideración al niño, sino las preferencias de los médicos". Por ello considera que esas prácticas médicas son muy discutibles "a la luz de los conocimientos y de los conceptos actuales sobre derechos humanos". A partir de lo anterior, el concepto señala que, salvos los casos de peligros a la salud del menor, "no se deberían llevar a cabo intervenciones quirúrgicas y hormonales antes de la pubertad, pues

los errores que se cometen serán irremediables". Esto no significa, aclara el concepto, que las intervenciones posteriores estén exentas de errores, ni que la espera hasta la pubertad no genere dificultades en el manejo cotidiano del menor, pero al menos "se habrán creado mejores oportunidades para el niño". El concepto concluye entonces que, teniendo en cuenta que las evidencias científicas en favor de cualquiera de las opciones son "inexistentes", pero "que los riesgos de hacer daño son mucho mayores al tomar decisiones tempranas que al esperar, es esta última decisión la que parece más recomendable".

17-2. Por su parte, la respuesta del departamento de psicología de la Universidad Nacional insiste en que la identidad sexual es un fenómeno complejo, en el cual no sólo incide la "dotación biológica" sino también "aspectos simbólicos", como la escogencia de un nombre, el vestuario, el trato diferente, etc, los cuáles juegan a veces el papel decisivo. Por ello, agrega el informe, el sexo socialmente "asignado es tan importante como el biológico en la construcción de la identidad sexual." A partir de lo anterior, el concepto señala que no es posible establecer reglas generales sobre la necesidad de intervenciones quirúrgicas y hormonales para "todos los casos de ambigüedad sexual congénita, ya que los posibles trastornos son innumerables y la decisión sólo se puede tomar caso por caso". Además, según su criterio, esa determinación debe ser producto de un equipo interdisciplinario que incluya no sólo profesionales de la medicina y de la psicología sino también la participación de la familia "ya que la asignación social de género depende, en lo esencial, de la familia como entorno social inmediato del individuo." Y en todo caso debe entenderse que se debe "proporcionar apoyo psicoterapéutico tanto a la familia como al paciente a largo plazo, ya que el tratamiento de ninguna manera se puede dar por terminado con el acto médico o quirúrgico."

17-3. Finalmente, el profesor Ricardo Alvarez Botero, de la Facultad de Psicología de la Universidad Javeriana, remitió un detallado concepto (folios 263 y ss del expediente) en donde evalúa, desde el punto de vista psicológico, los argumentos en favor y en contra de las intervenciones quirúrgicas y hormonales tempranas en niños con ambigüedad sexual, por cuanto considera que existen razones importantes en favor de cada una de las opciones.

Según su criterio, la cultura actual se basa en la idea de que los recién nacidos son niños o niñas, por lo cual los padres desean que este asunto se encuentre claramente definido, incluso antes del nacimiento. Por ello, la llegada de un infante con ambigüedad sexual tiene un impacto "vigoroso y emocionalmente negativo" sobre los padres, "aunque estemos en una sociedad cada vez más cambiante y abierta a la flexibilidad de los roles de género". Por tal razón, "pedir a los padres que pospongan cualquier intervención que defina las cosas no es fácil en nuestro medio". Además, en un contexto machista como el colombiano, agrega el interviniente, "donde la autoestima se tiende a ligar tanto al pene y su tamaño", un niño que tenga un falo pequeño debido a la ambigüedad sexual, será marginado y "necesita muchísimo apoyo para no sufrir". Igualmente los padecimientos de una niña son también grandes ya que al "percibirse tan diferente y rara puede también disparar la depresión, sentimientos de anomalía, inadecuación, tendencia al aislamiento y la introversión, y en algunos casos a la introyección del rechazo social que puede llevar a la ideación suicida".

Estas observaciones adquieren mayor fuerza si se tiene en cuenta la relación que existe "entre autoestima e imagen corporal", según insiste la psicología contemporánea. Así, "son muchos los problemas psicológicos que surgen cuando no puede aceptarse una parte del cuerpo. Es cierto que el rechazo puede ser introyectado por las normas culturales que no dejan de tener una cierta arbitrariedad. Pero también es cierto que sentirse 'raro', diferente, en

una minoría absoluta es muy duro de sobrellevar psicológicamente".

En tales circunstancias, los padres esperan una solución médica del problema, por lo cual las intervenciones quirúrgicas y hormonales tempranas parecen encontrar sustento. Sin embargo, señala el concepto, también existen sólidas razones para cuestionar estas prácticas médicas.

En primer término, éstas se basan en las concepciones psicológicas del investigador John Money, de la Universidad John Hopkins, en Baltimore, "quien teorizó hace varias décadas que la identidad sexual se adquiría durante un período crítico en la infancia temprana". Por ello, "era necesario operar antes de los dos años y hacer el tratamiento hormonal consecuente." De esa manera, la intervención quirúrgica parecía estar justificada. Sin embargo, la evolución posterior no apoya "esta manera de pensar que parece más bien simple". Así, no sólo "lo genético empezó a tomar mayor importancia", sino que, además, muchos casos muestran que "alterando la apariencia externa de un hermafrodita y educándolo en un género social acorde con tal decisión temprana, no resolvía todos los problemas."

De otro lado, estas intervenciones quirúrgicas para asignar un sexo tienen "secuelas psicológicas muy duraderas" no sólo por cuanto pueden afectar la posibilidad de obtener placer sino, además, porque "esta parte del cuerpo tiene una enorme significación relacional, amorosa, erótica, lúdica." Por ello, precisa el concepto, estas operaciones no pueden asimilarse a "suprimir un dedo supernumerario en el pie", tratamiento que no tiene mayor problema emocional. Según el interviniente, es posible que después de una cirugía genital de esa naturaleza "la persona se sienta mutilada y enojada porque no participó en la decisión y porque los criterios para intervenir le fueron externos: los padres y su angustia, el médico y su recomendación, las normas culturales que no tienen por qué ser absolutas". Según su parecer, no es entonces sorprendente "que alguien, al sentirse incapaz de goce sexual, a consecuencia de una cirugía temprana sin opción libre por ella, pueda experimentar una severa frustración, rabia, depresión." En tales condiciones, puede ser más razonable, agrega el concepto, propiciar una "educación de género muy flexible y más bien abierta, a la espera de que con el tiempo, hacia la pubertad, haya más claridad sobre la inclinación y la identidad genérica asumida por el hermafrodita."

El concepto precisa además que esas cirugías, que son en sí mismas "invasivas y complicadas", cuando se realizan en personas demasiado jóvenes pueden ser particularmente traumáticas emocionalmente. Así, desde su perspectiva, el menor puede estar convencido de que sus genitales no tienen ningún problema; sin embargo es sometido a una intervención quirúrgica, con lo cual el infante "puede llegar a la conclusión interna, emocional, de que sus genitales (y en cierta medida él mismo) hacen que los adultos de su familia se sientan mal". Esto puede tener consecuencias muy negativas sobre el menor, sobre todo si se tiene en cuenta que las cirugías no son siempre exitosas "y el maltrato que tiene que sufrir el niño (controles y chequeos constantes, nuevas cirugías correctivas), por años, sin entender bien lo que sucede, es psicológicamente nefasto".

Con base en lo anterior, el interviniente sugiere que en muchos casos, y siempre y cuando "haya muy buena intervención psicológica a los padres, a la familia, y por supuesto a la persona", puede ser lo más recomendable esperar hasta la pubertad, ya que no sólo la cirugía puede ser más exitosa, por cuanto "la anatomía ha mejorado la calidad de los tejidos a intervenir", sino además porque puede obtenerse un consentimiento mejor informado y las consecuencias emocionales pueden ser minimizadas. Sin embargo, precisa el concepto, es necesario aclarar que en nuestro país puede ser irreal plantear el reemplazo de la operación por psicoterapia y la intervención

de equipos especializados ya que no sólo "pocos colombianos tienen acceso a los servicios cualificados y prolongados de la salud mental y la psicoterapia" sino que, además, pocos profesionales se encuentran capacitados para realizar el apoyo especializado que se requiere en este campo.

El interviniente señala finalmente que "no es fácil sugerir una política o una práctica general" porque entran en juego muchas variables médicas y psicológicas, fuera de que "hay una gran variedad de etiologías de tipo médico en los casos de genitales ambiguos". Además, añade el interviniente, este tema tiene importantes "connotaciones culturales y aún políticas." Según su criterio:

"Cuando se cambia el marco o la perspectiva desde la cual miramos los problemas de la ambigüedad sexual o intersexualidad, las cosas se ven diferentes. Allí me parece que los activistas de ISNA tienen razones valiosas. Considerar la humanidad sólo en dos categorías sexuales nos ha hecho olvidar que quizás estamos más bien a lo largo de un continuum. Es cierto que esto es difícil de ver o pensar para muchos. Desde esta perspectiva, que se intervenga quirúrgicamente puede ser interpretado como una mutilación sancionada socialmente que tiene como fin favorecer la apariencia física que desea el entorno social, en contra de la sensibilidad, la funcionalidad y el placer sexual a los que tiene derecho toda persona. Desde la misma perspectiva, el cuerpo médico, con la anuencia de la familia, estaría decidiendo en asuntos de gran trascendencia psicológica sobre individuos a quienes no se les reconoce el derecho a decidir sobre su futuro. Se trata pues, en cierta manera, de un asunto de poder que en muchos casos se ha ejercido contra alguien indefenso (el niño que nace con genitales inusuales) con el fin de adecuarlo a parámetros sexuales cambiables y arbitrarios. La reserva que se usa y la poca información que generalmente se brinda al paciente aún en su juventud respecto a su realidad, fácilmente es percibida por el paciente como una especie de conspiración en la que ya es tarde para hacer en sentido contrario.

El concepto de patología que se tiende a usar en nuestro medio, es también cuestionable desde el anterior marco de referencia. Lo normal/anormal no es necesariamente un asunto binario, sino que puede verse también como un continuum. Desde el esquema tradicional, lo que no sea puramente femenino o masculino sería anormal, patológico. Desde otra perspectiva podríamos decir que una persona cuyos genitales no clasifican claramente en alguna de las dos categorías, sino en algún lugar a lo largo del continuum, puede recibir ayuda médica con el concurso de su voluntad, su consentimiento y sin que le violen sus derechos. Es posible pues, educar hacia una perspectiva más flexible y amplia, donde los "intersexuales" no tengan que ser víctimas de una concepción dicotómica de la realidad. Para algunos vale la pena propugnar por una sociedad en donde pueda haber tolerancia a las diferencias sexuales y donde no se use el poder para suprimirlas. Tal concepción iría mucho más en apoyo de quienes propugnan una moratoria para intervenir quirúrgicamente, hasta cuando haya un consentimiento informado y una ayuda psicológica adecuada."

e) Otra documentación internacional incorporada al expediente.

18- En el mismo auto del dieciséis de octubre de 1997, la Sala Séptima de Revisión también decidió investigar a nivel nacional e internacional, la literatura jurídica, bioética, psicológica y sociológica relevante sobre el tema de la intersexualidad, y los tratamientos médicos a menores. La Sala debía ponerse

en contacto y debía entrevistar las personas que juzgaran pertinentes, y los materiales consultados más relevantes para la decisión debían ser incorporados al expediente.

19- Teniendo en cuenta que la opinión dominante de la comunidad médica sobre la conveniencia y necesidad de esos tratamientos ya había sido ampliamente expuesta y sustentada gracias a los conceptos recibidos hasta el momento por la Corte, quien decidió entonces entrar en contacto, por vía de correo electrónico, de manera preferente con las entidades y profesionales que tenían reservas frente a ese tipo de intervenciones quirúrgicas y hormonales en infantes. La Corte recibió entonces, de parte de esos profesionales y entidades, numerosos artículos y documentos, que hacen parte del expediente, y que serán tomados en consideración en los fundamentos jurídicos de esta sentencia. Con todo, la Corte considera conveniente resumir brevemente los conceptos directamente enviados por estos expertos a esta Corporación.

19-1- Según Cheryl Chase, directora ejecutiva de ISNA, estas operaciones no son necesarias, pues no hay razones médicas ni fisiológicas que las justifiquen. Así, el argumento invocado en el presente caso, según el cual alguien con un pene demasiado pequeño no podrá ser jamás sexualmente funcional, no es válido, pues existen estudios que han demostrado que esas personas pueden llevar vidas satisfactorias como hombres. Según su parecer, la única justificación que se aduce para estas operaciones es entonces "la creencia no demostrada de que puede contribuir al bienestar psicológico" de la persona, la cual es especulativa ya que no existen estudios que la demuestren. Es más, señala Chase, en muchos casos los problemas psicológicos derivan, no tanto de la ambigüedad genital como tal, sino de los propios tratamientos médicos, por su carácter particularmente invasivo.

Estas intervenciones son además, según su concepto, irreversibles y potencialmente destructivas, pues no sólo los daños y cicatrices ocasionados no pueden repararse sino que la persona puede ver gravemente afectada su sensibilidad sexual, todo lo cual explica que muchos de los pacientes consideren que han sido sexualmente mutilados. La interviniente precisa que estos daños han sido constatados incluso en pacientes operados con las técnicas consideradas más avanzadas, por lo cual, según su parecer, el problema no se resuelve con una mejora técnica, como lo sugieren algunos sectores de la comunidad médica.

El concepto agrega, además, que los tratamientos distan de ser exitosos en relación a la identidad sexual, como lo muestra, según su criterio, el fracaso del caso más invocado para defender estas intervenciones médicas: así, un niño fue accidentalmente emasculado en los años sesenta, y supuestamente fue adaptado de manera exitosa para que fuera mujer, luego de la correspondiente cirugía de readecuación de sus genitales. Sin embargo, nuevos seguimientos de este caso han comprobado que hoy en día esa persona vive nuevamente como hombre y se opone a estos tratamientos. Según su parecer, en el caso específico que la Corte Constitucional tiene que resolver, este tipo de riesgos es alto, por cuanto un importante número de personas con esa condición médica tienden a desarrollar una identidad masculina al llegar a la edad adulta.

La directora de ISNA señala además que existen tratamientos alternativos para la intersexualidad, los cuáles excluyen la cirugía y se fundan en el apoyo emocional al menor y a sus padres. Según su criterio, no es tampoco aceptable el argumento según el cual, los niños con ambigüedad sexual van a estar sujetos a una intensa marginación social por sus diferencias físicas, puesto que el papel del Estado debe ser combatir la intolerancia social, en vez de realizar cirugías peligrosas, y sin el consentimiento de la persona, para ocultar una diferencia física, que además "no es visible para los demás en el transcurso de una interacción social normal".

Finalmente, la directora de ISNA considera que los cuestionamientos a

la representatividad de su organización no son válidos, ya que sus conclusiones se basan en las experiencias de centenas de antiguos pacientes que critican abiertamente los tratamientos actuales, mientras que, según sus palabras, la comunidad médica no ha sido capaz de mostrar pacientes que se encuentren verdaderamente satisfechos con esas cirugías.

Por todo lo anterior, el concepto de ISNA considera que la Corte Constitucional no debe permitir esas intervenciones en menores. Según su parecer, el primer principio de la medicina es no dañar ("*Primum, non nocere*"), por lo cual es necesario postergar esas operaciones hasta que la persona tenga la edad suficiente para poder dar un consentimiento informado, ya que esas cirugías genitales no son médicamente necesarias, son irreversibles y potencialmente dañinas. Es más, según su parecer, estas intervenciones violan el Código de Nuremberg, pues equivalen a verdaderas formas de experimentación sobre seres humanos, sin el consentimiento del afectado.

19-2- Alice Dromurat Dreger es una profesora en ética e historia de la Universidad de Michigan, y ha estudiado el fenómeno de la ambigüedad sexual y los problemas éticos que las intervenciones médicas suscitan en este campo. Es autora, entre otros escritos, del libro publicado en 1998 por Harvard University Press "Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex" (Los hermafroditas y la invención médica del sexo). Según su criterio, hoy existe demasiada incertidumbre y controversia médica en relación con los actuales tratamientos a los menores con ambigüedad sexual, por falta de datos concluyentes sobre la utilidad de esos procedimientos médicos, mientras que existe evidencia clara de que éstos pueden en muchos casos ocasionar daños irreversibles. Por ello concluye que es contrario a la ética médica realizar estas intervenciones quirúrgicas genitales sin el consentimiento informado de la persona.

19-3- Justine Schoberg es una pediatra uróloga del "Hamot Medical Center" de Pennsylvania, que es experta en temas de intersexualidad y ha escrito varios artículos sobre el tema. Según su concepto rendido a la Corte, no existen datos concluyentes sobre los beneficios a largo plazo de estas cirugías, las cuáles, en cambio, presentan riesgos de ocasionar un daño profundo físico y psíquico a la persona. Por ello considera que estas intervenciones no se deben realizar en menores que no sean capaces de prestar un consentimiento informado, salvo para prevenir dolor o problemas físicos. Según su parecer, la alternativa es ofrecer apoyo emocional a la familia y al menor, de tal manera que cuando éste tenga la madurez suficiente para comprender los riesgos y beneficios de estas operaciones, pueda escoger libremente si acepta o no los tratamientos.

10-4- Milton Diamond es doctor e investigador de la Universidad de Hawaii y se opone a toda cirugía genital puramente cosmética, cuando no sea posible obtener el consentimiento informado de la persona. Junto con el profesor Keith Sigmundon, y a partir de su experiencia profesional y recomendaciones de otros expertos en el tema, ha propuesto un tratamiento distinto de los problemas de las personas con genitales ambiguos. Según sus sugerencias, al menor se le debe asignar un sexo, que corresponda a aquella identidad de género que más probablemente desarrollará cuando sea adulto. Sin embargo, no se deben realizar cirugías genitales mayores, ni tratamientos hormonales prolongados, salvo si existen razones físicas que obliguen a ello, pues los riesgos de daños irreversibles superan los eventuales beneficios derivados de "normalizar" la apariencia genital de la persona. Estos tratamientos invasivos deben entonces, según su criterio, posponerse hasta que la persona pueda dar ella misma un consentimiento informado. Mientras tanto, estos profesores proponen que el menor y sus familias sean psicológicamente apoyados, y que el paciente sea educado de acuerdo al sexo asignado, de tal manera que durante la pubertad pueda definir conscientemente su identidad sexual y decidir si acepta o no los tratamientos quirúrgicos y hormonales.

10.5. Garry Warne es director del Centro de Investigación Hormonal

del "Royal Children 's Hospital" de Australia y remitió a la Corte un escrito y un artículo reciente, en donde señala que "no es exagerado afirmar que los fundamentos de nuestra manera de pensar sobre los desórdenes intersexuales han sido violentamente sacudidos por avances recientes en la ciencia y en la filosofía". Así, precisa el profesor Warne, no es evidente que las cirugías genitales tempranas sean necesarias pues, al parecer, en algunos países que no practican esas intervenciones, los padres aceptan a sus hijos con genitales ambiguos. Otros estudios han mostrado además que hombres con penes muy pequeños o con genitales ambiguos, y que no fueron operados, han podido, como adultos, desarrollar relaciones sexuales satisfactorias y no han tenido grandes problemas psicológicos o siquiátricos. El profesor Warne insiste entonces en que los tratamientos de la ambigüedad sexual deben basarse en "aquello que es mejor para el paciente, en vez de aquello que es mejor para los padres", por lo cual no debe olvidarse que si bien, por tratarse de niños, la decisión médica es tomada en una "ambiente pediátrico", lo cierto es que muchas de las consecuencias serán vividas en la edad adulta. Por ello, según su parecer, debe existir un debate abierto entre la comunidad médica y grupos de antiguos pacientes, como ISNA o el grupo de apoyo a personas con insensibilidad a los andrógenos (AIS Support Group).

f) Trámite ante la Sala Plena de la Corte Constitucional.

20- Teniendo en cuenta la importancia del asunto, así como la necesidad de sistematizar la doctrina constitucional sobre el problema del consentimiento informado en los tratamientos médicos, y en especial en el caso de los menores, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió conocer directamente del presente caso.

21- La Sala Plena, debido a la complejidad del tema, y con el fin de contar con toda la información científica relevante, decidió poner en conocimiento el caso a la Sociedad Colombiana de Urología, con los documentos científicos más relevantes incorporados al expediente, para que esta entidad interviniera, si lo juzgaba pertinente. Igualmente, y teniendo en cuenta que algunos miembros de la comunidad médica señalaron que el doctor Bernardo Ochoa Arismendy es la primera autoridad científica en Colombia sobre la ambigüedad genital, la Sala Plena decidió solicitar un concepto a este profesional sobre el asunto bajo revisión.

21-1 El doctor Gustavo Malo Rodríguez, en representación de la Sociedad Colombiana de Urología, comienza por analizar algunas especificidades del caso concreto de la menor NN y concluye que lo más probable es que se trate de un pseudohermafroditismo masculino. Sin embargo, según su parecer, convendría realizar unas biopsias gonadales y otras pruebas de laboratorio con el fin de definir si esta condición deriva de una deficiencia parcial de receptores androgénicos o una deficiencia parcial de cinco alfa reductasa, ya que en este último caso, los individuos "asignados al sexo femenino tienen una tendencia mayor de conductas masculinas al llegar a la pubertad". De todos modos, señala el Doctor Malo Rodríguez, el interrogante que surge es si esta persona, al llegar a la pubertad, va a desarrollar una identidad masculina o femenina, pues en el primer caso sería mejor que no se le hiciera cirugía, pero en el segundo, sería desafortunado preservar los testículos de "un ser cuya mente es femenina", ya que estas gónadas van a producir hormonas masculinas "que van a conducir a la presencia de signos de virilización en un individuo que se siente mujer. A ello sumamos el trauma psicológico de poseer unos genitales externos ambiguos cuando su mente es femenina". Por ello, el concepto recomienda unas pruebas psicológicas, con "personal altamente calificado" en el manejo de estos pacientes, a fin de determinar "si existe en ella alguna ambivalencia o si está identificada en el rol femenino". Así, en caso de que exista ambivalencia, la conducta adecuada "sería el no manejo quirúrgico de esta paciente, con el objeto de que tuviese la oportunidad de solicitar reasignación al sexo masculino y contar con la presencia de testículos y de un falo que se podría convertir en pene". Por el contrario,

si la identificación es claramente femenina, el propio paciente podría reclamar en el futuro por no habersele realizado oportunamente la correspondiente cirugía.

Según el interviniente, este análisis específico del caso muestra la complejidad del tema de la ambigüedad sexual y la importancia de que estas situaciones sean manejadas por grupos interdisciplinarios. Sin embargo, según su criterio, hay situaciones que son claras. Así, la mayor parte de los casos de ambigüedad genital son pseudohermafroditismos femeninos producidos por la hiperplasia suprarrenal congénita, la cual provoca una cierta virilización de los órganos genitales de personas genéticamente femeninas y con ovarios. Son entonces "mujeres con genitales externos anómalos", los cuáles pueden ser corregidos por una "cirugía realizada a temprana edad en las manos de un cirujano idóneo". De esa manera, esa niña podría lucir como las demás niñas, oportunidad que, según el Doctor Malo Rodríguez, no le debe ser negada. Según su parecer, las objeciones de ISNA y de otros críticos no son válidas, ya que se basan "en los malos resultados quirúrgicos que se han dado en algunos pacientes".

Finalmente, el Doctor Malo Rodríguez insiste en que la ciencia médica está haciendo progresos en este complejo campo de la intersexualidad, por lo cual su manejo debe dejarse a la propia autorregulación de la comunidad médica, ya que "es un problema de salud y que debe ser resuelto por los profesionales de la salud." Según su parecer:

*"Cuando hablamos de ambigüedad de los genitales externos estamos frente a pacientes con problemas de muy difícil manejo. En la medida que el conocimiento médico avanza, estas situaciones se irán tornando menos complejas. **Poner limitaciones de tipo legal al manejo de un problema médico implica poner limitaciones al progreso de la ciencia. Permítanos que seamos los profesionales del área de la salud los que en un momento dado tomemos las decisiones sobre nuestros pacientes.** Le aseguro que la gran mayoría de los médicos de este país y del mundo pretendemos seguir los principios hipocráticos de nuestra profesión. No estamos experimentando con estos niños, estamos tratando de ofrecerles lo mejor de nuestro conocimiento y lo que creemos que será lo menor para ellos (subrayas no originales)."*

21-2 En el concepto remitido a esta Corporación, el doctor Bernardo Ochoa Arismendy comienza por señalar que el sexo, que no es igual al género, depende de distintos componentes biológicos. Luego presenta el proceso biológico de diferenciación sexual, en términos similares a los descritos por otros expertos, y que ya fueron reseñados en esta sentencia (Ver supra párrafo 10.2). El doctor Ochoa explica entonces que una vez que la persona nace, le es asignado socialmente un sexo, con base en la apariencia de sus genitales externos. Este es el punto de partida de la identificación sexual, que ocurre en los primeros 18 a 24 meses de existencia, y que sirve de base para el posterior desarrollo, más complejo y que dura toda la vida, de la identidad de género. En síntesis, explica el experto, la determinación y diferenciación sexual "hacen parte de un proceso biológico que ocurre antes del nacimiento" mientras que "la identificación sexual e identidad genérica son fenómenos que ocurren después del nacimiento y hacen parte de un proceso psico-social que se acumula longitudinalmente en el curso de la vida. Y entre los dos, a manera de puente de unión, se hace la asignación del sexo masculino o femenino a la criatura

que acaba de nacer, hecho empírico que tiene una importancia trascendental para la vida del ser humano".

Según el concepto, una interferencia en el proceso de diferenciación sexual, "ya sea a nivel de los cromosomas, de las gonadas o de la producción y aprovechamiento de las hormonas, produce en el feto variables biológicas que se expresan en el recién nacido con algún grado de ambigüedad en los órganos genitales externos". Esto tiene consecuencias importantes, pues afecta la asignación de sexo, y por ende dificulta los posteriores procesos de identificación sexual y genérica. El doctor Ochoa ilustra entonces la diversidad de causas y manifestaciones de la ambigüedad sexual, por medio de la presentación detallada de siete casos clínicos, mostrando la complejidad de las decisiones médicas que deben ser tomadas en cada uno de ellos. Con todo, según su concepto, lo más recomendable es siempre asignar al infante, luego de los exámenes de rigor, y dentro del marco de un comité interdisciplinario, un sexo masculino o femenino, lo más rápido posible, preferiblemente dentro del "período crítico de 18 a 24 meses de duración, llamado así precisamente porque durante el mismo la interacción del niño con el medio familiar y social tiene el máximo de intensidad y significado en cuanto a su identidad". Luego, según su criterio, hay que "proceder tempranamente a readecuar quirúrgicamente sus genitales, para que su imagen corporal concuerde con el sexo asignado; y preparar adecuadamente primero el medio familiar y a través de estos el medio social, para que sus actitudes, su comportamiento, sus mensajes, concuerden en un todo con el sexo asignado." En síntesis, según su parecer:

"Las leyes de la naturaleza garantizan la supervivencia del género humano mediante la existencia de dos sexos que se complementan. Hombres y mujeres están dotados física, psíquica y emocionalmente para lograrlo. Para los individuos que nacen o adquieren alguna limitación que les impide cumplir con esta tarea de la naturaleza, el desarrollo científico y tecnológico ofrece cada vez mayores recursos para incorporarlos a la sociedad y evitarles en lo posible cualquier tipo de estigmatización dentro de ella, siguiendo un ordenamiento que puede expresarse así:

1 - El sexo asignado o reasignado a una de estas personas , debe tener el mejor pronóstico posible para: a) la reproducción; b) la actividad sexual; c) la configuración de los genitales externos , en armonía física con su cuerpo; d) el desarrollo de una identidad genérica estable.

2 - La asignación o reasignación debe hacerse tan tempranamente en la vida como sea posible, ojalá en el recién nacido, ya que el período crítico, el de la identificación sexual, ocurre en los primeros 18 meses de la vida.

3 - La decisión tomada por el personal de salud conjuntamente con los padres debe hacerse con la seguridad de que es la mejor posible, eliminando cualquier sentimiento de duda o incertidumbre."

A partir de ese análisis, el doctor Ochoa critica las propuestas alternativas de ISNA o del profesor Milton Diamond, referidas en los numerales anteriores de esta sentencia, ya que considera que "son difíciles si no imposibles de poner en práctica". Según su parecer, la naturaleza ha impuesto dos sexos "que garantizan la supervivencia del género humano", por lo cual, "la presencia de variables biológicas como hermafroditas, pseudohermafroditas, o niños devastados sexualmente por trauma, constituyen hechos excepcionales cuyo manejo no tiene por qué alterar el ordenamiento biológico natural". Las intervenciones médicas deben entonces buscar la

mejor opción posible para la persona, a fin de no condenarla "a la estigmatización social." El concepto concluye entonces señalando:

"En cuanto a la propuesta de no asignarle sexo al niño hasta la pubertad o adolescencia, suena como un contrasentido. Cómo es posible criar, levantar un ser humano a quien no se le llame él o ella ? Cómo nos referiríamos a esta criatura ? Con el pronombre neutro: ello ? Y cómo la vestiríamos para que no se identifique con los varones ni con las niñas? Porque si lo vestimos de niña, de hecho estamos definiendo su identificación sexual. Lo mismo si lo vestimos de varón. Y si hay otros niños en casa, y otros parientes, cercanos o lejanos, cómo se van a relacionar con ello?. O será que lo aislamos de tal manera que no vea ni oiga todos aquellos mensajes audiovisuales con contenido sexual que le llegan al niño durante su crecimiento y desarrollo, como el vestido diferente de hombres y mujeres, como el tono y timbre diferentes de las voces masculinas y femeninas, como el uso de cosméticos y joyas por parte de mamá ? Todo esto sumado al hecho de que todos los niños empiezan tempranamente a reconocer sus propios genitales que va a encontrar deformados o inexistentes cuando se compara con otros niños. Estos acabarían por ser niños terriblemente estigmatizados, maltratados."

22- Con base en el anterior material probatorio, y todos los demás conceptos y documentos recibidos, la Sala Plena de la Corte entró a decidir el presente caso.

1 Todos estos conceptos médicos son referidos por la solicitud y se encuentran además en la historia clínica de la menor, incorporada al presente expediente.

2Ver, entre otras, la sentencia T-206 de 1995. Consideración de la Corte No 5.

3 Ver el concepto del profesor Efraim Bonilla Arciniegas, Coordinador Académico de la Unidad de Cirugía Pediátrica de la Universidad Nacional, folios 178 y ss del expediente.

4 Según concepto del profesor Luis Eduardo Jaramillo González, director del Departamento de Psiquiatría de la Universidad Nacional, folios 309 y ss del expediente.

5 Ver concepto del profesor Carlos Martín Restrepo Fernández, Jefe de la Unidad Genética y Medicina Molecular de la Universidad del Rosario, folios 160 y ss del presente expediente.

6 Según concepto del Profesor Jaime Alvarado, Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana, Folio 306 del expediente.

7Ver el concepto del profesor Alejandro Giraldo de la Universidad Nacional, folios 188 y ss de este expediente

8 Las explicaciones son tomadas del citado informe del profesor Giraldo pero, con muy leves matices, todos los conceptos coinciden en estas caracterizaciones.

9 Ver el citado concepto del Profesor Jaramillo.

10 Ver el citado concepto del profesor Carlos Martín Restrepo de la Universidad del Rosario

11 Ver concepto citado del profesor Efraim Bonilla Arciniegas

- 12 Ver el concepto citado del profesor Jaramillo González
- 13 Ibidem.
- 14 Concepto citado del profesor Giraldo, Folio 189 del expediente.
- 15 Según el concepto citado del profesor Restrepo Fernández.
- 16 Ver los conceptos citados de los profesores Restrepo Fernández, Bonilla Arciniegas y Alvarado Bestene.
- 17 Ver el concepto citado del Profesor Jaramillo González. En el mismo sentido los conceptos de los profesores Restrepo Fernández, Bonilla Arciniega y del médico tratante, cuyo nombre se mantiene bajo reserva, con el fin de proteger la identidad y la intimidad de la peticionaria y de su hija.
- 18 Concepto citado del profesor Restrepo Fernández.
- 19 La descripción de los pasos del tratamiento es tomada del concepto citado del profesor Jaramillo González, pero coincide en lo esencial con las repuestas suministradas por el médico tratante, la Academia Nacional de Medicina y los profesores Restrepo Fernández y Bonilla Arciniegas.
- 20 Ver al respecto los conceptos de Restrepo Fernández, Bonilla Arciniegas y el médico tratante.
- 21 Ver comunicación del profesor Meyer en Anexo No 5 del expediente
- 22 Según carta del decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, tal fue la respuesta del profesor Luis Eduardo Jaramillo, director del departamento de psiquiatría de esa misma universidad. Ver folio 271 del presente expediente.
- 23 Ver respuestas de los profesores Orlando Acosta, Director, y Alejandro Giraldo, Coordinador Genética Médica, del Instituto de Genética Médica de la Universidad Nacional.
- 24 Ver el concepto del profesor Gustavo Malo Rodríguez del Departamento de Cirugía de la Universidad Nacional, folios 173 y ss del presente expediente.
- 25 Ver respuesta del profesor Mauricio Col Barrios, Endocrinólogo Pediatra de la Universidad Nacional, folios 293 y ss del expediente.
- 26 Ver concepto citado del profesor Gustavo Malo Rodríguez
- 27 Ver la respuesta del Profesor Carlos Martín Restrepo al segundo cuestionario de la Corte en el Anexo No 2 del presente expediente.
- 28 Ver el concepto remitido por Roberyo de Zubiría Consuegra, Presidente de la Academia Nacional de Medicina, folios 287 y ss del presente expediente.
- 29 Ver la respuesta dada a este segundo cuestionario de la Corte por el profesor Jaime Alvarado Bestene, Decano Académico de la Universidad Javeriana, folio 194 del expediente.
- 30 Ver el informe remitido por Maria Cristina, directora del departamento de psicología de la Universidad Nacional, de las conclusiones de los profesores de ese departamento. Folios 270 y 396 y ss del presente expediente.
- 31 Ver Anexo 3, documento A, y Anexo 4, folios 1 y ss.
- 32 Ver su concepto, con copia de uno de su artículo sobre problemas éticos en el manejo de la intersexualidad, en Anexo No 5.
- 33 Ver su concepto, con copia de uno de su artículo sobre resultados a largo plazo de estas intervenciones, en Anexo No 3, B.

34 Ver su concepto en anexo 5. Igualmente ver copia de su artículo conjunto con Sigmundson, publicado por Archives of Pediatric and Adolescent Medicine, Vol 151, oct 1997, pp 1047 y ss, y que se encuentra en ese mismo anexo, y en el anexo 3. J-

35 Ver en el anexo 5 del expediente su artículo "Advances and challenges with intersex disorders", publicado en 1998 en Reproduction, Fertility and Development.

"0">

Texts of Colombia Decisions

Case 1 Part II (FUNDAMENTOS
JURIDICOS)