

Desarrollo jurisprudencial de la intersexualidad: consentimiento informado, infancia y derechos

Diana Patricia Tovar

Introducción

La intersexualidad parece ser un tema lejano y ajeno al derecho. Sin embargo, es la realidad de muchos niños y niñas que nacen distintos y distintas, con una sexualidad no convencional, cuya condición los hace ser discriminados por la sociedad y los diferentes espacios de interacción social, afectando sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, la libre opción sexual y la igualdad, entre otros.

Abordaremos en detalle la forma como opera el consentimiento informado de niños, niñas y adolescentes intersexuales que son sometidos a tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas para la readecuación de genitales y cambio de sexo. Luego se expondrá, desde el análisis constitucional, el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la intersexualidad (el precedente, las reglas y subreglas a partir de la línea jurisprudencial de la Corte frente a la intersexualidad). Posteriormente, se presentarán los argumentos que se extraen del problema jurídico, según la sentencia de la Corte que marcó un hito en el país sobre intersexualidad, la SU-337 de 1999.¹ Por último, ofreceré unas reflexiones a manera de conclusión.

¿Qué es la intersexualidad?

Consiste en la presencia simultánea de estructuras anatómicas genitales masculina y femenina en una misma persona. "Son personas que biológicamente desarrollan las características físicas y genitales de los dos sexos.

¹ Corte Constitucional, Sentencia de Unificación, de fecha 12 de mayo de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Aunque existen diferentes grados de intersexualidad y extensa literatura científica sobre el tema, es importante resaltar la autonomía de los seres humanos para definirse a sí mismos/as" (Sánchez 2006). La organización Colombia Diversa reconoce "la posibilidad de definir la intersexualidad como un género en sí mismo con sus propias características y más allá de la polaridad hombre/mujer" (Sánchez 2006).

Es necesario indicar que la comunidad médica considera la intersexualidad de un individuo como una condición de trastorno o enfermedad, la cual constituye una urgencia a tratar. Por ello, es preciso diferenciar entre *ambigüedad genital* e *intersexualidad*. En la primera, la apariencia de los genitales externos no permite asignar con facilidad un sexo al momento del nacimiento; la segunda se presenta en el evento en que existe una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo (fenotípico, gonadal, cromosómico, endocrinológico, psicológico). Esta diferencia es esencial, porque no siempre los estados intersexuales generan ambigüedad genital.² Por ejemplo, algunas personas presentan un sexo cromosómico masculino (XY), pero son absolutamente insensibles a los andrógenos, por lo que sus genitales externos y su apariencia general son del todo femeninos. De la misma forma, existen casos de niños con micropenes, en los que, en estricto sentido, no hay estado intersexual, pero la apariencia de los genitales puede dificultar el proceso de asignación de sexo al nacer. A pesar de estas diferencias conceptuales, dichos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes, por lo que no se suele distinguir entre estas condiciones.³

¿Es frecuente?

Los conceptos médicos expuestos en la Sentencia SU-337 de 1999 coinciden en afirmar que la ambigüedad genital no es frecuente; sin embargo, no existe un acuerdo sobre la magnitud cuantitativa de estos casos. Consideran que "el caso más frecuente es el *seudohermafroditismo femenino*", el cual puede tener 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 la de un caso por cada 1 000 o 2 000 personas, lo cual significa que puede haber en Colombia de 15 000 a 37 000 personas

² Para entender mejor esta cuestión, es preciso recordar que los hombres tienen cromosomas sexuales 46 XY y las mujeres 46 XX.

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999.

con trastornos de este tipo. Por su parte, la Academia Nacional de Medicina señala que la frecuencia varía según la etiología del caso, pero se puede estimar que está entre uno por cada 2 500 y uno por cada 20 000 nacidos vivos.⁴

Sólo concebimos dos géneros: la sociedad heterosexual como garante de las mayorías en un país que no respeta las diferencias ni reconoce el derecho a la libre opción sexual

De acuerdo con la Sentencia SU-399/99, nacer en condición de intersexualidad cuestiona algunas de las convicciones sociales más arraigadas y profundas, pues la noción misma según la cual a nivel biológico existen sólo dos sexos queda en entredicho y nos problematiza acerca de lo que entendemos por normalidad. Lo que no es puramente femenino o masculino es visto como una enfermedad, una patología. Hemos sido educados de manera binaria, es decir, como hombres o como mujeres, y la sociedad y la cultura generan resistencias para reconocer como iguales a aquellas personas que, debido a malformaciones congénitas o a su naturaleza biológica ambigua, nacen en condiciones de intersexualidad.

Asimismo, cuando las personas se refieren a la diferencia sexual, la circunscriben a un hecho biológico. A través de ella, se nos imprimen ciertos roles y comportamientos que la sociedad espera de las mujeres y de los hombres. En la actualidad, nuevas disertaciones académicas consideran que el sexo y el género son susceptibles de transformación y evolución, al punto de juzgar los géneros como intercambiables; es decir, que van más allá de lo biológico. No obstante, pese a que muchos comportamientos de mujeres y hombres se diferencian en la manera en que son educados desde la niñez, también hay evidencias de algunos aspectos conductuales que se deben a diferencias biológicas entre los sexos.

Así, vemos enfrentados dos argumentos que explican las diferencias sexuales; por un lado, el esencialista: "por herencia genética o por condicionamiento social, las mujeres son femeninas y los hombres masculinos" (Lamas 1995: 67); y, por otro, el antiesencialista: "la sexualidad está sujeta a una construcción social: la conducta sexual está ligada a la cultura, a las transformaciones sociales y políticas, a la moda, etc. Por tal motivo, solo podemos comprender las conductas sexuales en un contexto concreto, cultural e histórico" (Lamas 1995: 67).

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999.

¿Cuáles son los alcances y límites del consentimiento informado en relación con los tratamientos a niños, niñas y adolescentes intersexuales?

Al paciente no sólo no se le informaba, sino que no se le debía informar. El hecho de informar no era un acto indiferente, sino rigurosamente malo o negativo. La medicina debía verse como la ciencia de la curación en sí, no del paciente, en otras épocas y condiciones, como en la antigüedad, por ejemplo (Gracia 1998). Hoy, la evolución de la relación médico-paciente es un hecho universal, y se acepta como el modelo en el cual los pacientes (o sus representantes legales) son esenciales para que el proceso de toma de decisiones diagnóstico-terapéuticas respecto a su caso sea aceptable en términos éticos. Así, el consentimiento informado constituye un elemento fundamental en la relación entre ambas partes. De hecho, la doctrina del consentimiento informado⁵ predica que el paciente, tras haber comprendido suficiente acerca de su problema clínico, de forma autónoma y libre, acepte determinados planteamientos diagnósticos o terapéuticos sugeridos por el médico (Martínón y Núñez 1995).

La doctrina del consentimiento del paciente para cualquier tratamiento o problema de salud estará entonces enmarcada dentro de la noción de *autonomía*, entendida como derecho constitucional, la cual señala que toda intervención en el cuerpo de un individuo debe en principio contar con la autorización del propio afectado. Por tanto, la autonomía es la facultad de una persona de autodeterminarse y autorregularse en su propia vida y en relación a todo aquello que tenga que ver con su integridad, tanto física como emocional.

El consentimiento informado es el acto mediante el cual el o la paciente, o sus allegados responsables aceptan de forma voluntaria un acto médico propuesto, teniendo como base la información veraz, proporcionada por el médico, sobre la enfermedad y sus opciones de diagnóstico y tratamiento, con sus riesgos y beneficios.

⁵ El término *consentimiento informado* comenzó a circular en Estados Unidos en 1957, dentro de un famoso proceso judicial: el "caso Salgo". Debido a una aortografía translumbar, Martín Salgo sufrió una parálisis permanente, por lo cual demandó a su médico por negligencia. La Corte encontró que al médico le asistía el deber de revelar al paciente todo aquello que le hubiera permitido dar su consentimiento válido en el momento en que se le propuso la práctica de la aortografía. Desde entonces, comenzó a contemplarse la posibilidad de que el consentimiento informado fuera considerado como un derecho del paciente (Bolívar Goez 1999).

Ahora bien, ¿cómo aplica el consentimiento informado al momento de la decisión que toman los padres y madres, o las personas a cargo en cuanto a la asignación del sexo a el/la recién nacido/a? Esto se hace según los modelos actuales sobre el manejo médico de la intersexualidad, y se tiene en cuenta también que el debate y el dilema recae sólo en si la asignación temprana de género debe o no acompañarse de cirugías y tratamientos hormonales a menores, destinados a adecuar la apariencia de los genitales a ese sexo asignado, o si esas intervenciones médicas deben ser postergadas hasta que la propia persona pueda dar un consentimiento informado.

En la actualidad, los niños y niñas intersexuales que nacen con genitales ambiguos son sometidos a varios estudios, tanto cromosómicos y hormonales como anatómicos, para determinar el sexo que se les ha de asignar. La decisión se fundamenta en criterios como la capacidad científica para crear genitales funcionales que no resulten ambiguos a la vista, de acuerdo con los tejidos disponibles en el cuerpo del recién nacido. Según Althaea Yronwode (1999), el término *funcionales* tiene diversos significados, pero por lo general se refiere a la posibilidad de utilizarlos para el coito con penetración, teniéndose en cuenta que el niño o niña pueda ser fértil en el futuro. Luego, un equipo multidisciplinario participa en la decisión sobre el sexo del niño o niña. Una vez tomada la decisión, se le pone nombre a la criatura de acuerdo al sexo asignado, sin ambigüedad alguna, y antes de los 18 meses de edad se hacen las intervenciones quirúrgicas necesarias para que los genitales se ajusten con la mayor precisión posible al sexo asignado. Según la autora, este paso es el que la Asociación de Intersexuales de Norteamérica (ISNA) más desea modificar.

Según estudios al respecto, el consentimiento informado, explicado a quienes corresponde firmar —padres y madres—, por lo general no es el adecuado. En ocasiones, incluso se les dice que sus hijos van a tener genitales normales.

Dado que hay quienes consideran que las intervenciones médico-quirúrgicas de armonización del sexo son lícitas e incluso obligadas, se ha llegado a sostener que no es necesario pedir a los padres el consentimiento informado para proceder con los respectivos tratamientos y cirugías. En consecuencia, algunas personas con genitales ambiguos han sido objeto de intervenciones quirúrgicas correctivas en los genitales externos sin saberlo. No obstante, desde el momento en que el propósito de estas intervenciones es construir una *normalidad* biológica y colaborar con el bienestar físico, psicológico y social, la información sobre el tratamiento y cirugías es

obligatoria. Es un derecho fundamental del o la paciente. Por ello, el médico tiene una responsabilidad bastante grande como para abstenerse de brindar la información suficiente a los padres y a el/la niño/a mismo, en casos en los que su competencia sea tal que comprenda las situaciones en las cuales se ve involucrado.

Por lo general, los médicos se enfrentan a la angustia de padres y madres por la salud de su hijo/a, pero no se les enseña a lidiar con ello, sino sólo a reparar cuerpos, en particular a los cirujanos. En el artículo de Yronwode, se presentan opiniones médicas respecto a la decisión de operar. Una de ellas, la del doctor Baskin, expresa que puede ser "muy perturbador para los padres" que les nazca una criatura intersexuada. Cheryl Chase le responde, diciendo: "claro que es perturbador, y, cuando la gente está verdaderamente perturbada, no es el mejor momento para tomar decisiones fundamentales, irreversibles" (Yronwode 1999).

Según estudios de la investigadora italiana Maria Luisa di Pietro (2000), las situaciones que se pueden presentar en la práctica clínica suelen ser dos: 1) el diagnóstico de ambigüedad genital que se hace en el nacimiento y 2) el diagnóstico de ambigüedad genital o intersexualidad sin genitales ambiguos cuando el paciente es adulto. En ambas situaciones, podemos intuir que la información necesaria para el consentimiento informado varía: si se trata de un recién nacido, son los padres y madres quienes deben ser informados por el médico; si se trata de un adulto, es el propio paciente quien debe dar su consentimiento. La situación se vuelve más compleja aún cuando el niño o la niña es un infante, puesto que, desde la edad escolar hasta la adolescencia, es un ser que puede comprender lo que sucede a su alrededor y tiene conciencia de su cuerpo e identidad sexual.

A juicio de la Corte Constitucional, los médicos deben, por ejemplo,

[...] indicar a los padres la diferencia entre la asignación temprana de un sexo masculino o femenino al recién nacido —que en nuestras sociedades parece ser inevitable—, y las cirugías destinadas a reconstruir la apariencia de los genitales, lo cual permitirá que los padres comprendan que es posible asignar rápidamente al menor un sexo —según consenso del equipo interdisciplinario— sin necesidad de adelantar inmediatamente las cirugías.⁶

⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-337 de 1999.

Aspectos constitucionales: la justicia de género en los tribunales, línea jurisprudencial

La profesora Patricia Moncada Roa (2001) realizó hace unos años un trabajo interesante de propuesta de sistematización de las subreglas de la Corte Constitucional sobre la intersexualidad, que se extraen de la línea jurisprudencial de la Corte misma.

1. Sobre la necesidad del consentimiento informado para estos casos y la prevalencia del principio de autonomía de los y las pacientes en los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas.

2. Subregla del *consentimiento informado paterno o materno sustituto*, en los casos de niños y niñas intersexuales.

3. Sobre el consentimiento informado sustituto cualificado y persistente de los padres y madres de niños o niñas intersexuales (subregla desarrollada en la sentencia T-551 de 1999). Necesidad y urgencia del tratamiento, impacto y riesgos, y edad y madurez del o la menor.

Antes de exponer y describir la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre intersexualidad, es necesario revisar cada uno de los casos que sentaron precedentes sobre la intersexualidad y la ambigüedad genital.

Sentencia SU-337 de 1999

1. En este caso, en el momento en que la madre interpuso acción de tutela, se trataba de una menor de siete años de edad con ambigüedad genital —pseudohermafroditismo masculino—, ante la cual el médico tratante había recomendado una intervención quirúrgica para *remodelarle los genitales*.⁷

2. Según esta recomendación, la operación era prioritaria desde el punto de vista funcional de la sexualidad y debía realizarse antes de que la niña llegara a la pubertad.

3. Es necesario anotar que practicar la operación no constituía un caso de urgencia,⁸ en tanto que no estaba en riesgo la vida de la menor.

⁷ Término técnico médico.

⁸ La condición de urgente en la atención de un paciente o en la intervención deberá analizarse de frente al caso concreto; sin embargo, la urgencia de un tratamiento no sólo está delimitada por la urgencia de preservar la vida y la integridad física del paciente, sino también de conservar y preservar su integridad psíquica y su identidad, de tal manera que permitan una

4. Los médicos del Instituto de los Seguros Sociales (ISS) se negaron a realizar dicha operación, ya que, según lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional hasta ese momento,⁹ la decisión correspondía a la menor y no a la madre.

5. El juez de tutela en primera instancia denegó el amparo con fundamento en la Sentencia T-477 de 1995. Consideró que, a partir de este fallo, la Corte estableció la subregla constitucional autonomista en estos términos: "el consentimiento para este tipo de intervenciones es una decisión exclusiva de la propia persona y no de los padres, teniendo en cuenta que la escogencia de la afinidad sexual es un acto inherente al ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad". La Corte consideró, además, que los tratamientos médicos en estos casos son invasivos, innecesarios, irreversibles y potencialmente dañinos. La anterior sentencia es fundadora de línea, puesto que se apoya en un vacío jurisprudencial, en el sentido de que no había en ese momento (1995) un antecedente doctrinal ni jurisprudencial sobre la readecuación de sexo o transformación de órganos genitales, y se apeló a la interpretación constitucional del derecho a la identidad sexual, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, razonamientos todos que hacen parte de lo que en derecho jurisprudencial se denomina *obiter dicta*.

6. Según el alto 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.

Por estas razones, la operación debería ser postergada hasta tanto la menor adquiriera la capacidad para dar un consentimiento libre e informado.

adecuada adaptación de la persona en su ambiente familiar, social y cultural a lo largo de su existencia.

⁹ La Corte Constitucional, mediante la sentencia T-477 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), estableció que nadie tenía el poder de reasignar el género o el sexo a otro individuo, en virtud del principio y derecho constitucional de autonomía (sentencia fundadora de línea jurisprudencial).

Sentencia T-551 de 1999

1. Aunque los patrones fácticos objeto de esta sentencia son muy similares a los que más adelante detallaré, la sentencia T-551 de 1999 merece una exposición aparte, por cuanto en este caso se dio aplicación a la doctrina constitucional sentada en la sentencia de unificación jurisprudencial SU-337 de 1999. En ella, la Corte concluyó que, mientras no se ofrezcan nuevas evidencias científicas que obliguen a reconsiderar el análisis hecho, a partir de los cinco años no es constitucionalmente admisible el consentimiento paterno sustituto para la remodelación de los genitales, aunque, en el caso estudiado en la SU-337/99, no era válido que la madre autorizara la operación y los tratamientos hormonales para su hija, quien tenía al momento de la decisión más de ocho años de edad (fundamentos jurídicos 83 a 89 de la sentencia SU-337/99). Sin embargo, esta sentencia deja sentada la doctrina constitucional para ser aplicada a casos posteriores. Además, dicha sentencia determinó que, en niños menores de cinco años, el permiso paterno era legítimo, siempre y cuando se tratara de un "consentimiento cualificado y persistente".

2. En este fallo (T-551 de 1999), el padre de la niña podía autorizar la cirugía, puesto que la menor no había superado la edad de cinco años, a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto, y los hechos indicaban que el permiso fue efectivamente obtenido (fundamento jurídico 17, sentencia T-551/99).

3. Los médicos tratantes y la entidad demandada precisaron que en todo momento los padres habían sido informados sobre la patología que la niña presentaba y los procedimientos que era necesario realizar, sin que en instante alguno se hubiera procedido en contra de su voluntad.

4. La sentencia SU-337/99 no analizó a detalle en qué consistía el término *consentimiento cualificado y persistente*, y era entendible que no lo hiciera, ya que, en ese caso, la menor había superado la edad a partir de la cual pierde legitimidad el permiso paterno sustituto. Sin embargo, esta sentencia T-551/99 sí lo hace cuidadosamente, y crea así la subregla sobre el alcance del consentimiento informado cualificado y persistente de los padres.

Sentencias T-692 de 1999 y T-1390 de 2000

1. En estos casos, al momento en que los padres interpusieron las respectivas acciones, se trataba de niños y niñas de dos años (de sexo femenino y masculino, definido en cada caso desde el punto de vista del genotipo —cromosomas— y de las gónadas —testículos u ovarios—) a los que, al

nacer, sin embargo, les diagnosticaron ambigüedad genital o pseudohermafroditismo masculino o femenino, y les pronosticaron la necesidad de una operación de *remodelación de genitales externos*.

2. En ninguno de estos casos, la operación configuraba una urgencia, es decir, "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 el carácter de urgentes.¹⁰

3. La entidad demandada en todas las oportunidades fue el Instituto de los Seguros Sociales, el ISS. En estos eventos, el ISS no autorizó la intervención quirúrgica, y hubo omisión, en algunos casos, a suministrar ciertos medicamentos y realizar exámenes previos a la intervención ordenados por los médicos tratantes. Los padres de los menores, por medio de acción de tutela, pedían que el ISS brindara la atención integral en salud médica, hospitalaria, diagnóstica, quirúrgica y terapéutica que requieran los menores hasta que recuperasen la salud.

4. Las razones que dio el ISS frente a su negativa y negligencia fueron de tipo presupuestal y de organización médico-administrativa interna. Los conceptos de la entidad demandada, los médicos tratantes y el Instituto de Medicina Legal coincidían, por un lado, en la necesidad de la intervención para garantizar la salud física y psicológica de los niños y niñas, y el derecho fundamental de los infantes para que consolidasen una identidad genérica. Por otro, coincidían también en la urgencia de realizarla a los dos años de edad, puesto que, según unificación de conceptos médicos, esta edad es ideal para efectuarla, porque en ella el/a menor se encuentra en una etapa *amnésica*, en la cual olvidaría con más facilidad este proceso.

5. Los jueces de 1ª y 2ª instancias concedieron la acción en los dos casos (además de la sentencia T-551/99) y ordenaron al ISS que, en un término preteritorio, practicara el tratamiento médico, hospitalario, quirúrgico y terapéutico, incluido el suministro de medicamentos necesarios para la asignación de sexo de los o las menores. Así, dieron aplicación al precedente jurídico, siendo estas dos últimas sentencias reiteración de la doctrina constitucional.

¹⁰ Concepto del Dr. Jaime Alvarado Bestene, decano académico de la Universidad Javeriana, citado en la sentencia SU-337 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Línea jurisprudencial

Basándome en la metodología propuesta por el profesor Diego López Medina (2000: 67 y ss.), se describen las orientaciones plasmadas en los fallos de la Corte Constitucional, con base en un problema jurídico que propongo. En el bloque izquierdo del cuadro que se presenta a continuación, planteo la postura autonomista sobre el consentimiento que debe dar el paciente para la intervención quirúrgica de readecuación o reasignación de genitales, cuando estos son ambiguos o presentan alguna clase de estado intersexual. En el bloque derecho del cuadro, se encuentra descrita la postura beneficentista que propugna por velar por los mejores intereses de los niños y niñas, aun en contra de su voluntad; según esta, los padres y las madres en todos los casos van a estar legitimados para dar el consentimiento por sus hijos. Por último, en el bloque central del cuadro se encontrarán las sentencias de tutela en un determinado orden, una más al lado izquierdo del cuadro, otra más al lado derecho, con otras tres sentencias que van a estar en una posición balanceada y uniforme; ya que se trata de una simple reiteración de precedente constitucional como se verá a continuación.

Autonomía		Beneficencia
<p>El consentimiento para este tipo de intervenciones es una decisión exclusiva de la persona y no de sus padres. La escogencia de la afinidad e identidad sexual es un acto inherente al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.); además estos tratamientos son invasivos, innecesarios, irreversibles y potencialmente dañinos (derecho a la dignidad humana).</p>	<p>T-477/95 M.P. Alejandro Martínez □ SU-337/99 M.P. Alejandro Martínez □ T-551/99 M.P. Alejandro Martínez □ T-692/99 M.P. Carlos Gaviria □ T-1390/00 M.P. Alejandro Martínez</p>	<p>El consentimiento para este tipo de intervenciones es una decisión que sólo les compete a los padres del menor; estos pueden y están legitimados para dar su consentimiento paterno sustituto, y autorizar cualquier clase de intervención médica, puesto que hacerlo es esencial para asegurar el desarrollo físico del menor intersexual o con genitales ambiguos.</p>

El problema jurídico que se plantea es el siguiente: *¿los padres, madres o titulares de la patria potestad de niños y niñas intersexuales pueden autorizar una intervención médica y quirúrgica para readecuar los genitales luego de su diagnóstico de ambigüedad sexual o genital cuando no existe riesgo de muerte?*

A continuación, presentaré las posturas que defienden los tratamientos y cirugías genitales tempranas. Asimismo, expondré aquellas que no están de acuerdo con estos tratamientos, según las subreglas vigentes dadas por la Corte. Ambas, además, se encuentran enfrentadas por los principios y derechos constitucionales de autonomía y beneficencia, y dichos argumentos explicarán por qué se encuentran en tensión estos principios y derechos constitucionales.

Los argumentos que a mi parecer se derivan del problema jurídico y de las dos posturas en tensión que se extraen de los casos analizados son:

Postura A: Realizar la intervención quirúrgica y los correspondientes tratamientos lo más tempranamente posible.

*I. El actual paradigma médico.*¹¹ La asignación temprana de género debe acompañarse de cirugías y tratamientos hormonales a menores, destinados a adecuar la apariencia de los genitales a ese sexo asignado.

II. Las diferencias físicas del niño o niña intersexual. Las cirugías no evitan el rechazo, sino que son una consecuencia del mismo. Si los médicos realizan la cirugía a niños intersexuales, entonces pueden salvarlos de sentirse diferentes de los otros niños o de ser marginalizados por la sociedad.

III. La privacidad de las familias. Corresponde a los padres del menor evaluar los riesgos y tomar las decisiones que parezcan más satisfactorias para sus hijos intersexuales. Si la Corte Constitucional prohíbe en sus fallos las cirugías genitales tempranas a los niños intersexuales, entonces invadiría la privacidad familiar de los hogares. No se puede invadir dicha privacidad ni inmiscuirse y vulnerar el derecho a la intimidad de las familias. Por consiguiente, la Corte no puede prohibir las cirugías genitales tempranas a niños intersexuales.

¹¹ Según conceptos de los profesores Efraín Bonilla Arciniegas, coordinador académico de la Unidad de Cirugía Pediátrica de la Universidad Nacional; Luis Eduardo Jaramillo González, director del departamento de Psiquiatría de la Universidad Nacional; Carlos Martín Restrepo Fernández, jefe de la unidad genética y de medicina molecular de la Universidad del Rosario; Jaime Alvarado, decano de la facultad de medicina de la Universidad Javeriana; y Alejandro Giraldo, Universidad Nacional.

Postura B: Postergar las intervenciones quirúrgicas y hormonales hasta que la propia persona pueda dar un consentimiento informado (*principio de autonomía*).

I. *El carácter invasivo de las intervenciones* (daños físicos y psicológicos de las cirugías genitales, irreversibilidad de la cirugía, falta de razones médicas para reducir el tamaño de un clítoris grande, el hecho de que algunos intersexuales masculinos criados como mujeres cambian al rol sexual masculino y de que los hombres pueden vivir bien adaptados con penes pequeños). La irreversibilidad y los potenciales daños a que estaría sujeto el menor si se realizan los tratamientos médicos correspondientes son mayores y más gravosos que si no se realizan dichos tratamientos o se postergan hasta que la persona pueda decidir por sí misma. Sentirse castrado, con un sexo asignado diferente al que se desearía tener, o no poder tener hijos como producto de una operación temprana son traumas mayores que tener indefinición sexual. Las personas castradas o a las que les asignaron un sexo diferente al que quieren tener sufren mayores problemas físicos, traumas y problemas psicológicos que aquellos que no fueron operados durante la infancia.

II. *La no-necesidad de los tratamientos médicos a niños con ambigüedad genital.* La necesidad de las terapias y tratamientos médicos no es clara. La sentencia SU-337/99, Fj. 46 (según el informe de Anne Fausto-Sterling y Bo Laurent en "Early Genital Surgery on Intersexual Children: A Reevaluation", mimeo., 1994), informa que existen investigaciones y estudios actuales que demuestran que personas con ambigüedad genital que no fueron quirúrgicamente intervenidas pudieron desarrollarse de manera satisfactoria. Si estas pueden llevar una vida satisfactoria sin haber sido sometidas a operaciones, entonces dichas intervenciones no son necesarias.

III. *La no-urgencia de los tratamientos médicos a niños con ambigüedad genital.* La urgencia de intervenciones quirúrgicas es menor cuando la ambigüedad genital se diagnostica en la infancia tardía, en la pubertad o en la edad adulta.¹² Según el enfoque dominante sobre tratamientos a estados intersexuales, la urgencia se fundamenta en que los tratamientos médicos deben realizarse antes de los dos años, sin tomar en consideración la voluntad del paciente. Existen niños a quienes se les diagnostica ambigüedad genital después de

¹² Sentencia SU-337 de 1999, Fj. 10.7.

los dos años de edad. Por lo tanto, cuando los niños han superado los dos años de edad, debe tomarse en consideración su voluntad.

IV. Los resultados a largo plazo de las cirugías hechas a niños intersexuales. Estos se desconocen, y no se sabe con certeza si la cirugía ayuda al bienestar psicológico del paciente o si debe ser considerada como experimental. Asimismo, hasta el momento, no hay consenso médico sobre la bondad de la realización de cirugías y tratamientos a niños y niñas intersexuales. Si no hay datos significativos sobre los resultados a largo plazo, ni consenso de la comunidad médica al respecto, entonces las cirugías son especulativas y experimentales.

V. Los protocolos alternativos al tratamiento médico de la intersexualidad. Existen protocolos alternativos y seguros que deben tenerse en cuenta y que son importantes al momento de tomar decisiones con respecto a operar o no al niño intersexual. Se halla disponible una alternativa segura, respaldada por expertos dignos de credibilidad, para el tratamiento de la intersexualidad. El investigador del sexo Milton Diamond, de la Escuela Médica de la Universidad de Hawaii, y el psiquiatra Keith Sigmundson, de la Universidad de British Columbia, basados en la investigación de la gestión de la intersexualidad, dan claras recomendaciones sobre el modo en que los doctores pueden servir de mejor manera a las y los pacientes:

1. Recomiendan que las dificultades emocionales de los padres y madres con respecto a la intersexualidad de su hijo o hija sean tratadas por medio de asesoría médica y psicológica.

2. Que se proporcione asesoría continua e información honesta al intersexual de modo apropiado a su edad y que se adecúe conforme crezca.

3. Que se evite la cirugía genital temprana, pues es irreversible y potencialmente perjudicial. Por consiguiente, deben tenerse en cuenta los protocolos alternativos para el tratamiento de la intersexualidad.

A modo de conclusiones

Más allá de presentar una serie de casos que por vía de tutela han abordado el reconocimiento de los derechos de los niños y niñas intersexuales a la libre autodeterminación de la identidad sexual, queremos suscitar una reflexión sobre el papel que cumplen los operadores judiciales en la construcción jurídica del derecho a la identidad sexual y de género. Un ejercicio de la justicia de género permitirá ampliar el espectro de posibilidades para proteger, restablecer y garantizar los derechos de las personas intersexuales y transexuales en Colombia, aplicando la doctrina constitucional y los

precedentes, y confirmando las líneas jurisprudenciales y subreglas constitucionales sobre este tema.

La sentencia de unificación SU-337 de 1999 y la línea jurisprudencial que construyó la Corte Constitucional constituyen un avance en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas intersexuales con identidad de género diversa. Este fallo marcó un hito en el país, en Latinoamérica y en el mundo, pues es pionera frente al derecho de los intersexuales a la libre autodeterminación de la identidad sexual, al constituirse en un referente valioso para las organizaciones de derechos humanos de las personas LGBT en Colombia y otros países.

Es interesante analizar cómo algunas de las decisiones de la Corte Constitucional tienen un potencial emancipatorio. Más allá de cuestionar y evaluar el sentido de los fallos judiciales, es la oportunidad para que pongamos en el debate público que, por efecto de movilización del aparato judicial, se puede movilizar al juez constitucional para lograr en última instancia el restablecimiento de derechos, ya sea por acción de inconstitucionalidad o por acción de tutela —en particular, esta última resulta más cómoda y ágil para que ciudadanos y ciudadanas reclamen sus derechos—, así que un reclamo de derechos fundamentales se convierte en una discusión jurídica, como lo expresan Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny en "Los estudios de la Corte Constitucional y la emancipación social en Colombia". Para el tema que nos ocupa, se trata de lograr estrategias de litigio de alto impacto, con el fin de ampliar el acceso a los servicios de salud para los tratamientos hormonales, de readecuación genital e intervenciones quirúrgicas de cambio de sexo a las personas intersexuales. Sin embargo, las demandas sociales van más allá: esto es sólo el principio. Existen situaciones derivadas de estos tratamientos que no son amparadas por vía de tutela —y necesariamente habría que buscar una regulación legal al respecto—, como las que se derivan de la discriminación a las personas intersexuales en el ámbito laboral, educativo, deportivo, etc. Cheryl Chase narra, en una conferencia de orientación sexual y ley que dio en 2001 en Estados Unidos sobre "Cómo incluir la intersexualidad en la agenda de los derechos civiles LGBT":

Yo tengo conocimiento de sólo dos casos en la historia legal moderna que tocan específicamente la intersexualidad; ambos datan de los 70. En uno, la jefa de una mujer intersex descubrió su historia de cirugía y la despidió. La mujer demandó por discriminación sexual. La empleadora reclamó, por desestimación sumaria, que los intersexuales no estaban protegidos de la discriminación sexual. La Suprema Corte de Pensilvania estuvo de acuerdo, concluyendo que los legisladores habían intentado proteger a los hombres

de ser discriminados como hombres y a las mujeres de ser discriminadas como mujeres. La discriminación contra las personas intersex es entonces legal, y el caso de la mujer fue sumariamente dejado de lado.

Debemos entonces buscar mecanismos para lograr una justicia de género en los tribunales, pero también, a través de la movilización social, lograr propuestas normativas frente a la intersexualidad. Las acciones judiciales que han amparado los derechos a la libre disposición del cuerpo en lo que tiene que ver con la autodeterminación sexual, el consentimiento informado, los tratamientos hormonales, entre otros, han sido demandas individuales, y aún quedan en el vacío situaciones jurídicas como los aspectos registrales de las personas que se someten a las operaciones de cambio de sexo, conflictos sobre la maternidad, la paternidad, etc ●

Bibliografía

- Bolívar Goetz, Piedad, 1999, "Consentimiento informado en la práctica de los profesionales de la salud", *Revista Colombiana de Responsabilidad Médico Legal*, vol. V, núm. 3, septiembre-diciembre, Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, Bogotá.
- di Pietro, María Luisa, 2000, "Aspectos clínicos, bioéticos y médico-legales del manejo de las ambigüedades genitales", *Medicina y Ética, Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*, vol. XI, núm. 3, julio-septiembre, Universidad Ánahuac, México.
- Gracia, Diego, 1998, *Ética y vida. Bioética clínica*, Editorial El Búho, Bogotá.
- Lamas, Marta, 1995, "Cuerpo e identidad", en *Género e identidad, ensayos sobre lo femenino y lo masculino*, Tercer Mundo Editores/Ediciones Uniandes/Universidad Nacional, Facultad de Ciencias Humanas, Bogotá.
- López Medina, Diego Eduardo, 2000, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, teoría del derecho judicial*, Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Martiñón, J. M. y A. Rodríguez Núñez, 1995, "El consentimiento informado en pediatría. Aspectos prácticos", *Cuadernos de Bioética*, vol. V, núm. 22, abril-junio, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Madrid.
- Moncada Roa, Patricia, 2001, "Ambigüedad genital: línea jurisprudencial y subreglas vigentes", *Revista Mensual Tutela: Acciones Populares y de Cumplimiento*, tomo II, núm. 15, marzo, Legis, Bogotá.
- Sánchez, Marcela (coord.), 2006, *Situación de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia, 2005*, Organización Colombia Diversa, Bogotá.

Yronwode, Althaea, 1999, "Las personas intersexuadas cuestionan las operaciones realizadas en la infancia", *Synapse* de la Universidad de California, Alejandra Sardá (trad.), abril. Reproducido por el ISNA.