

# Estados intersexuales en menores de edad: los principios de autonomía y beneficencia

---

**Intersexual states of children: the principles  
of autonomy and charity**

Julia Sandra Bernal Crespo\*  
Universidad del Norte (Colombia)

---

\*Abogada de la Universidad de los Andes (Colombia). Profesora de tiempo completo de la Universidad del Norte (Colombia). Doctor en Derecho de la UNED (España).  
sbernal@uninorte.edu.co

## Resumen

*Esta investigación tuvo como objetivo analizar, mediante un estudio de caso, el principio de autonomía y su aplicación en la figura del consentimiento informado, en los tratamientos y/o intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo y remodelación genital, cuando se trata de menores de edad. A la conclusión que se llega es que si bien nuestra Corte Constitucional da aplicación, con base en el bloque de constitucionalidad, a la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, uno de los cuales es el de su identidad sexual y de género, no incluye la opción del menor de edad de no ser clasificado ni como femenino ni como masculino.*

**Palabras clave:** Autonomía, estados intersexuales, consentimiento informado.

## Abstract

*This research has as main objective to analyze through a case study the autonomy principle and its application in the figure of informed consent in dealing with surgical procedures and treatment for sex assignment in underage population. The conclusion is that even if our Constitutional Court applies this principle based on the constitutionality block to the prevalence of the fundamental rights of the children, one of which is the right to sexual identity and gender, this does not include the option of the minor of not being classified either as a female or a male.*

**Keywords:** Autonomy, intersex states, informed consent.

*Fecha de recepción:* 29 de abril de 2011  
*Fecha de aceptación:* 23 de mayo de 2011

## 1. UBICACIÓN CONCEPTUAL

### 1.1. Dimorfismo sexual

La especie humana pertenece a las especies biológicas cuya forma de reproducción es definida como *sexual anisogama*, lo que significa que dos gametos haploides procedentes de diferentes individuos se fusionan para dar lugar a un cigoto diploide. Como los dos gametos que se unen presentan asimetrías en su constitución, morfología y tamaños diferentes, hablamos de *reproducción sexual anisogama*; al gameto mayor y más abundante se le suele denominar *femenino*, mientras que al menor y más frecuente se le asigna el género *masculino* (Fontdevila y Moya, 2003, p. 378).

Cuando se produce la fecundación empieza el proceso de diferenciación sexual, que culmina, a los ojos del común, en el nacimiento de un niño o una niña. Lo anterior ha llevado a la clasificación de los individuos de nuestra especie en dos sexos: sexo masculino y sexo femenino. Nuestra legislación civil consagra esta clasificación al expresar que cuando nace un individuo de la especie humana, al médico o enfermera le corresponde asignar uno de los dos sexos y consignarlo así en el certificado de nacimiento<sup>1</sup>.

No obstante lo anterior, en la actualidad se postula que el sexo debe ser considerado como un espectro, en uno de cuyos extremos se encuentran los individuos masculinos bien conformados y en el extremo opuesto los femeninos. Aunque la mayoría de la población puede ser incluida en uno de los extremos del espectro, existe una zona intermedia en la que existen individuos que biológicamente no están considerados como varones ni como hembras (González, Fonseca, Caraballo y Rodríguez, 2001, pp. 68-75), pero no por ello dejan de ser individuos de la especie humana.

---

<sup>1</sup>Ref. Decreto 1260 de 1970, artículos 49 y 52. Decreto 1171 de 1997, literal a) del artículo 5.

## 1.2. Causas de los estados intersexuales

La causa biológica de que no siempre se produzca un dimorfismo sexual la encontramos en el proceso de diferenciación sexual, que se realiza en tres etapas sucesivas: cromosómica, gonadal y fenotípica, y que transcribimos de Coll, Nossa y Bonilla (s.f.):

La diferenciación sexual se lleva a cabo en tres niveles determinados en la siguiente manera:

- a. **Sexo genético:** Aparece desde el momento mismo de la fecundación. Se encuentra determinado por antígenos y genes codificadores de proteínas específicas.
  - **TDF:** Brazo corto de cromosoma Y. Responsable del mecanismo inicial de la diferenciación testicular.
  - **Zona Fy y Fx:** Proteínas que codifican para que la diferenciación sexual se lleve hacia uno u otro sexo.
  - **Sry:** Descubierta en 1990. Se localiza en región eucromatérica distal del brazo corto del cromosoma Y. Es el gen más importante de la diferenciación sexual masculina. Las mutaciones en Sry van a producir ambigüedad sexual en forma de disgenesia gonadal o reversión sexual completa.
  - Hay individuos que teniendo Sry son fenotípicamente femeninos, hablándose entonces de un Locus Z, que sería un regulador (-) de genes masculinos específicos.
  - **DSS:** Gen importante en diferenciación sexual, ubicado en brazo corto de cromosoma X, responsable de la atribución de un sexo revertido en individuos XX.
  - **SF1:** Se manifiesta tempranamente después de la fecundación, implantándose en gónadas, suprarrenal e hipotálamo. Alteraciones en SF1 determinan ausencia de gónadas y suprarrenal, con FSH y LH disminuidas.
  - **DAX-1:** Ubicado en cromosoma X. Su alteración produce hipoplasia de suprarrenales y reversión sexual.
  - **TDA:** Alteración a nivel de 9p24 en individuos XY, manifestando reversión sexual.
  - **XXT1:** 11p13. Gen represor de T. Wilms. Se presenta como reversión sexual + T. Wilms, con diferentes niveles de severidad según síndrome (S. Derys-Drash, S. Frasser, S. Wagr).

- b. **Sexo gonádico:** Después del sexo genético y hacia la 7<sup>a</sup> semana comienza la diferenciación gonadal, la cual es de forma activa en XY y pasiva en XX.
- c. **Sexo fenotípico:** Una vez se ha diferenciado la gónada (testículo), se suceden cambios en estructuras genitales que han sido idénticas en ambos sexos hasta la 7<sup>a</sup> semana (C. Wolf, C. Muller, seno urogenital). En el hombre, por efecto de la testosterona, se desarrolla de forma activa el C. Wolf, produciéndose a la vez, a nivel testicular, hormona antimulleriana que hace que se presente regresión de conducto de Muller. En ausencia de testosterona habrá desarrollo en forma pasiva de C. Muller e involución de C. Wolf.

Para una mejor comprensión de lo anterior tomemos como ejemplo la diferenciación sexual del hombre en los tres procesos secuenciales. El primer paso es el establecimiento del sexo genético por la presencia de los cromosomas sexuales 46XY, proceso completado durante la fecundación del óvulo. El segundo paso es la diferenciación de la gónada indiferenciada hacia el testículo. Este proceso de diferenciación testicular involucra el gen *SRY*, localizado en el cromosoma Y, como también a múltiples genes localizados en los cromosomas autonómicos; este proceso ocurre entre la 5<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> semana. El tercer paso es la traducción del sexo gonadal en el sexo fenotípico, es decir, en la formación de los genitales internos y externos (Molina, Polanía, Osorio y Pérez, 2008, pp. 259-276).

En cada una de las etapas se pueden presentar diferentes tipos de anomalías que pueden alterar todos o alguno de los tres niveles de diferenciación sexual, y que dan lugar a las llamadas anomalías de la diferenciación sexual o desórdenes en la diferenciación sexual, y que han sido denominados como los *estados intersexuales*.

### 1.3. Clasificación

La ciencia médica habla en general de cuatro condiciones que se pueden presentar con ambigüedad sexual en el nacimiento:

- a. Pseudohermafroditismo femenino
- b. Pseudohermafroditismo masculino
- c. Hermafroditismo verdadero
- d. Disgenesias gonadales

- a. *Pseudohermafroditismo femenino*. También se conoce como el *estado de virilización femenina* y se caracteriza por presentar sexo genético 46 XX, genitales internos normales y ambigüedad genital consistente en: clitorimegalia; formaciones labioescrotales con distintos grados de fusión, pigmentación y rugosidad; independencia del seno urogenital o presencia del mismo, y ausencia de gónadas en la región labioescrotal y en el canal inguinal.
- b. *Pseudohermafroditismo masculino*. Incluye una serie de entidades clínico-patológicas, cuya característica común es la de presentar sexo genético y gonadal masculino, mientras que el sexo genital puede ser desde el femenino hasta cualquier grado de ambigüedad sexual.
- c. *Hermafroditismo verdadero*. Ocurre cuando las gónadas contienen tejido ovárico y testicular. Es un trastorno raro, del que solamente se han descrito alrededor de 400 casos a nivel mundial. Estos pacientes tienen ambigüedad tanto de genitales internos como de los genitales externos. Los cariotipos más frecuentes son el 46XX (80%), 46XY/XX, 46XY y otros tipos de mosaicos.
- d. *Disgenesia gonadal*. El término “disgenesia gonadal” hace referencia solo a la gónada e incluye los individuos en cuyas gónadas no se observan células germinales ni elementos de la vía germinal, independientemente de los caracteres sexuales y de la estructura de los cromosomas.

Este tipo de alteración se asocia a la falta de migración de las células germinales primitivas hasta la cresta gonadal o a la involución de las mismas una vez han llegado a la gónada indiferenciada. Estas gónadas, al no desarrollarse, persisten en forma de tejido rudimentario, el cual no es capaz de producir hormonas. Las características de los genitales internos y externos de estos individuos varían según el cariotipo (González, Fonseca, Caraballo y Rodríguez, 2001).

## 1.4. El debate

Los estados intersexuales son considerados como desórdenes en la diferenciación sexual, enfermedades<sup>2</sup> o anormalidades que deben ser corregidos mediante tratamientos hormonales y/ o quirúrgicos con el fin que se pueda asignar al individuo uno de los dos sexos, masculino o femenino. Sin embargo, en toda actividad médica, los tratamientos e intervenciones deben contar con el consentimiento del sujeto que va a ser objeto del tratamiento médico y/o intervención quirúrgica. Es este quien debe tomar la decisión sobre someterse a intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales, basado en la información adecuada, suficiente y clara que le proporciona el médico, lo que se ha denominado *consentimiento informado*.

En el análisis de la sentencia objeto de estudio (T-1025/02), el debate que se suscita es el concerniente a la aplicación de la figura del consentimiento informado en los tratamientos y/o intervenciones quirúrgicas de asignación de sexo y remodelación genital cuando se trata de menores de edad. Hablamos de la toma de decisiones de los pacientes menores de edad y de la legitimidad del consentimiento sustituto de los padres.

## 2. SENTENCIA T-1025/02

Referencia: expediente T-541.423. Acción de tutela instaurada por XX contra Seguro Social, Seccional ZZ. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. 27 de noviembre de 2002.

### 2.1. Antecedentes

#### a. La acción y su fundamentación

Los señores XX interpusieron acción de tutela en nombre de su hijo menor y en contra del Seguro Social, Seccional ZZ, por

<sup>2</sup>La OMS y la OPS consideran como una enfermedad (Q56) al sexo indeterminado y al pseudohermafroditismo en la clasificación internacional de enfermedades CIE- 10 o ICD- 10 (siglas en inglés).

considerar que fueron vulnerados los derechos fundamentales del menor a la integridad física, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, al debido proceso y, en general, a los derechos fundamentales de los niños, como consecuencia de la actuación de la entidad demandada, que se ha negado a practicarle una cirugía necesaria para la asignación de su sexo, dada la presencia de un cuadro médico de virilización por hiperplasia suprarrenal congénita (Pseudohermafroditismo femenino).

b. *Hechos*

El menor NN nació en condiciones de aparente normalidad el día 15 de enero de 1994, y le fue asignado el sexo masculino dadas sus condiciones fenotípicas (presencia de falo), a pesar de que sus padres esperaban el nacimiento de una niña basados en los resultados de las ecografías practicadas en la etapa prenatal.

Desde los primeros meses de vida el menor presentó anomalías en su desarrollo. En octubre de 1996 se le diagnosticó pubertad precoz, previa verificación de la ausencia de gónadas en el escroto. En marzo de 1998 se llevó a cabo la valoración endocrinológica, en la que se manifiesta la ausencia de testículos. En dicha consulta, el médico tratante ordenó un estudio de ecografía para comprobar las sospechas sobre la posible presencia de una hiperplasia suprarrenal virilizante; además solicitó la práctica de un TAC abdominal, suprarrenal y pélvico y una prueba genética para determinar el cariotipo del infante.

El 15 de mayo de 1998, el concepto de endocrinología estimó que era posible que el menor padeciese de hiperplasia suprarrenal congénita con virilización extrema y, a la vez, con presencia de genitales internos femeninos. A mediados de julio de 1998, por intermedio de la Unidad Genética-Médica de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia se realizó un estudio de linfocitos de médula ósea para determinar el cariotipo del menor, resultando que el infante presentaba una constitución genética 46-XX (mujer).

El 27 de enero de 2000 se le diagnostica definitivamente al menor la presencia de un cuadro médico de *Pseudohermafroditismo femenino con virilización extrema*. De acuerdo con el médico jefe de cirugía infantil de la Clínica ZZ del Seguro Social, el problema del menor radica en que

[...] se trata de una mujer genética con una hiperplasia suprarrenal congénita con virilización extrema; ocasionado por un trastorno en el metabolismo y síntesis de las hormonas producidas por la suprarrenal, tiene la deficiencia de una enzima que no permite que se sintetizen adecuadamente los estrógenos, y se produzcan cantidades excesivas de andrógenos. Puntualizando, tenemos a un ser quien social, grupal y personalmente tiene identificación hacia el género masculino en forma clara, pero quien genéticamente tiene la dotación de genes y órganos internos femeninos correspondientes a una mujer...

Se sugiere acudir ante un juez de tutela para que, previa su autorización, pudiese hacerse efectivo el tratamiento que se consideraba recomendable.

Afirman los demandantes que de acuerdo con el dictamen médico, el menor padece de retardo mental y psicomotriz en un 60%, por lo que ni aun cumpliendo la mayoría de edad estaría apto para consentir en la operación de asignación de sexo.

### c. *Pretensiones*

Los tutelantes pretenden que se ordene al Seguro Social practicar la cirugía necesaria para asignar el sexo del infante y suministrar la asistencia médica-hospitalaria que llegue a necesitar. Igualmente, solicitan que debido a la condición de retardo mental y psicomotriz del menor, no se aplique la doctrina sentada por esta Corporación en relación con el requerimiento del consentimiento informado del menor para la práctica de la cirugía de asignación de sexo cuando se trata de estados 'intersexuales'.

#### d. *Sentencia objeto de revisión*

En única instancia conoció de la acción el Juzgado XX, que concedió parcialmente la tutela por las siguientes razones:

Basado en el dictamen pericial del Instituto de Medicina Legal de fecha 30 de octubre de 2001, el juez llegó a la conclusión de que el niño no padecía retardo mental alguno, sino que su condición psicomotriz era atribuible a las dificultades de aprendizaje, debido al déficit educacional y a los conflictos que le generaba su maduración sexual temprana<sup>3</sup>.

Con base en lo anterior y con las demás pruebas recopiladas, y siguiendo la Sentencia SU- 337 de 1999 (M. P.: Alejandro Martínez Caballero), procedió al análisis del caso de la siguiente forma:

- Debido a que el menor tiene siete años, la intervención es altamente invasiva y le puede generar graves repercusiones en el desarrollo de su vida posterior, y además no está en un inminente riesgo de perder la vida, se concluye que es necesario el consentimiento informado del menor para la realización de la intervención quirúrgica, pues es a este al que le corresponde definir su identidad sexual.
- Por consiguiente, no es legítimo que en este caso los padres autoricen la intervención y los tratamientos hormonales para su hijo sin el consentimiento del menor; en otras palabras, no es dable el consentimiento sustituto. Por ello, la tutela no debe ser concedida, acogiendo la solicitud concreta de los padres que pretenden que el juez de tutela autorice los procedimientos.

---

<sup>3</sup>[...] desde el punto de vista psicológico se encuentra que el examinado presenta dificultades de aprendizaje, debido al déficit en los repertorios de aprestamiento preescolar, y a los conflictos que su maduración sexual temprana le generan. No obstante, estas dificultades de aprendizaje no constituyen un retardo mental. La incapacidad mayor al sesenta por ciento fue conceptuada globalmente apreciando tanto los problemas congénitos de tipo biológico como las dificultades en su desarrollo, generadas más por los conflictos emocionales que le causa su situación social y personal que lo condenan a ser víctima del rechazo social por sus diferencias, y le dificultan una adecuada solución de su sexuación, que por un defecto constitucional...

- Es necesario que para que el menor exprese su consentimiento a la intervención quirúrgica o se niegue a la misma, que tanto él como su grupo familiar estén previamente asesorados por un grupo interdisciplinario de médicos cirujanos, urólogos, endocrinólogos pediatras, genetistas, ginecólogos, sicólogos, siquiatras y trabajadores sociales tanto del procedimiento apropiado como de sus posibles implicaciones. Además, es al equipo interdisciplinario al que le corresponde establecer cuándo el menor goza de la autonomía suficiente para prestar su consentimiento, para que se le adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, si el paciente así lo elige.

## 2.2. Problema jurídico

En el presente asunto corresponde a la Sala establecer si, dadas las circunstancias del caso, para proceder a la protección de los derechos fundamentales invocados por el infante resulta viable que la intervención requerida para la asignación de sexo se realice a partir del consentimiento sustituto de los padres, o si, por el contrario, como se trata de un menor que ha sobrepasado el umbral de los cinco años, se hace indispensable esperar a que adquiera la madurez suficiente para adoptar por sí mismo dicha decisión o si su criterio resulta relevante o decisivo para tomar la decisión, por lo que el consentimiento de los padres debe ser coadyuvado por el menor.

## 2.3. Consideraciones

Para el desarrollo de este apartado no nos basaremos únicamente en la sentencia objeto de estudio, sino que seguiremos la línea de análisis argumentativo que ha seguido la Corte Constitucional cuando ha abordado este problema, lo que nos permitirá comprender la doctrina constitucional<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>Como bien expresa López (2006, pp.139-140) en su libro *El derecho de los Jueces*: “La interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia, y esto resulta crucial para entender el aporte del derecho de origen judicial a todas las ramas del derecho”. Y agrega: “La determinación de la subregla jurisprudencial solo será posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales revelantes”.

a. *Línea de análisis argumentativa sobre el problema jurídico planteado*

En fallos anteriores: T-401 de 1994, T-477 de 1995, T-474 de 1996, T-551 de 1999, T-692 de 1999, T-1390 de 2000, T-850 de 2002, y en especial en la Sentencia de Unificación SU- 337 de 1999<sup>5</sup>, la Corte Constitucional ha seguido una línea de análisis argumentativo, que le ha llevado a la fijación de las reglas jurisprudenciales, que nos permitimos sintetizar de la siguiente manera: 1) El consentimiento informado del paciente y la protección del derecho a la autonomía personal; 2) la tensión entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia cuando el paciente no tiene la capacidad para dar su consentimiento; 3) los problemas constitucionales suscitados por la existencia de estados intersexuales en niños; y 4) la legitimidad del consentimiento sustituto. Los requisitos del consentimiento sustituto de los padres para la práctica de intervenciones quirúrgicas de asignación de género y adecuación genital.

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

La actividad médica se encuentra sometida a unos principios esenciales que tienen fundamento no solo constitucional (artículo 49 C.P.) sino también en las normas internacionales de Derechos Humanos y en los principios de bioética llamados de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia. Desde el juramento de Hipócrates, los médicos han orientado su práctica con base en el llamado principio de beneficencia, en su doble dimensión: el deber que tienen de contribuir positivamente al bienestar del paciente (principio de benevolencia) o al menos de abstenerse de causarle cualquier daño físico o psíquico (principio de no maleficencia).

---

<sup>5</sup>Ref. Corte Constitucional, sentencias: T-401/94 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz); T-477/95 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero); T-474/96 (M.P.: Fabio Morón Díaz); SU-337/99 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero); T-551/99 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero); T-692/99 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz); T-1390/00 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero); T-850/02 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil).

En cuanto al principio de autonomía, este obliga, *prima facie*, a que todo procedimiento médico sea autorizado por el paciente. Para la Corte, el ejercicio de la profesión médica no puede entenderse de otra manera, puesto que en una democracia pluralista, el trato hacia cualquier individuo debe basarse en el respeto irrestricto a su dignidad humana, valor este del cual se originan los demás derechos fundamentales. De modo que toda actuación destinada a instrumentalizar a la persona, impidiéndole que pueda tomar las decisiones que estime convenientes sobre su propio cuerpo, se considera como abiertamente desproporcionada y contraria a los principios que informan la Constitución.

Para la Corte, es claro que la primacía constitucional de los derechos a la dignidad humana y la autonomía personal, que obligan a considerar a cada persona como un sujeto libre y capaz de incidir en las decisiones que tienen que ver con su salud, hace que todo procedimiento médico esté sujeto a la autorización del paciente, otorgándose condición prevalente al principio de autonomía antes expuesto. Además, la observancia de la autonomía de la persona incluye la posibilidad de que el paciente califique, con base en elementos de juicio suficientes, la bondad del procedimiento al que será sometido y después de una ponderación adecuada de los riesgos existentes decida libremente sobre la práctica o no del tratamiento o de la intervención.

En consonancia con lo anterior, el artículo 1° del Código de Ética Médica (Ley 23 de 1981) establece que *el respeto por la vida y los fueros de la persona constituyen la esencia espiritual de la medicina*. De modo que el médico [...], pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente (art.15)<sup>6</sup>. (El subrayado es nuestro).

<sup>6</sup>En los artículos 15 a 18 se regula la obligación de informar al paciente sobre los riesgos previsible e injustificados. Son **previsibles**, aquellos que dentro de la práctica médica pueden

De otro lado, con el reconocimiento constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.) se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autopoese, se autogobierna, lo que significa que la persona es dueña de sí misma y de sus actos; es ella quien puede darle sentido a su existencia y quien fija su plan de vida. Esto es precisamente lo que hace humana la vida de los humanos, por lo cual el propio sentido de qué es lo beneficioso se liga a las opciones vitales de las personas. Es deber del médico no solo proteger la vida humana, sino hacerlo teniendo en cuenta la singularidad de cada individuo.

Para la Corte, uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de la individualización como una persona singular es precisamente la identidad de género, esto es, el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo. Las intervenciones hormonales y quirúrgicas de readecuación de sexo son particularmente invasivas, por lo que 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 solo 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, el equipo sanitario no solo debe suministrar una información muy depurada al paciente sino que, además, debe establecer procedimientos que permitan constatar la autenticidad de su consentimiento.

---

llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento clínico; son **injustificados**, aquellos que no corresponden a las condiciones clínico-patológicas del paciente (como lo son generalmente las cirugías estéticas).

2. *La tensión entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía cuando el paciente no tiene la capacidad para dar su consentimiento*

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

Si bien el consentimiento informado es un requisito necesario para la legitimidad constitucional de la práctica de procedimientos médicos, la necesidad del consentimiento no es una “obligación mecánica” a cargo del personal médico, sino que existen excepciones al principio de autonomía fundadas en la protección misma de la salud y la integridad física del paciente en situaciones de urgencia (principio de beneficencia) o de intereses del conglomerado social<sup>7</sup>. En estas circunstancias, el cuerpo médico se encuentra relevado de obtener el consen-

---

<sup>7</sup> “La prevalencia del principio de autonomía, y el consecuente deber médico de obtener un consentimiento informado, no constituyen, sin embargo, una regla de aplicación mecánica y absoluta en todos los casos, por cuanto este deber del equipo sanitario puede colisionar, en ciertos eventos, con otros valores que tienen también sustento constitucional y que pueden adquirir en la situación concreta un mayor peso normativo. Así, como es obvio, en una emergencia, y en especial **si el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o se encuentra en grave riesgo de muerte, es natural que los médicos actúen en función exclusiva del principio de beneficencia** y adelanten los tratamientos necesarios para salvar la existencia o la integridad física del paciente, por cuanto es razonable presumir que la mayor parte de las personas desean salvaguardar su vida y salud, y la espera para la obtención de un consentimiento informado podría tener consecuencias catastróficas para el propio paciente, cosa que no sucede en el presente asunto.

En otras ocasiones, el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no solo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual puede justificar, dentro de ciertos límites, la realización de ciertos procedimientos, incluso contra la voluntad de la propia persona. Esto explica la obligatoriedad de ciertas vacunas que protegen contra enfermedades muy contagiosas, susceptibles de afectar gravemente la salud colectiva, o la imposición de ciertas medidas sanitarias, como el aislamiento o la cuarentena de los enfermos, para evitar la propagación de una epidemia” (SU-337 de 1999, fundamento 13).

timiento del paciente<sup>8</sup>, aun en los casos en que se trate de un menor de edad, o se encuentre en estado de inconsciencia o mentalmente incapaz<sup>9</sup>. La tensión entre el principio de beneficencia y autonomía se resuelve a favor del principio de beneficencia.

En aquellas circunstancias, diferentes de las excepciones anotadas anteriormente, en las que el paciente no tiene las condiciones para dar su consentimiento, la jurisprudencia constitucional ha aceptado la legitimidad del *consentimiento sustituto* en cabeza de las personas responsables de quien no es capaz de decidir por sí mismo. En caso de los menores de edad opera en general el consentimiento sustituto; los padres tomarán las decisiones relativas a los procedimientos de salud de los niños, teniendo en cuenta su beneficio y la protección de sus derechos fundamentales. En otras palabras, la autorización supletiva toma el cariz de una medida de protección destinada a garantizar dichos derechos.

Por otra parte, a medida que el niño va creciendo se va incrementando su autonomía, lo que significa que cada vez estará más capacitado para tomar decisiones sobre su propia salud en directa proporción con su nivel de desarrollo<sup>10</sup>. Lo anterior conduce a que del reconocimiento de un determinado grado de autodeterminación a los menores de edad en pro-

---

<sup>8</sup>La situación de urgencia se encuentra definida en el artículo 3º del Decreto 3380 de 1981, de acuerdo con el cual: "Pra señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico". El artículo 11 del Decreto 3380 de 1981 establece que "El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: b) Cuando exista urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico".

<sup>9</sup> Artículo 14 de la Ley 23 de 1981: "El médico no intervendrá quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata".

<sup>10</sup>Lo que nos lleva a que los conceptos de capacidad y autonomía para autorizar o rechazar un tratamiento médico difieren del concepto de capacidad de ejercicio y de la clasificación de incapaces absolutos y relativos consagrados en los artículos 1502-1504 del C. C.

porción a su desarrollo volitivo podría surgir un problema constitucional, si se produce una tensión entre el principio de autonomía, que privilegie las decisiones del menor de edad en capacidad de decidir, y el principio de beneficencia, que permite a los padres tomar determinaciones en nombre de su hijo y con el fin de protegerlo de acciones u omisiones que vulneren su vida y su salud.

Para la Corte, la resolución de esta tensión obliga a tener en cuenta múltiples factores que escapan del ámbito eminentemente normativo y que están estrechamente ligados a las condiciones particulares de cada caso en concreto. Pero en todo caso la resolución de estas tensiones debe ir encaminada a tomar la decisión que más beneficie al menor de edad. Por ello, cuando el niño no tiene la capacidad de ver los beneficios a futuro (por ejemplo, vacunas), el consentimiento de los padres sustituye la voluntad del menor. En este caso es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que este se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es válido suponer que en el futuro, cuando sea adulto, el hijo reconocerá que la intervención paternal fue correcta. Es lo que se ha denominado un “consentimiento orientado hacia el futuro” (Sentencia SU-337/99, fundamento 24).

Por el contrario, los padres no podrán, invocando sus convicciones religiosas, rechazar para su hijo de pocos meses un tratamiento que resulta indispensable para proteger su vida, por cuanto se estaría sacrificando la vida o integridad del menor en función de la libertad religiosa de los padres (Sentencia T-411 de 1994). En resumen, el consentimiento sustituto de los padres, del Estado o de los médicos, según sean las circunstancias, es una medida de protección de los derechos fundamentales del menor.

Con base en la anterior línea de argumentación, la jurisprudencia constitucional fija tres criterios que son adecuados para efectuar la labor de ponderación entre el principio de au-

tonomía y el de beneficencia respecto al consentimiento sustituto de los padres, criterios que buscan, ante todo, no causar daño al menor, o causarle el menor daño posible, sobre todo si este puede ser irreparable. Estos criterios son: (i) *la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor*, (ii) *los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño* y (iii) *la edad y madurez del paciente* (Sentencia T- 551 de 1999, fundamento 8, y Sentencia T-1025 de 2002, fundamento 7).

3. *Los problemas constitucionales suscitados por la existencia de estados intersexuales en menores de edad*<sup>11</sup>

Estos criterios, que son adecuados para la labor de ponderación entre los principios, para el caso de las intervenciones de asignación de sexo y remodelación genital no son tan claros. Sobre su carácter urgente la comunidad médica no tiene un concepto unívoco, con la excepción de cuando el menor nace con hiperplasia suprarrenal congénita en individuos que presentan la variedad “perdedores de sal”, en los que el riesgo de crisis adrenal puede ser una urgencia de extrema gravedad, pues puede llevar a la pérdida de la vida, por lo que requiere manejo inmediato<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup>Nuestra Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-337 de 1999 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero) tiene en cuenta que muchos autores distinguen entre los “estados intersexuales” o “hermafroditismos”, por una parte, que implican una discordancia entre las distintas dimensiones biológicas del sexo, y por la otra, la “ambigüedad genital”, en la que simplemente la apariencia de los genitales externos impide asignar un sexo al momento del nacimiento. Considera que debido a que en general estos síndromes reciben tratamientos médicos semejantes y, por consiguiente, suscitan similares interrogantes éticos y jurídicos, concluye que para el análisis constitucional, y por economía del lenguaje, no es indispensable distinguir sistemáticamente entre estas condiciones (fundamento 32), lo que significa que la doctrina constitucional elaborada en esa sentencia es relevante para decidir jurídicamente los conflictos que suscitan tanto las remodelaciones de genitales derivadas de los estados intersexuales y de las distintas formas de ambigüedad genital.

<sup>12</sup>“Hiperplasia suprarrenal congénita (exceso de andrógenos fetales): Constituye la forma más común de ambigüedad sexual (40-45%) y la causa endocrina más frecuente de muerte neonatal. Este trastorno puede ser resultado de la deficiencia de alguna de las enzimas corticales suprarrenales que intervienen en la síntesis del cortisol, se hereda en forma autosómica recesiva” (González, Fonseca, Caraballo y Rodríguez, 2001). En el mismo sentido Molina, Polanía, Osorio y Pérez (2008) y Hayes, Eid de Pommier y Montero (2005).

De otra parte, el nivel de intensidad y el impacto del procedimiento médico tampoco es un criterio que pueda ser cuantificado de forma objetiva, pues la naturaleza invasiva de la intervención también depende de las condiciones subjetivas del paciente. No obstante esta subjetividad, los procedimientos quirúrgicos, terapéuticos y hormonales son altamente invasivos, requieren, en el común de los casos, de varias intervenciones, carecen de la posibilidad de reversarse y están siendo cuestionados. En otras palabras, comportan serias implicaciones en el ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que incorpora el derecho a su singularidad, a su identidad personal y a su sexualidad. La sexualidad no se reduce a la asignación de la calidad de hombre o mujer, derivada de la evaluación de la apariencia física, sino que también incluye otras variables, tales como el moldeamiento comportamental del género, la preferencia sexual, etc. Variables, todas ellas, que se ven afectadas en grado sumo con las decisiones médicas que se tomen con objeto de superar un estado intersexual.

Por último, en cuanto a la edad del menor, aunque es una medida razonable de la capacidad de autodeterminación, tampoco puede ser aplicada de forma estricta por la singularidad que envuelve el proceso de desarrollo de la capacidad volitiva de cada individuo, razón por la cual es absolutamente probable que dos sujetos con la misma edad tengan niveles de autonomía diversos.

En principio, los menores de edad en sus primeros años de vida, por su desarrollo psicológico y nivel de volición, no estarían capacitados para brindar su consentimiento libre, informado y cualificado para tomar este tipo de decisiones, lo que podría enfrentarnos a una tensión entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia. El principio de autonomía postula que en ciertas ocasiones las intervenciones tempranas, cuando no consultan la opinión del menor, son más lesivas que esperar hasta que el menor tenga la capacidad

de emitir su decisión; el principio de beneficencia postula que las operaciones en los primeros años de vida evitarían graves inconvenientes psicosociales derivados de la indeterminación sexual.

Como lo que se busca es el mayor beneficio para el menor evitando causarle daño, y teniendo en cuenta que hablamos de su identidad sexual, la solución que ha otorgado la jurisprudencia constitucional consiste en un modelo de proporción inversa entre el grado de autodeterminación del menor y la posibilidad de que sus padres consientan de manera sustituta la práctica de intervenciones médicas. Así, si el niño es de muy corta edad, sus padres podrán consentir por él, con el cumplimiento de determinadas condiciones, a las que se hará referencia más adelante; en caso contrario, si la edad del menor le permite cierto grado de autonomía y capacidad de decisión, se restringe la viabilidad del consentimiento sustituto. Para la Corte, entre más claras sean las facultades de autodeterminación del menor, mayor será la protección constitucional a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.) y menores las posibilidades de interferencia ajena sobre sus decisiones que no afectan derechos de terceros.

4. *La legitimidad del consentimiento sustituto. Los requisitos del consentimiento sustituto de los padres para la práctica de intervenciones quirúrgicas de asignación de género y readecuación genital.*

Si los menores no tienen la capacidad jurídica ni la autonomía suficientes para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre (consentimiento sustituto), a fin de que sus intereses no queden a la deriva. El artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada y ratificada por Colombia (Ley 12 de 1991), establece que si bien incumbe “a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”, lo cierto es que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño”; por ende, los padres no pueden someter a sus hijos

a cirugías y tratamientos riesgosos, de los cuales no se derive un beneficio directo para su salud, por cuanto tal decisión afecta el interés superior del menor.

Debido a la complejidad del tema de los estados intersexuales y los problemas constitucionales que suscitan, es una exigencia que la actuación de los padres a favor de sus hijos y, en general, la potenciación del principio de beneficencia, esté rodeada de las más altas garantías. Por ello, para la Corte, cuando sean los padres los que deban expresar el consentimiento sustituto, este debe cumplir con las condiciones de ser informado, cualificado y persistente. Además se requiere de la ayuda terapéutica de un grupo interdisciplinario de profesionales de la salud y de otras ciencias humanas que brinden el apoyo al menor y su familia con el fin de que el tratamiento, además de biológicamente exitoso, permita su desarrollo psicológico adecuado a fin que llegue a la edad adulta con la posibilidad de vivir con dignidad, esto es, en un marco que posibilite el ejercicio pleno de sus derechos constitucionales, en especial la autonomía, la identidad sexual y el libre desarrollo de su personalidad.

Se debe tener siempre presente que el objetivo de estos tratamientos hormonales y cirugías suponen la necesidad de contribuir a superar un estado de ambigüedad afirmando las características predominantes de un determinado género; por ello es deber del equipo interdisciplinario evaluar todos los factores que determinan la sexualidad del paciente, en aras de recomendar aquella asignación de sexo que más se aproxime a su real identidad personal y sexual.

A medida que se supera la etapa inicial, la urgencia de la cirugía va desapareciendo y, por el contrario, los tratamientos hormonales y la cirugía hacen más lesiva la invasión de la autonomía, por lo que es necesario una mayor protección constitucional del menor. Cuando este tenga un desarrollo cognitivo, social y afectivo que le permita tener conciencia

de su cuerpo y de su identidad de género, el consentimiento sustituto paterno pierde legitimidad constitucional, por lo que las cirugías e intervenciones hormonales para modelar lo genitales deben esperar hasta que el propio paciente pueda autorizarlas.

En otras palabras, entre más clara sea la autonomía individual, más intensa es la protección judicial al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.), y más se invalida el consentimiento sustituto de los padres; lo que estaría en conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala en su artículo 12 que los Estados deben garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Con base en los anteriores argumentos, la Corte, en la Sentencia de unificación SU-337 de 1999 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), reiterada en las sentencias T-551 de 1999 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), T-692 de 1999 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), T-1390 de 2000 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), definió la regla según la cual, en casos de estados intersexuales o hermafroditismos, es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años (por no haber superado el umbral crítico de identificación del género), siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo.

Cuando el infante ha superado el umbral de los cinco años, le corresponde a este tomar la decisión sobre su identidad sexual<sup>13</sup>, pero a partir de un consentimiento especial y cuali-

---

<sup>13</sup>Sobre este punto, la Corte en la Sentencia SU-337 de 1999 dijo lo siguiente: *Una obvia pregunta surge: ¿a qué edad se puede presumir que han ocurrido los cambios psicológicos que invalidan el consentimiento*

ficado que comporta los siguientes requisitos: (i) el consentimiento prestado por los padres coadyuvado por (ii) la expresa voluntad del menor, dada la naturaleza altamente invasiva de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo, (iii) que sea acorde con las recomendaciones médicas y un seguimiento profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, y que debe incluir no solo profesionales de la medicina sino también un psicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar al niño y a sus padres en todo el proceso de la decisión<sup>14</sup>.

Es indispensable el acompañamiento médico, psicológico y, especialmente, de trabajadores sociales para el menor y sus padres, pues son dichos profesionales los llamados a velar por la libre y expresa aquiescencia del infante en la operación y en los tratamientos médicos requeridos y, en general, en la salvaguarda del consentimiento asistido.

En caso de que la decisión del menor no coincida con la de sus padres, o que la decisión del menor y sus padres no coincida con el concepto del equipo interdisciplinario, no podrá realizarse la cirugía de asignación de sexo. Ello no obsta para que la misma se realice posteriormente, cuando así lo soliciten, por haber coincidido en su voluntad, el niño y sus padres, y dicha voluntad coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario.

---

*sustituto paterno en caso de ambigüedad genital de la menor XX? No existe una respuesta clara a ese interrogante, por cuanto las diferentes personas se desarrollan en distinta forma, y existen a veces agudas controversias entre las diversas escuelas psicológicas sobre la manera como los seres humanos evolucionan, desde el nacimiento hasta la madurez. Como es obvio, no corresponde a esta Corporación dirimir esa difíciles polémicas (sic). Sin embargo, es importante resaltar que numerosos estudios de psicología evolutiva y las diversas escuelas psicológicas, a pesar de sus obvias diferencias de enfoque, coinciden en general en indicar que a los cinco años un menor no sólo ha desarrollado una identidad de género definida sino que, además, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo y posee una autonomía suficiente para manifestar distintos papeles de género y expresar sus deseos (Fundamento 88).*

<sup>14</sup>Ref. sentencias SU-337 de 1999 y T-551 de 1999 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero).

**b. Aplicación de la Doctrina Constitucional en la Sentencia T-1025/02**

En la Sentencia T-1025/02, objeto de análisis, se reitera la doctrina constitucional (fundamento 33) al expresar que

en caso de operaciones invasivas, es procedente darle prevalencia al consentimiento informado del paciente, aun cuando éste sea menor de edad, en aras de salvaguardar la libre determinación de su personalidad, la proyección de su identidad y, en últimas, su vida digna. No obstante, el citado mandato admite excepciones, tal y como lo estableció la doctrina de esta corporación en Sentencia SU-337 de 1999 y subsiguientes, en las que concluyó que el permiso paterno era válido en menores de cinco años siempre que se tratara de un *consentimiento informado, cualificado y persistente*, cuya responsabilidad se adjudicó al grupo interdisciplinario de médicos, cirujanos, siquiatras, sicólogos y trabajadores sociales que cuiden y velen por la salud del menor.

Es un consentimiento sustituto en defensa de los derechos fundamentales de los niños, bajo la modalidad de *consentimiento proyectado a futuro*.

Podemos ver que el problema planteado es resuelto con base en un mecanismo de ponderación de principios, para lo cual se crean las reglas o los criterios de edad, madurez, urgencia, impacto (riesgos), que buscan proteger los derechos fundamentales de los niños, y como paciente, su bienestar. Con la figura del consentimiento informado, sustituto de los padres en algunos casos, o consentimiento asistido en los otros casos, se protege el interés del menor con ambigüedad sexual y sus derechos fundamentales al libre desarrollo de su personalidad, autonomía y salud. Estos niños, además de ser menores, hacen parte de una minoría marginada y olvidada, por lo que merecen una especial protección del Estado en cuanto a su identidad sexual y el libre desarrollo de su personalidad (arts. 13, 16 y 44 C.P.)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> El límite a la actividad protectora implica, por un lado, que el Estado no puede adoptar las decisiones de salud por las personas, en la medida en que sus resoluciones específicas puedan ser

En el caso concreto sometido a revisión por la Corte Constitucional operaría la figura del *consentimiento asistido* con la participación de los padres en la adopción de la decisión sobre la práctica de la cirugía de asignación de sexo, con el acuerdo médico en torno a la alternativa clínica adecuada para el menor, y una vez la identidad de género del menor se encuentre acentuada social y psicológicamente acorde con la asesoría y el concepto del equipo interdisciplinario en torno a estos aspectos (fundamentos 36-41).

Una vez se haya prestado la asesoría a que se ha hecho referencia, y el menor NN y sus padres estén suficientemente informados de las consecuencias de llevar a cabo la cirugía y los tratamientos de asignación de sexo, se haya consultado al menor y a sus padres acerca de la decisión final adoptada, por intermedio del equipo interdisciplinario, y esta haya sido afirmativa, la Corte ordena se **realice** la cirugía en el término de los 15 días siguientes a la manifestación de la voluntad. Así mismo, ordena que se realicen los tratamientos hormonales requeridos y cualquier otro tratamiento postoperatorio que sea indispensable, según concepto del grupo interdisciplinario y de conformidad con la evolución del paciente.

En caso de que la decisión del menor no coincida con la de sus padres o que la decisión del menor y sus padres no coincida con el concepto del equipo interdisciplinario, no podrá realizarse la cirugía de asignación de sexo. Ello no obsta para que la misma se realice posteriormente, cuando así lo soliciten, por haber coincido en su voluntad, el menor NN y sus padres, y dicha voluntad coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario. Para tales efectos, se **ordena** al Juez XX que vigile y tome las medidas necesarias para el cumplimiento de este numeral.

---

tomadas autónomamente, aunque las mismas no hayan desarrollado plenamente su autonomía en todos los aspectos de su vida. Tal límite impone además el deber del Estado de proteger a las personas en relación con aquellas decisiones para las cuales no han desarrollado la autonomía necesaria. La protección de estas personas resulta aceptable entonces, en la medida en que ellas mismas, o terceros, no pongan en peligro el ejercicio futuro de su autonomía, con las decisiones respecto de su salud" (Sentencia T-850 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, Fundamento jurídico 2.2.2).

### 3. CONSIDERACIONES PERSONALES

#### 3.1. Asignación de sexo, estado civil

Un problema que encontramos sobre el tema de estados intersexuales en menores de edad es el referente a la preocupación médica y de los padres por no saber cómo registrar el nacimiento de sus hijos. Hay estudios médicos que aconsejan que no se registre su nacimiento hasta tanto no se haya acordado el sexo del niño<sup>16</sup>. Sin embargo, en Colombia, el registro civil de nacimiento es el mecanismo en que el Estado reconoce la existencia de una persona natural y es el medio de prueba de su existencia legal (arts. 105-106 del Decreto 1260 de 1970), por lo que no registrarlos trae más desventajas en el orden jurídico y práctico que posibles beneficios futuros de no tener que acudir a la justicia para que se declare, dado el caso, un cambio de sexo.

Una cosa es la asignación de sexo, otra las operaciones de readecuación genital y otra el procedimiento jurídico de cambio de identidad sexual, si es el caso. Consideramos que lo más lógico es inscribir el nacimiento asignándole el médico el sexo que más se aproxime a su real identidad sexual, basado en los dictámenes científicos. De esta forma, el criterio de la necesidad de realizar cirugías destinadas a reconstruir la apariencia de los genitales con el fin de asignarle el sexo, para así registrar el nacimiento, pierde su carácter de urgencia.

Por otra parte, se les da tiempo a los padres para investigar sobre otras posibles alternativas a las intervenciones quirúrgicas y a los tratamientos hormonales para modelar los genitales, y para evaluar la necesidad, riesgo e irreversibilidad de estos tratamientos. Los médicos deben informar a los padres del estado del arte sobre el tema, de los debates tanto en la comunidad científica<sup>17</sup> como de los individuos afectados por

---

<sup>16</sup>“Al analizar la historia clínica se debe calmar la angustia y la ansiedad de los representantes y recordarles no presentar al niño en el registro civil hasta tanto no se haya acordado el sexo del niño” (González, Fonseca, Caraballo y Rodríguez, 2001).

<sup>17</sup>“Existe hoy un reconocimiento de que la función sexual es mucho más que habilidad para tener coito y que el desarrollo de una identidad de género estable es un proceso complejo. Las investigaciones actuales sobre el género apuntan que los factores prenatales (ejemplo:

estas operaciones a temprana edad, tanto de los que han considerado estas operaciones como beneficiosas como de los que han manifestado que se les ha mutilado sexualmente<sup>18</sup>.

### 3.2. El principio de beneficencia paternalista

En la revisión de los estudios sobre el tema parece observarse un consenso de la comunidad científica sobre la necesidad de un manejo multidisciplinario, con un equipo integrado por el pediatra ginecólogo, urólogo, psiquiatra y un trabajador social; sin embargo, pareciera que la principal preocupación médica es poder asignar el sexo del menor lo más adecuadamente posible, dejando en segundo plano la autonomía del paciente<sup>19</sup>. A nuestro parecer, falta comprensión por parte de los médicos de que el principio de beneficencia es “un” principio moral que debe articularse con los otros principios, especialmente el de autonomía, lo que requiere el consentimiento informado del paciente. Por ello es necesario que entiendan que cuando se habla del principio de beneficencia no se refiere a su expresión paternalista y hasta cierto punto autoritaria. El conocimiento que tienen los expertos sobre el tema, y su necesidad de buscar lo mejor para el paciente, no puede ir en desmedro de la autonomía del paciente y de su capacidad de decidir sobre su propia identidad sexual.

---

la exposición a los andrógenos fetales en individuos con hiperplasia adrenal congénita) y los factores postnatales, incluyendo el medioambiente social, son importantes y que la apariencia genital es menos relevante” (Agromonte, 2006).

<sup>18</sup>Al respecto se puede consultar la página [www.isna.org](http://www.isna.org).

<sup>19</sup>“El recién nacido cuyos genitales son ambiguos representa un reto para el pediatra y la familia. Una clara comprensión de las bases de la diferenciación del sexo y la consulta oportuna con un endocrinólogo pediatra es crítica para la evaluación y determinación del sexo de crianza del recién nacido con genitales ambiguos. El cariotipo sexual y una concentración de 17 – OHP pueden ser suficientes en la evaluación inicial de pseudohermafroditismo femenino debido a que la mayoría de los pacientes tendrán HSC virilizadora. Si se sospecha de pseudohermafroditismo masculino sobre la base de gónadas palpables, obtenemos de manera rutinaria un cariotipo, concentraciones de esteroide suprarrenal basal y niveles de suero de testosterona estimulada por HCG y DHT, luego consideramos una prueba de tratamiento con testosterona. Los médicos que se preocupan por los niños con genitales ambiguos deben apreciar las necesidades culturales, religiosas y psicológicas de la familia y evitar determinar el sexo ante de que se llegue a un diagnóstico exacto” (Gutiérrez, Calzada, Saborío & Estrada, 1999).

### 3.3. Cambio de paradigma

Pensamos que en la actualidad nos encontremos incursos en un cambio de paradigma sobre la ambigüedad sexual. Son muchos los cuestionamientos que se están generando tanto dentro de los profesionales e investigadores vinculados con el manejo de los estados intersexuales como los propios individuos que nacen con los genitales ambiguos<sup>20</sup>, y que hacen relación a que la intersexualidad sea definida como una patología que requiere de una solución. Podemos considerar los estados intersexuales como variantes de la diferenciación sexual, estados intermedios de un dimorfismo sexual de nuestra especie biológica, sin establecer valoraciones relevantes, ni jurídica ni éticamente, pues, como dijimos al principio, son seres humanos miembros de la especie humana. Para ello es necesario que el cambio de paradigma científico deba ir acompañado de un cambio cultural que considera la diversidad y reconozca la autonomía del individuo y la libre fijación de su identidad, que incluye su sexualidad.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la organización Panamericana de la Salud (OPS) están contribuyendo a este cambio de paradigma. Al usar el término “sexualidad” se refieren a una de las dimensiones fundamentales del hecho de ser un ser humano, que está basada en el sexo, incluye al género, las identidades de sexo y género, la orientación sexual, el erotismo, la vinculación afectiva y el amor, y la reproducción.

En el acta sobre la reunión de consulta realizada en Guatemala en mayo de 2000<sup>21</sup> se definen los siguientes conceptos: a) el término *sexo* se

---

<sup>20</sup>En nuestro trabajo de atención psicológica a personas que recibieron cirugía genital se han identificado procesos psicológicos asociados a las intervenciones quirúrgicas que son indicadores de sufrimiento humano: presencia de alienación corporal y alienación sexual, depresión profunda, ansiedad, e insatisfacción con la nueva apariencia genital con impacto negativo en la calidad de vida. La identidad corporal de los sujetos aparecía afectada y se expresaba en una relación conflictiva y disociada con el propio cuerpo mediante sentimientos de extrañamiento corporal por rechazo, negación y/o exclusión de los genitales e inconformidad con el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios. Estos aspectos matizaban las experiencias sexuales y configuraban la forma de disfrutar o negar la sexualidad” (Agromonte, 2006).

<sup>21</sup>OPS, OMS. *Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción*. Acta de una reunión de consulta convocada por la OPS y la OMS en colaboración con la Asociación Mundial de Sexología, celebrada en Guatemala del 19 al 22 de mayo de 2000.

refiere al conjunto de características biológicas que definen al espectro de humanos como hembras y machos; b) la *identidad de género* define el grado en que cada persona se identifica como masculina o femenina o alguna combinación de ambos. Es el marco de referencia interno, construido a través del tiempo, que permite a los individuos organizar un autoconcepto y a comportarse socialmente en relación con la percepción de su propio sexo y género. La identidad de género determina la forma en que las personas experimentan su género y contribuye al sentido de identidad, singularidad y pertenencia; y c) la *identidad sexual* incluye la manera como la persona se identifica como hombre o mujer, o como una combinación de ambos. (El subrayado es nuestro).

Creemos que la doctrina constitucional le da viabilidad al proceso de cambio de paradigma, pues en sus sentencias privilegia un marco de trabajo de colaboración e intercambio interdisciplinario entre expertos, pacientes y familiares, lo que es fundamental para llegar a un lenguaje común que no genere confusión, y que privilegie la perspectiva del paciente, su autonomía y responsabilidad en las decisiones de los tratamientos que se van a implementar o que no se van a realizar.

### 3.4. Legitimidad del consentimiento sustituto

No obstante lo anterior, consideramos que la Corte no es consecuente con sus argumentos explicativos cuando fija, basada en el criterio de edad (5 años), que si el menor tiene menos de 5 años se requiere para realizar las intervenciones quirúrgicas y los tratamientos hormonales el consentimiento sustituto de los padres, y si es mayor de esta edad requiere su consentimiento asistido por el de sus padres y del grupo interdisciplinario.

Cuando hablamos del consentimiento sustituto de los padres bajo la modalidad de “consentimiento orientado hacia el futuro” significa que la decisión tomada por los padres beneficia al menor, le protege sus derechos fundamentales y que en el futuro el menor reconocerá que la intervención fue correcta. Sin embargo, sabemos que en lo que respecta a la importancia y urgencia del tratamiento para la salud del menor existen cuestionamientos científicos a la necesidad de los procedimien-

tos de adecuación genital como única alternativa posible; que además, en cuanto al grado de afectación de la autonomía, estas operaciones y tratamientos son irreversibles, y por ello los cuestionamientos de sujetos operados sin su conocimiento y/o sin su consentimiento, en los que aparece patente que el consentimiento sustituto de los padres no cumplió con los objetivos de un consentimiento proyectado hacia futuro.

Si la readecuación de los genitales y/o los tratamientos hormonales no son vitales, ¿por qué no se estudian otras alternativas o se espera simplemente a que el menor tenga capacidad suficiente, en el sentido de que tenga la autonomía para decidir o no sobre un tratamiento u operación, sin importar la edad? Si cuando toma la decisión sigue siendo menor de edad, hablaríamos realmente de un consentimiento asistido y no sustituto. De esta forma se cumpliría con los deberes que tienen el Estado y los padres de “protección” de la integridad de las condiciones psiobiológicas necesarias para que el menor pueda ejercer su autonomía presente o futura; decisión que solo a él le corresponde, pues estamos hablando de algo inherente a la persona misma, la fijación de su identidad sexual<sup>22</sup>. El consentimiento sustituto, que sustituye la voluntad del paciente, se requeriría únicamente en los casos de incapacidad de hecho del menor y de la urgencia del tratamiento para la vida y salud del menor.

Creemos que el argumento de que las condiciones socioculturales en las que se encuentra inmerso el menor le van a impedir un adecuado desarrollo psico-biológico no está acorde con el principio y valor de dignidad del ser humano, pues la forma de proteger su dignidad no es asignándole, sin su consentimiento, y mediante tratamiento médico y/o quirúrgico, uno de los dos sexos. Por otra parte, se viola el pluralismo y la igualdad basados en la no anulación de la diferencia que se

---

<sup>22</sup>En sus artículos 154 y 162 el Código Civil español, excluye del ámbito de la representación legal de los padres sobre los hijos aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con su condición de madurez, pueda realizar por sí mismo. El fundamento de la sustitución (consentimiento sustituto) se encuentra en el deber de velar por los intereses de sus representados. El Estado, por su parte, también tiene la obligación constitucional de velar por los intereses del menor.

encuentra consagrada en el artículo 13 de nuestra C.P.<sup>23</sup>. Las razones que esgrime la Corte Constitucional para explicar el porqué se toma la decisión en cuanto al consentimiento sustituto y su finalidad, que es la protección de los derechos de los niños, no es congruente con la regla de los 5 años, ya que el criterio último es la autonomía, su capacidad de decisión sobre los asuntos que solo a ella atañen y que deben ser decididos por ellos mismos<sup>24</sup>. Cuando carece de esta autonomía, la protección de los derechos de los menores con ambigüedad sexual debe basarse, a nuestro modo de ver, en el principio de no maleficencia, en no causarle daño o en causar el menor daño posible; en otras palabras, en protegerlo de un perjuicio<sup>25</sup>.

En conclusión, proponemos que se dé aplicación, con base en el bloque de constitucionalidad<sup>26</sup>, a la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños; uno de los cuales es el de su identidad sexual y de

<sup>23</sup>Lo que estaría de acuerdo con la conclusión de Amezúa en su artículo "La disposición intersexual: origen de la diversidad" (en Botella y Fernández de Molina, 2007): "Ello nos lleva a concluir que, aunque la patología exista, como es obvio, la disposición intersexual de los individuos es una clave de diversidad y no sólo de limitaciones. Nos lleva también a poder considerar las patologías en su forma blanda y no dura y a hacer hincapié en las variedades y no solo en las restricciones, es decir, en la diversidad de los elementos que integran la identidad de los sujetos".

<sup>24</sup>Siguiendo a Manuel Atienza en *Derecho y Argumentación* (1997), argumentar buscando el sentido del derecho, y este lo encontramos en este tema a partir de la consideración de que la identidad sexual es básicamente un asunto privado que no genera derechos en los demás, y que, por el contrario, debe estar protegido por los derechos a la privacidad y a la intimidad, basado en el respeto que debemos a los demás en su condición de iguales a nosotros.

<sup>25</sup>Según el modelo clásico, las decisiones de sustitución se hacían siempre proyectando sobre el incapaz lo que la familia, el médico, el juez o toda la sociedad consideraban que era su «beneficio» o su «mayor interés». En la situación moderna eso ya no es posible, dado que la sociedad no puede ni debe determinar el beneficio de una persona, capaz o incapaz, sino sólo protegerla del perjuicio. Pero eso no significa que no pueda y deba intentarse definir lo que es el mayor beneficio de un niño" (Gracia, Jarobo, Martín y Ríos, 2001, p. 181).

<sup>26</sup>"Pactos dentro de los que se puede mencionar: El Pacto de San José de Costa Rica, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la asamblea general el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10), en la Convención de Viena y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño y que han consagrado la protección especial a la niñez. De esta manera lo expresa la Corte Constitucional en diversas intervenciones al aludir directamente al desarrollo de los derechos fundamentales de la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad" (Velásquez, González y Sarmiento, 2007, p. 222).

género, que debe poder incluir la opción de no ser clasificado ni como femenino ni como masculino<sup>27</sup>. El desconocimiento de la posibilidad de esta alternativa conlleva a la vulneración del derecho a su libertad, a su salud psicobiológica, y lo más importante, a su dignidad como ser humano, al tratamiento digno por su condición de ser humano, sin distinción de edad, sexo, condición, estirpe o clasificación sexual; en otras palabras, al respeto como persona.

Necesitamos, por tanto, producir herramientas con las que se pueda materializar el cambio de paradigma. Debemos educarnos en el conocimiento de la existencia de ambigüedades y en la comprensión de las mismas, que no por presentarse en menor porcentaje que el dimorfismo sexual en la población humana sean consideradas como no naturales y valoradas como aberrantes o anormalidades que necesariamente hay que corregir<sup>28</sup> o enfermedades que hay que curar. Los derechos humanos están por encima de los valores culturales, y si la cultura tiene costumbres que van contra los derechos humanos, lo que hay que cambiar es el valor cultural. Con ello entenderíamos que la vida no es solo el derecho a la vida sino la forma en que cada individuo quiera desarrollarla y que incluye la posibilidad de no clasificarse en alguno de los dos géneros: Esta opción de vida como un derecho no afecta

---

<sup>27</sup>El Código de la Infancia y de la Adolescencia, que busca la protección de los menores de edad, de sus derechos fundamentales, establece en su artículo 12, sobre *perspectiva de género*, el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas; perspectiva que se debe tener en cuenta en la aplicación del código, en todos los ámbitos donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad.

<sup>28</sup>Es un error conceptual seguir valorando lo que se considera natural como bueno y, por el contrario, lo que no se considera natural como malo, y más aun considerar que el estado intersexual impide el *telos* de la especie, que es reproducirse; con estos argumentos estamos, por una parte, impidiendo la opción de no querer reproducirnos y, segundo, estamos siendo irresponsables con el control demográfico de nuestra especie. Como bien plantea Gracia (2007, p. 338, en Botella y Fernández de Molina, 2007): "La cultura griega nos enseñó a pensar en términos de *physis*, naturaleza, y a valorar lo natural como «ordenado» y «bueno» y lo antinatural como «desordenado» y «malo». Y ello por una razón esencial, a saber, porque la naturaleza está dotada de *telos* o finalidad interna. Bueno es lo que se ajusta a esa finalidad intrínseca de cada cosa, y malo lo contrario. De ahí el concepto, medular en toda la ética naturalista, de actos «intrínsecamente buenos» o «intrínsecamente malos». Los primeros son aquellos que respetan el orden interno de la naturaleza, y los malos son los contrarios. De este esquema conceptual dependió el desarrollo de toda ética clásica, y concretamente de la ética sexual. Ésta no se puede entender desligada de los conceptos de acto antinatural o contra natura y de acciones «intrínsecamente buenas» o «intrínsecamente malas»".

los derechos de terceros ni el orden jurídico, pues simplemente es el reconocimiento sociocultural de una realidad biológica. En este caso, el interés particular se convertiría en un interés común, que es el de no interferencia en los asuntos que solo a los individuos conciernen y que no afectan los derechos de los terceros.

## REFERENCIAS

- Agromonte, A. (2006). Tratamiento quirúrgico de los genitales ambiguos: fundamentos e implicaciones psicológicas y sexuales. *Revista Cubana de Endocrinología*, 17 (3).
- Atienza, M. (1997). *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Botella, J. y Fernández de Molina, A. (Eds.) (2007). *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*. España: Ediciones Díaz de Santos.
- Coll, M., Nossa, M. y Bonilla, E. (s.f.). Ambigüedad sexual. Obtenido de *Revista de urología*: <http://www.encolombia.com/medicina/urologia/urologia8399-rescongreso2.htm>
- Fontdevila, A. y Moya, A. (2003). *Evolución*. Madrid: Síntesis.
- González, L., Fonseca, G., Caraballo, A.J. y Rodríguez, L. (2001). Ambigüedad sexual. *Archivos Venezolanos de Puericultura y Pediatría*, 64 (82), 68-75.
- Gracia, D., Jarobo, Y., Martín, N. y Ríos, J. (2001). Toma de decisiones en el paciente menor de edad. *Revista Médica Clínica*, 117, 179 -190.
- Gutiérrez, R., Calzada, L.D., Saborío, M. y Estrada, Y. (1999). Ambigüedad genital. *Revista Médica del Hospital Nacional de Niños Dr. Carlos Sáez Herrera*, 99-112.
- Hayes, J. P., Eid de Pommier, M. y Montero, W. (2005). Hiperplasia suprarrenal congénita por déficit de 21 hidroxilasa. *Revista Boliviana de Pediatría*, 44 (2), 93-96.
- López, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Molina, S., Polanía, D.F., Osorio, P. y Pérez, J. (2008). Diagnóstico prenatal de ambigüedad genital, correlación postnatal y revisión de la literatura. *Revista Universitas Médica*, 49, 259-276.

Velásquez, C., González, P. y Sarmiento, I. (2007). Principios y Derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia. Revista *Estudios de Derecho*, LXIV (144), 218-233.

[www.isna.org](http://www.isna.org)

### **Leyes y decretos**

Constitución Política de Colombia

Ley 23 de 1981

Decreto 3380 de 1981

Ley 12 de 1991

Decreto 1171 de 1997

Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia

Código Civil español

### **Sentencias de la Corte Constitucional**

Sentencia T-401 de 1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T- 411 de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo Ochoa.

Sentencia T- 477 de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-474 de 1996. M.P.: Fabio Morón Díaz.

Sentencia SU 337 de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T- 551 de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-692 de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T- 1390 de 2000. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-850 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T- 1025 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.