

Olga Lucía Camacho Gutiérrez*
Universidad la Gran Colombia (Bogotá D.C., Colombia)
olgacamacho.g@hotmail.com

**Análisis terapéutico de precedentes: un estudio
de la intersexualidad a partir de los
pronunciamientos de la Corte Constitucional****

*Therapeutic jurisprudient analysis: A study
of intersex from the rulings of the Constitutional Court*

*Análise terapêutica de antecedentes: um estudo
da intersexualidade a partir das declarações do Tribunal
Constitucional*

Artículo de investigación: recibido 30/06/2016 y aprobado 17/11/2016

* Estudiante de último semestre de la Facultad de Derecho, Universidad la Gran Colombia, sede Bogotá. Investigadora en el proyecto DeCyT 1430 sobre turismo trasplantológico en la Argentina, dirigido por el Dr. Carlos Elian Pregno, en la Universidad de Buenos Aires.

** El presente escrito constituye un avance de investigación vinculado al semillero de investigación «In Ius Vocatio» de la Facultad de Derecho de la Universidad la Gran Colombia.

Resumen

A partir de la perspectiva que plantea la jurisprudencia terapéutica en el estudio de casos judiciales, fueron sometidos a revisión los nueve fallos que hasta ahora ha emitido el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional colombiano acerca del problema jurídico más importante relacionado con la intersexualidad, esto es, el de la obtención del consentimiento informado en los procedimientos de reasignación de sexo o normalización.

La regla jurídica adoptada como precedente judicial genera eventuales efectos terapéuticos o anti-terapéuticos según la obtención del consentimiento informado privilegie el ejercicio de la autonomía del menor de edad intersex, o el de sus representantes legales.

Palabras clave: Intersexualidad; menores de edad; Corte Constitucional; jurisprudencia terapéutica; consentimiento informado.

Abstract

From the perspective of therapeutic jurisprudence in the study of judicial cases, a review was made of the nine judgments that the High Court of the Colombian Constitutional Jurisdiction has issued up to now on the most important legal problem related to intersexuality, that is, obtaining informed consent in sex reassignment or standardization procedures.

The legal rule adopted as judicial precedent generates possible therapeutic or anti-therapeutic effects depending on how the obtaining of informed consent privileges the exercise of the autonomy of the intersex minor, or that of the legal representatives.

Keywords: Intersexuality; minors; Constitutional Court; therapeutic jurisprudence; informed consent.

Resumo

A partir da perspectiva que expõe a jurisprudência terapêutica no estudo de casos judiciais, foram submetidas a revisão as nove decisões que até agora foram emitidas pelo Tribunal Supremo da Jurisdição Constitucional colombiano com respeito à questão legal relacionada à intersexualidade, isto é, a da obtenção do consentimento informado em procedimentos de redesignação sexual ou normalização.

A norma jurídica adotada como precedente judicial gera eventuais efeitos terapêuticos ou anti-terapêuticos segundo a obtenção do consentimento informado favoreça o exercício da autonomia do menor de idade intersexual, ou de seus representantes legais.

Palavras-chave: Intersexualidade; menores de idade; Tribunal Constitucional; jurisprudência terapêutica; consentimento informado.

Introducción

La intersexualidad alude al conjunto de características físicas, hormonales y genéticas que (i) no son completamente femeninas o masculinas, (ii) o que son una combinación de lo femenino y lo masculino, o (iii) que no resultan ser ni femeninas ni masculinas (Jones, 2015).

El término agrupa más de 30 o 40 formas de diversidad corporal distintas a la heteronormatividad, y se opone a expresiones que revisten una carga emotiva negativa o un sentido peyorativo implícito, como sucede con palabras como *hermafrodita*, *pseudohermafrodita*, *hermafrodita verdadero*, o a expresiones del campo de la medicina como *desorden en el desarrollo del sexo* o DSD por sus siglas en inglés (A. Lee, Christopher, Faisal, & A. Hughes, 2006).

Las personas intersex enfrentan obstáculos en el ejercicio de sus derechos en el escenario médico. Entre éstos se encuentran la administración de tratamientos invasivos de readecuación quirúrgica y hormonal de sus genitales, esterilizaciones forzadas, falta de acceso a la información médica, omisión del deber de obtener el consentimiento informado del paciente, retardos en el registro de nacimiento, negativa de acceso a los servicios de salud, entre otros (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Para combatir estas situaciones el activismo intersexual, nacido a finales de los años noventa en los Estados Unidos (Greenberg, 2006), ha insistido en dos particulares ejes. El primero apunta a hacer visible la intersexualidad como un asunto de corporalidades diversas, que pueden o no, llevar aparejada una vinculación con la identidad de género,¹ expresión de género² u orientación sexual.³ El segundo hace especial énfasis en los modelos de abordaje de la intersexualidad desde el escenario médico, y en éste participa también el campo de lo jurídico.

1 «La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento» (Principios de Yogyakarta, 2006, p. 6).

2 «La expresión de género se refiere a la manifestación externa del género de una persona (...) Las posturas, la forma de vestir, los gestos, las pautas de lenguaje, el comportamiento, las interacciones sociales» (Comisión IDH, 2015, p.32).

3 La orientación sexual es definida como la capacidad de cada persona para sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas» (Principios de Yogyakarta, 2006, p.6).

En torno a este segundo eje suelen ser analizados tres modelos o protocolos de abordaje de la intersexualidad, los cuales se presentan a continuación (Uslan, 2012):

Tabla 1

| | |
|--|--|
| Enfoque medicalizante (Propuesto en 1950, aún dominante) | La intersexualidad es asumida como un «problema» de género, solucionable a partir de la corrección de la «anormalidad» genital del menor mediante intervenciones de tipo quirúrgico y hormonal. La toma de decisiones en este escenario se delega al prestador médico, quien reduce la cantidad de información provista a los representantes legales del menor de edad, motivado en el principio de evitación de un daño mayor, o de beneficencia. |
| Enfoque activista (De oposición al medicalizante) | Apunta a la moratoria ⁴ en la práctica de los procedimientos de carácter quirúrgico y hormonal. Se centra en la falta de necesidad y de urgencia, y a la ausencia de estudios que den cuenta de los beneficios de aquellos procedimientos. Aboga por la asesoría integral del menor y sus padres; por la desmitificación de la intersexualidad como situación «anormal de género», y por la promoción del ejercicio del consentimiento informado por parte del menor de edad siempre que éste sea competente para ello. |
| Enfoque intermedio o moderado | Duda de la pertinencia de una real moratoria ⁴ , se inclina por la permisión de los procedimientos de readecuación o reasignación sexual, siempre que no se traduzcan en un futuro perjuicio irremediable para el menor intersex, a nivel tanto físico como psicológico. Llama la atención sobre la necesidad del permitir el ejercicio del consentimiento en cabeza de los representantes legales del paciente intersexual, a condición de que se cumpla por el personal médico, con el deber de información. |

En el estudio de estas tres perspectivas de tratamiento de la intersexualidad, se suele tener como referente a nivel internacional a Colombia (Greenberg, 1999) (Greenberg, 2006) (Greenberg, 2012) pues ha sido uno de los primeros países en que una Alta Corte se ha pronunciado sobre las violaciones a las que

4 Habrá de hacerse referencia a este término en diversas ocasiones a lo largo de este escrito. Por moratoria en su sentido ordinario deberá entenderse como la prórroga o posposición de un procedimiento al menos hasta que se satisfagan ciertas exigencias que realizan quienes proponen este protocolo.

han sido sometidos los menores intersex en el escenario médico, junto a las complejidades que puede revestir en la práctica, el ejercicio de sus derechos.

En un inicio se creía que el litigio en esta materia debía ser ajeno a la esfera de lo judicial por envolver una relación *médico-padres-paciente menor de edad*, resuelta por la *lex artis* y los principios bioéticos. Sin embargo, cada vez son más los casos en que se conoce de la recepción de una causa judicial que relaciona como afectado a un menor de edad intersex (Greenberg, 2006).

Han sido 10⁵ los casos que la Corte Constitucional colombiana ha dictado desde 1992. Uno de los rasgos particulares que han identificado a este grupo de sentencias, ha sido el de haber asumido un enfoque de tratamiento de la intersexualidad que, conforme las consideraciones de la Corte en cada caso, corresponden con uno de los tres abordajes que fueron arriba descritos y que serán desarrollados más adelante en este escrito.

Este hecho permite que pueda fallo pueda ser sometido a lo que se conoce como el *análisis terapéutico de la jurisprudencia*, que consiste en la identificación de los posibles efectos a nivel terapéutico de una regla de derecho contenida en una *ratio decidendi*, y en la identificación de las razones jurídicas que motivan al juez a inclinarse por uno u otro enfoque y su mantenimiento, modificación o cambio a través de subsiguientes fallos que aborden los mismos derechos en conflicto, bajo similares supuestos fácticos (Winick, 1994).

La intención principal de este escrito es realizar el estudio de los fallos según la metodología que propone el análisis terapéutico de precedentes, nacido en el seno del derecho al rechazo de los procedimientos en salud mental, y que ha sido extendido a otro tipo de especialidades en el campo de la salud cuya judicialización ha sido conocida por Altas Cortes de cierre (Schopp, 1993).

Las preguntas centrales que se espera resolver son: ¿qué enfoques terapéuticos han sido asumidos por la Corte Constitucional colombiana en los fallos que abordan la cuestión intersexual? Y ¿Qué razones jurídicas motivan la toma de decisiones cuyo efecto se reporta en el escenario de la relación médico-paciente?

5 Entre los casos que han sido fallados tratando la «cuestión intersex» se encuentran por orden cronológico las sentencias T-477/95, SU-337/99, T-551/99, T-692/99, T-1390/00, T-1025/02, T-1021/03, T-912/08, T-622/14; y la sentencia T-450^h/13. Esta última no está comprendida entre el grupo de sentencias bajo estudio debido a que no guarda relación estrecha con el problema jurídico que interesa en este texto. El caso mencionado se refiere a la vulneración del derecho del menor intersex al reconocimiento de su personalidad jurídica cuando se le niega, por causa de su condición de «ambigüedad sexual», su derecho al registro civil.

El abordaje del presente escrito ha sido estructurado de la siguiente manera: en primer lugar, se hace referencia a la *jurisprudencia terapéutica* y su implementación en la práctica judicial. En segundo lugar se identifican los enfoques de tratamiento de la intersexualidad, junto con las decisiones emitidas por el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, haciendo alusión a las razones que han motivado la inclinación por uno u otro y su eventual correspondencia con un efecto terapéutico o anti terapéutico en materia de salud.

1. Análisis terapéutico de la jurisprudencia: ¿a qué apunta y en qué consiste?

A finales de los años 80's en las Cortes estadounidenses especializadas en asuntos de menores de edad, adicciones a las drogas, violencia doméstica y salud mental (*Problem Solving-Courts*) inició la aplicación de un enfoque interdisciplinario del derecho, preocupado por los efectos terapéuticos o anti-terapéuticos de las decisiones judiciales (Winick, 2002).

Este enfoque se interesa en los efectos que una regla de derecho contenida en una sentencia judicial puede tener sobre la calidad de vida y bienestar psicológico de la persona directamente afectada por la decisión. A esto Wexler y Winick lo llamaron «jurisprudencia terapéutica» (en adelante IT) (Drogin, 2000).

En dichas Cortes especializadas, a diferencia de las tradicionales en las que el juzgamiento depende de consideraciones de tipo fáctico o legal, se introdujo una visión más amplia y comprensiva, que asumió a los factores humano y psicológico como aspectos determinantes en el origen del problema jurídico. Esto obligó a la implementación, en la tarea de juzgar, de acciones específicas de rehabilitación.

Particularmente, en las Cortes en materia de salud mental, la discusión retomada a principios de los años 90s sobre la internación involuntaria del paciente en centros de atención psiquiátrica, cuyos efectos anti-terapéuticos (la internación involuntaria se relacionaba con el bajo índice de continuidad y apego del paciente al tratamiento médico); llamaron la atención sobre la necesidad de respetar el ejercicio de su autonomía. Aquella discusión y la aplicación del enfoque de la JT llevarían al reconocimiento del derecho legal al rechazo de tratamiento médico en materia de salud mental (Winick, 1991) (Winick, 1994) (Winick, 2006).

Tratándose de un discurso interdisciplinario del derecho con un ámbito aplicativo mucho más amplio que el dirigido al contexto de las Cortes

especializadas (Winick, 2002) la JT se erige hoy como el enfoque jurídico que promueve la implementación de una ética del cuidado al interior de las Cortes. Esto ocurre bajo el entendido de que la aplicación del derecho que no observa las necesidades especiales de las personas puede llevar a decisiones legalmente relevantes pero poco efectivas (Casey & Rottman, 2000) (Richardson, Spencer, & Wexler, 2016).

Se ha dicho que por su interés en el factor social éste es un movimiento heredero, al interior del realismo norteamericano,⁶ de la perspectiva sociológica de la jurisprudencia de R. Pound., la cual tendió a la consideración de los factores sociales como aquellos en torno a los cuales debía proceder el derecho y ser en consecuencia aplicado (Budjac Corvette, 2000).

No se trata entonces de una nueva concepción del derecho ni de la insistencia acerca del sentido social del derecho o una forma jurídica del consecuencialismo que tiene a la mejor acción como aquella que maximiza el bien. La JT sí se preocupa por las consecuencias de una decisión judicial sobre el bienestar del individuo, pero también se orienta al ejercicio de sus derechos aun cuando esto se traduzca en el sacrificio del beneficio mismo. Es decir la IT no niega la validez de los eventos en que a través del ejercicio del derecho a la autonomía se produce una consecuencia anti-terapéutica, como ocurre en los casos en que el sujeto se niega a acceder a tratamientos de rehabilitación en relación con el abuso de drogas, o tratamientos en salud mental.

La JT confiere al juez, como sujeto decisor, el rol de agente terapéutico, quien a través de sus decisiones va generando una diferencia curativa, educativa y de empoderamiento en la vida de las personas a las cuales éstas se dirigen (Drogin, 2000).

La interdisciplinariedad de la JT reside en la convergencia de conocimientos provenientes de la psicología y las ciencias del comportamiento, los cuales amplían la comprensión del caso, con miras a minimizar los efectos anti-terapéuticos del derecho. Lo anterior no implica sacrificar el debido proceso, la separación de poderes, el valor de la justicia, o sugerir el triunfo de ciertos principios jurídicos por encima de otros (Casey & Rottman, 2000) (Winick, 2006).

6 Siendo que por extensión y propósito no se trata de ahondar en los debates al interior del realismo jurídico, ni de aquellos otros que ha extendido en su contra el ala formalista del derecho, quien esté interesado en esta materia puede consultar Leiter (2007). Para ahondar en el desarrollo del realismo, sus principales exponentes y posturas, ver Postema (2011).

La práctica de la JT se basa en los principios de autonomía-autodeterminación (que posee la naturaleza de un derecho), y de no coerción (Cooper, 1999) (Spencer, 2012).

Con base en estos principios el juez determina el valor psicológico del ejercicio de la libre autonomía, sobre el entendido de que un sujeto al que se le permite decidir entre varias opciones conforme al marco legal aplicable y los hechos del caso en cuestión, actuará de manera más efectiva con respecto al cumplimiento de lo que ordena la sentencia. En este sentido los efectos anti-terapéuticos se generan cuando se ha privado al sujeto, a través de la coerción externa, del poder de autodeterminación y autonomía (Winick, 2002).

Ante la producción eventual de un efecto anti-terapéutico (que no es sinónimo de «contrario a derecho»), el juez tiene el poder decisor para minimizar el impacto negativo en el bienestar del individuo afectado por la sentencia. Esto acontece en la internación involuntaria de personas que sufren una enfermedad mental, en la cual se opta por la continuidad del tratamiento médico en espacios que no limiten la libertad de movimiento del paciente (Perlin, 2002).

La aplicación de este enfoque no subordina el análisis legal, ni hace compromisos con teorías políticas o morales. Su utilidad esencial radica en el fortalecimiento de la conclusión final contenida en la sentencia, y en la incidencia en el cambio de enfoque de la regla más apropiada, que suele ser aplicada a la resolución de problemas jurídicos producto de supuestos fácticos de configuración similar (Kress, 1999).

¿Qué entender en definitiva, por efectos (anti) terapéuticos, y qué variables determinan la producción de uno y otro?

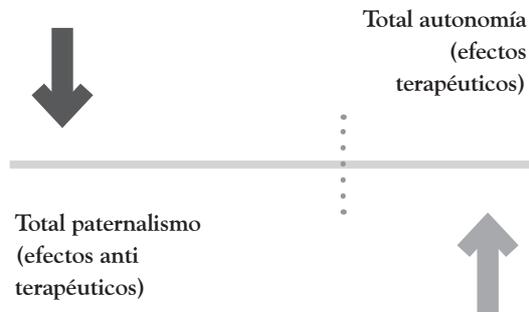
La expresión «terapéutica» es entendida en el ámbito médico como el conjunto de medios, prácticas o preceptos a través de los cuales se procura el tratamiento de una enfermedad. En el escenario de la IT dicho término sufre una variación importante debido a que no se propone el tratamiento de una enfermedad, sino proveer una solidez argumental mayor a la resolución de un conflicto entre derechos. Tratándose de una sentencia judicial, la condición terapéutica de lo fallado reside en el empleo de los principios orientadores de autonomía y no coerción.

La condición anti terapéutica de lo fallado se relaciona con la primacía del principio de beneficencia, el cual reduce el ejercicio de la autonomía de

la persona en función de una consideración paternalista, la cual atribuye a un tercero la toma de la decisión.

Esta relación de prevalencia de la autonomía o la beneficencia debe entenderse como una de *grado* o un *continuum*. Esto se debe al hecho de que, en situaciones judiciales en las que se debate la titularidad de la toma de decisiones en salud, el consentimiento informado requiere de un grado sustancial aunque no pleno de autonomía para reputarse como de «efecto terapéutico» (Faden & Beauchamp, 1986).

Figura 1
Relación de los efectos terapéuticos y anti terapéuticos (elaboración propia)



Como se observa en la figura anterior, la línea puntuada señala el límite de ruptura entre los efectos terapéuticos y anti terapéuticos. La toma de la decisión autónoma guarda un grado mucho menor para que pueda entenderse respetada. Lo contrario acontece con la decisión bajo consideraciones benéficas o paternalistas, cuyos efectos anti-terapéuticos se estiman mayores en tanto mayores sean, a su vez, las limitaciones al ejercicio independiente, auto-determinado, no coaccionado y autónomo de la decisión de la persona. Los factores que suman o restan en la balanza de esta relación de grado dependen del caso y sus particulares circunstancias.

En los casos en los que un menor de edad intersex se enfrenta a la aceptación o rechazo de las prácticas medicalizantes de normalización o readecuación genital, añaden peso en el extremo de la motivación paternalista razones como la

necesidad de salvaguardar el *mejor interés del menor*, determinado por un tercero (dada la falta de madurez del afectado); la pronta realización del procedimiento médico dado el carácter urgente del mismo; y la necesidad de evitar futuros daños físicos y psicológicos, derivados del mantenimiento de la ambigüedad en las características sexuales del menor (Spencer, 2012) (Winick, 2006).

En la balanza del autonomismo añaden peso consideraciones basadas en la necesidad de que la personalidad del sujeto se desarrolle libremente, a través del «entrenamiento» o «educación» en la toma independiente de decisiones; los beneficios psicológicos que reporta el ejercicio de la autodeterminación del sujeto en su propia salud mental; y la aplicación del *principio de precaución* con respecto a procedimientos de efectividad no comprobada (Spencer, 2012) (Winick, 2006).

La jurisprudencia terapéutica en materia de Salud

Antes de abordar el estudio del tratamiento de la intersexualidad por parte de la Corte Constitucional, es importante mencionar que la IT ITha reforzado el sentido de la humanización en el contexto sanitario, y los principios bioéticos que rigen la toma de decisiones en el marco de la relación médico-paciente (Perlin, 2002).

La IT en el contexto de la salud es sinónimo de un enfoque pro-autonomía (Cooper, 1999). La autonomía puede relacionarse, a partir de la exposición clásica de Dworkin, con la libertad de actuar (*freedom and liberty*), libertad de la voluntad (*freedom of the will*), dominio de sí mismo (*self-mastery*), auto-control (*self-control*), y auto-determinación (*self-determination*) (Dworkin, 1998).

La IT rechaza el paternalismo, justificado o no, contenido en una decisión judicial. Tal rechazo se funda en la violación al derecho de las personas a elaborar su propio plan de vida. Aun cuando el paternalismo justificado se dirige a la producción de un bienestar que interesa a la IT, aquél no es aceptado en tanto priva de la participación en la toma de la decisión benéfica al sujeto afectado (Kress, 1999) (Dieterlen, 1988).

En síntesis, la jurisprudencia terapéutica es un movimiento interdisciplinario en la práctica del derecho que se centra en la determinación de los efectos terapéuticos o anti-terapéuticos de la regla jurídica contenida en la sentencia judicial. La determinación de tales efectos la tiene a su cargo el juez como agente terapéutico, con base en los principios de autonomía, autodeterminación y no coerción, sobre los cuales, la psicología y las ciencias de la conducta han

demostrado resultados benéficos y de rehabilitación para el sujeto afectado con la decisión. Por último, en el escenario de la salud la IT rescata la aplicación del principio de autonomía (que reviste un carácter doble, como derecho y principio bioético), en oposición a posturas paternalistas, justificadas o no.

Intersexualidad y la Corte Constitucional: análisis terapéutico de un «caso difícil»

La Corte Constitucional como agente terapéutico del derecho: ¿decisiones de tipo terapéutico o anti-terapéutico?

Puesta en perspectiva la utilidad de la JT y teniendo en cuenta lo que propone cada enfoque de abordaje de la intersexualidad relacionados en la introducción de este escrito, veremos cuáles han sido los posicionamientos de la Corte Constitucional (en adelante la Corte) en casos en los que se ha requerido de la obtención del consentimiento informado para autorizar procedimientos de «normalización» en menores de edad intersex.

Para la delimitación y escogencia de los fallos objeto de estudio se realizó una búsqueda exhaustiva en la sección de «Relatoría» de la Corte. Fueron encontrados de diez fallos, nueve de Tutela (una de ellas excluida del análisis por no guardar analogía con el problema jurídico abordado), y una Sentencia de Unificación. Los descriptores temáticos de esas relatorías eran las expresiones *hermafroditismo*, *pseudohermafroditismo*, *ambigüedad genital*, o *intersexualidad*.⁷

En este grupo de sentencias se encontró la formulación de los siguientes problemas jurídicos:

- (i) ¿Era o había sido legítima la conducta de las autoridades y de los particulares que participaron en el proceso de readeacuación de sexo del menor de edad a la luz del art. 20 de la Constitución de 1886, art. 6 de la Constitución de 1991 y el de los particulares según el art. 45 del Decreto 2591 de 1991? (T-477, 1995).

7 Todos estos términos se refieren a la dimensión biológica, y significan que la persona posee características genéticas, físicas y hormonales que no son del todo femeninas ni masculinas. Sin embargo, en el lenguaje de los derechos, el colectivo intersex ha preferido que se hable tan sólo de «intersexualidad», y no de hermafroditismo y sus derivados, ya que considera que estas últimas expresiones implican una carga peyorativa.

(ii) ¿Son los titulares de la patria potestad o los representantes de los menores de edad quienes pueden autorizar o no una intervención médica y quirúrgica, destinada a la readecuación genital de un menor de edad intersexual máxime cuando no se encuentra de por medio el riesgo de muerte? (SU-337, 1999).

(iii) ¿Es o no procedente que, por vía de tutela, el juez constitucional ordene a una entidad de seguridad social el adelanto de una cirugía de remodelación genial que, según concepto médico, resulta necesario para asegurar el desarrollo psicológico y físico de un menor de edad en condición intersexual? Como problema jurídico implícito inquirió la Corte acerca de la legitimidad del consentimiento sustituto paterno. (T-551, 1999).

(iv) ¿Se siguió conforme la doctrina constitucional fijada por la Corte el alcance respecto a la obtención del consentimiento cualificado y persistente de los padres en la autorización de procedimientos de reasignación de sexo del menor? (T-692, 1999).

(v) ¿Es o no procedente que por vía de tutela el juez constitucional ordene a una entidad de seguridad social adelantar una cirugía de remodelación de sexo la cual ha sido recomendada por especialistas médicos como esencial para asegurar el desarrollo psicológico y físico satisfactorio del menor?, ¿Es posible o no que los padres autoricen para su hijo una operación de remodelación de sus genitales, o deben ser aprobadas por la propia persona? (T-1390, 2000).

(vi) ¿Para proceder a la protección de los derechos fundamentales del menor de edad intersex permitiendo su acceso a la intervención médica requerida, resulta viable que esta sea autorizada a partir del consentimiento sustituto de sus padres o del mismo menor? (T-1025, 2002).

(vii) ¿La exigencia del pago de cuotas de recuperación para obtener la atención en salud vulnera los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y la integridad física cuando el usuario carece de los recursos económicos para asumir tal obligación?, ¿Fueron cumplidos los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha fijado para la obtención del consentimiento sustituto de los padres en la autorización de intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo? (T-1021, 2003).

(viii) ¿Para proceder a la protección de los derechos fundamentales del menor resulta viable que la intervención de reasignación de sexo se

realice a partir del consentimiento sustituto de los padres o del mismo menor? (T-912, 2008).

(ix) ¿Vulnera los derechos fundamentales del menor de edad su entidad prestadora del servicio de salud al no proveer la realización de la cirugía de reasignación de sexo? Como problemas jurídicos conexos aborda la Corte conjuntamente lo relacionado a la obtención del consentimiento informado y el debate sobre el reconocimiento jurídico a las personas con intersexualidad. (T-622, 2014).

Según se observa de lo anterior, los problemas jurídicos formulados convergen en referenciar la obtención del consentimiento como uno de particular importancia. En algunos casos siendo denominado como «consentimiento sustituto», «consentimiento cualificado y persistente» y en otras simplemente como consentimiento informado.

La razón por la cual resulta problemática la obtención del consentimiento informado en casos de menores de edad intersexuales reside en la irreversibilidad de un procedimiento cuya decisión es ajena a la persona en quien se realiza la práctica médica.

Aunque tradicionalmente, bajo la influencia del derecho civil, la toma de decisiones acerca del menor de edad se confiere a sus representantes legales por cuanto éste último se considera como incapaz relativo, en materia de salud la capacidad tomar decisiones depende más que del crecimiento ligado a la edad, de las exigencias mismas del tratamiento (*competencia*) (Buchanan & Brock, 1948).

Si el tratamiento es de *carácter invasivo*, éste demanda una complejidad mayor en el nivel de información proveído, y una capacidad de razonamiento distinta para sopesar daños y beneficios. Si el tratamiento es *no invasivo* se trata de un procedimiento menor, con un tratamiento estándar, de bajo riesgo, y claramente benéfico para el sujeto decisor (Buchanan & Brock, 1948).

En materia de salud se ha receptado más fácilmente la toma de decisiones de los padres sobre el menor en los tratamientos de *carácter no invasivo* cuando éste todavía es un infante (ej. vacunación obligatoria). Lo contrario ocurre cuando se trata de un adolescente próximo a la mayoría de edad, en cuya autonomía recae el ejercicio de la decisión. El supuesto de los tratamientos de *carácter invasivo* constituye una excepción que requiere un estudio caso a caso (Buchanan & Brock, 1948).

Lo que debatió la Corte en cada una de las sentencias analizadas fue si podía accederse a la excepción, permitiendo al menor de edad consentir (por sí mismo

o con apoyo de sus padres) acerca de un tratamiento de reasignación sexual, que se considera de *carácter invasivo*, y con respecto al cual, desde una visión paternalista se considera que el menor no debería decidir.

Sentencia T-477-1995 «Los niños no son propiedad de nadie»

En este caso no se trata propiamente de un menor de edad intersexual. No obstante, es citado como el primero en que se revisó la obtención del consentimiento informado en procedimientos de normalización sexual.

El menor de edad había sido emasculado, producto de la mordida de un perro, a los 6 meses de edad. Los padres autorizaron la realización de «cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo)» dirigido a mejorar la situación actual de su hijo (hecho 1.2 de la sentencia).

Poco menos de un mes luego de ocurrido el evento se realizó el primer procedimiento de reasignación de sexo. Los médicos adujeron que el menor estaba «en la edad adecuada» y que no era posible «reconstruir (sus) genitales funcionales». Además, se señaló que

«este niño estaba condenado a ser una persona con ambigüedad sexual».

Dado que en el periodo entre el año y medio y los dos años se fundan las bases de la identidad sexual, se concluyó que «era necesario tomar una decisión con respecto a su reasignación de su sexo» (T-477, 1995).

Después se realizó otra intervención para que el menor se desarrollara física, cognitiva y sexualmente en la lógica de lo femenino. Sin embargo, los resultados de los controles médicos llevaron a la conclusión de que el menor continuaba presentando una orientación masculina y el procedimiento había sido fallido.

Cuando el menor de edad reveló su inconformidad con el sexo asignado la Corte revisó la tutela interpuesta por el Defensor del Pueblo.

Para la revisión de este caso la Corte tuvo en cuenta Al formular el problema jurídico que se enumeró anteriormente y para el cual tuvo en cuenta la Corte conceptos de la Academia Nacional de Medicina; de, sexólogos, cirujanos plásticos y sicólogos. Al final, la Corte hizo énfasis en la provisión del consentimiento informado. Con respecto a éste, la Corte indagó si la negativa de obtención del mismo por el menor de edad constituía una violación al derecho a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de su personalidad.

La Corte señaló que el procedimiento era de carácter invasivo, y para definir el límite de la facultad de los padres para decidir sobre esta clase de intervenciones, empleó el juicio de ponderación entre el principio de autonomía y el paternalismo.

Los tres criterios del juicio de ponderación son la urgencia e importancia del procedimiento. En este sentido, no existía urgencia debido a que la intervención se realizó seis años después; la intensidad o impacto sobre la autonomía actual o futura del menor de edad, que permitió a la Corte indicar que había ocurrido una privación del derecho futuro a decidir sobre la autonomía corporal; y la edad del menor, respecto a lo cual la Corte estimó que en relación con el consentimiento informado no se puede equiparar la situación de un recién nacido con la de un adolescente próximo a la mayoría de edad. En consecuencia la Corte no admitió la práctica del proceso de normalización sin que medie la autorización directa del paciente menor de edad. En este sentido, la Corte afirma que:

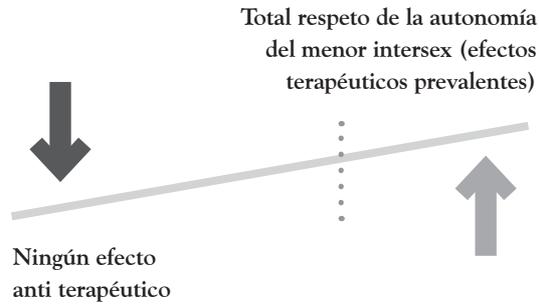
Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía (...) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del «género» que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo «menos malo» (T-477, 1995).

En conclusión, se estableció que no se puede permitir a los padres alterar la identidad sexual de su hijo. Así mismo fueron privados de la facultad de tomar de manera unilateral este tipo de decisiones, que violan los derechos a la identidad, la dignidad, y el libre desarrollo de la personalidad, a los jueces y los médicos.⁸

A propósito del problema acerca de quién debe decidir en este tipo de situaciones, la Corte señala en el *decisum* dado que no se está ante un caso de hermafroditismo hay que respetar la *verdad natural y personal*, las cuales implican la posibilidad de decisión del paciente, quien «tiene uso de razón».

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de «ponderación» de la IT habría de ser el siguiente:

⁸ Derechos cuya vigencia analiza la propia Corte dado que los hechos del caso tuvieron lugar bajo el texto de la Constitución anterior a la de 1991. La Corte determinó que para la época de ocurridos los hechos se encontraban plenamente garantizados dada la fuerza vinculante de los pactos internacionales que consagran, por ejemplo, el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.



Razones de corte anti-terapéutico (que suman al otro extremo de la balanza en tanto son rebatidas por la propia Corte)

- Urgencia. No existe verdadera urgencia en los procedimientos quirúrgicos que se sugieran a partir de ahora dada la avanzada edad del menor de edad –que superaba entonces los 6 años de edad luego de ocurrido el evento de mutilación de sus órganos sexuales–.
- Edad. Se trata de un menor de edad que puede –y debe– consentir por sí mismo (la Corte vincula esta determinación al hecho de que el menor de edad no es propiedad de sus padres ni de la sociedad).

Razones de corte terapéutico

- Impacto serio en la autonomía actual y futura del menor de edad al privársele de una decisión que afecta la determinación de su sexo, y en general de su corporeidad.
- No corresponde a ningún tercero la toma de la decisión más que al mismo paciente.
- Debe respetarse la verdad natural del menor de edad.

Sentencia SU-337-1999. Precedente constitucional: Consentimiento informado, cualificado y persistente

Se trata del primer caso conocido en sede constitucional que relaciona propiamente a la intersexualidad y el consentimiento informado. Primero además en el mundo según Greenberg en tratar conjuntamente, en el escenario sanitario, la cuestión intersex junto al derecho a la autonomía (2012).

Los médicos recomendaron el procedimiento de normalización de la menor intersex. Sin embargo se negaron a ejecutar el procedimiento debido a lo

afirmado en la sentencia T-477-95, que indica que la única persona facultada para decidir es la menor de edad, que contaba entonces con siete años de edad.

La madre de la menor interpuso acción de tutela reclamando el ejercicio de la patria potestad para decidir en beneficio de su hija. El fallo de primera instancia del Tribunal señaló que la decisión no podía ser tomada ni por la madre, ni por los médicos, ni por el mismo Tribunal, sino por la paciente afectada.

La Corte acudió a diversos conceptos médicos acerca de la necesidad y urgencia del procedimiento, y contó con la posición de diversas organizaciones y expertos relacionados con el surgimiento del enfoque medicalizante en los Estados Unidos. El resultado de estas consultas fue la confirmación de que no existen estudios que demuestren convincentemente la necesidad de realizar este tipo de procedimiento (SU-337, 1999).

Para resolver la tensión en torno a la obtención del consentimiento informado la Corte recurrió una vez más al juicio de ponderación. En lo que concierne al principio de autonomía se estableció que éste es un principio *prima facie* que se fundamenta tanto en la Constitución como en los tratados de derechos humanos.

Sin embargo, se manifestó que éste no reviste un carácter absoluto, y puede ceder ante eventos en que las exigencias normativas de los otros principios constitucionales lo demanden, como en los casos de vacunación obligatoria.

Según la Corte en el caso de la intersexualidad no puede privarse al paciente del ejercicio del consentimiento informado por cuanto sigue siendo un caso que se relaciona íntimamente con el ejercicio de los derechos sexuales, reproductivos, y el libre desarrollo de la personalidad.

En esta decisión se indica que el consentimiento informado debe ser ejercido libremente, sin coacción ni engaño, contando con la información debida, comprensible y suficiente que facilite la toma de una decisión racional.

El factor «racional» implica que el paciente debe poseer las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión.

Así mismo, la Corte señala que pese a lo anterior la autonomía que se requiere para el ejercicio del consentimiento informado en el ámbito sanitario es una cuestión distinta de la capacidad legal *negocial*,⁹ medible en *grados*. La medición

9 Distinción fundamental que permite entrever la existencia de personas que siendo capaces jurídicamente pueden no tener autonomía en materia de salud; o el caso contrario, en que se encuentran los menores de edad, quienes careciendo de capacidad legal pueden tener autonomía para la toma de decisiones en materia médica.

dependerá de si se está frente a un tratamiento de *carácter invasivo* o *no invasivo*. Se requerirá de un mayor *grado de autonomía* con respecto a los tratamientos de carácter invasivo que resultan poco benéficos y riesgosos, mientras que los tratamientos de carácter no invasivo demandan un *grado de autonomía* menor. En lo que concierne a los menores de edad la Corte sostiene que estos no carecen totalmente de autonomía, por lo que sus criterios no sólo deben ser «tomados en consideración, sino respetados» (SU-337, 1999).

Debido a que la menor había superado el umbral de madurez (dada su edad: 7 años) la Corte rechazó el consentimiento sustituto o subrogado por parte de la madre, y de pasó desvirtuó la urgencia y necesidad del tratamiento de normalización.

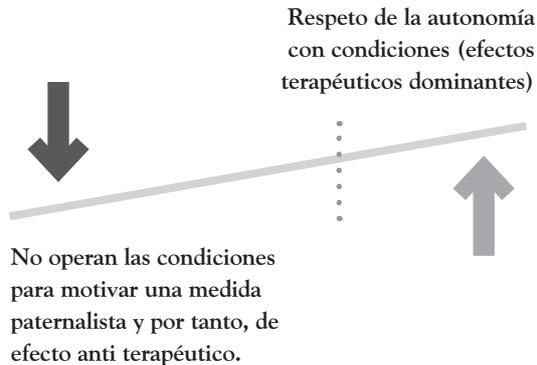
La Corte concluyó que debía ser la paciente quien diera el consentimiento informado acerca de la realización del procedimiento.

El Tribunal señaló que, debido a su edad, el menor era un agente moral, con un nivel cognitivo que le permitía «tener conciencia de su cuerpo y una identificación de género definida» (SU-337, 1999). Las razones secundarias yacen en la falta de urgencia del tratamiento, en la percepción por parte de la menor de la cirugía como una agresión, y en la adquisición de un grado progresivo y creciente de autonomía que merece protección constitucional.

La Corte determinó los cinco años como umbral para acceder a la tenencia de este tipo de desarrollo cognitivo, social y afectivo, y señaló que a esta edad «un menor no sólo ha desarrollado una identidad de género definida sino que, además, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo».

Según la Corte el consentimiento informado de un menor de edad intersex debe ser de tipo *cualificado* y *persistente*. Esto es, que la decisión sea plenamente informada, que en apoyo al ejercicio del derecho a decidir en materia de salud, se cuente además con la asesoría de equipos interdisciplinarios que hagan la autorización o la negativa lo más representativa que sea posible de los deseos de la menor. Este apoyo también debe provenir del representante legal de la menor, quien en procura de los intereses superiores de su hija tendrá que acceder a información en lenguaje comprensible, de acuerdo con su nivel educativo.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de «ponderación» de la IIT es el siguiente:



Razones de corte anti terapéutico

- Urgencia. Debido a la edad de la menor en este caso no existía verdadera urgencia. La urgencia no se sustenta en razones de tipo médico.
- Edad. Según la decisión de la Corte por encima de los 5 años de edad, decide la menor. Por debajo del umbral corresponde a sus representantes legales.

Razones de corte terapéutico

- Se evita un impacto serio en la autonomía actual y futura del menor de edad.
- No debe corresponder a ningún tercero la toma de la decisión, *salvo que* éste tenga menos de 5 años de edad. Superado este umbral, debe decidir el menor intersex.
- Se condiciona el ejercicio de la autonomía cuando se exige un consentimiento informado *calificado* proveniente de un equipo interdisciplinar.

Sentencia T-551-1999. Aplicación del precedente constitucional

Esta sentencia se remite casi textualmente a lo que fuera expuesto en el precedente de la Corte con respecto al consentimiento informado de menores intersexuales. No se añadió mayor variación en la parte motiva del caso, que concierne a una menor de edad intersexual de dos años de edad a la que el antiguo Instituto de Seguros Sociales (ISS) le negó el acceso a la práctica del tratamiento médico que implica la reasignación sexual de normalización. La

motivación de la negativa no fue puesta en conocimiento de los padres, quienes interpusieron acción de tutela.

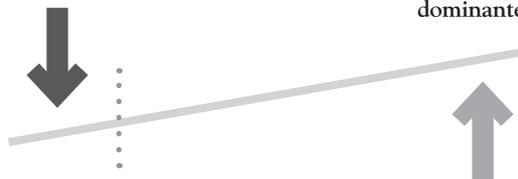
Lo decidido por la Corte fue que, debido a la edad de la menor, los responsables de la realización del procedimiento de normalización eran los padres como representantes legales.

La Corte insistió en el que el consentimiento subrogado legítimo debe ser también *cualificado* y *persistente*. Lo anterior implica que dicho consentimiento debe obtenerse bajo (i) la provisión de información detallada, (ii) expresando la decisión según formalidades especiales, y (iii) que la decisión misma sea proveída y confirmada por etapas, de manera repetida en el tiempo. La Corte delegó a la comunidad médica la fijación de protocolos para la realización de estas características del consentimiento.

En su decisión la Corte señaló que aunque la cirugía de reasignación de sexo había sido realizada hacía algunos días, lo indicado en el *decisum* tenía valor en futuras decisiones relacionadas con el tratamiento de normalización de la menor de edad, y servía para la reafirmación del precedente sentado en la Sentencia de Unificación.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de «ponderación» de la IIT habría de ser el siguiente:

Medida paternalista, con
efectos anti terapéuticos
dominantes



No se evalúa autonomía
del menor intersex (efectos
terapéuticos nulos)

176

Razones de corte anti terapéutico

- Urgencia. No se refiere a la urgencia, dado que para la fecha de expedición de la sentencia ya el procedimiento de reasignación sexual había sido llevado a cabo.

- Edad. La menor de edad intersex del caso tenía para el momento de la decisión dos años de edad, por lo que la toma de la decisión en salud correspondía a sus padres.
- El mejor interés del menor. Al momento de la toma de la decisión subrogada, los padres de la menor deberían actuar considerando el mejor interés de la menor y proveyendo consentimiento informado *cualificado y persistente*.

Razones de corte terapéutico

- No se evalúa el ejercicio de la autonomía de la menor, por lo que ninguna razón de corte terapéutico se esgrime.

Sentencia T-692-1999. Aplicación del precedente constitucional

Esta sentencia se limita a aplicar el precedente constitucional fijado en la sentencia SU-337-99. Aquí se evaluó en principio el criterio de la edad. La menor intersexual contaba con dos años de edad al momento de la revisión de la sentencia de tutela. Se decidió, por tanto, que los representantes legales de la menor debían decidir sobre la realización del procedimiento. El resultado de esta argumentación imita el estado de la balanza anterior.

Sentencia T-1390-2000. Aplicación del precedente constitucional

Al igual que el caso anterior la observancia del precedente (fijado en la sentencia SU-337-99) se reduce a la verificación de la edad que posee el menor intersex en el momento en que la Corte decide revisar la sentencia de tutela. El menor contaba apenas con un año de edad, y se reconoció la validez del consentimiento sustituto o paterno para la práctica de los procedimientos de normalización genital. El resultado de esta argumentación imita el estado de la balanza representado en la sentencia T-551-99.

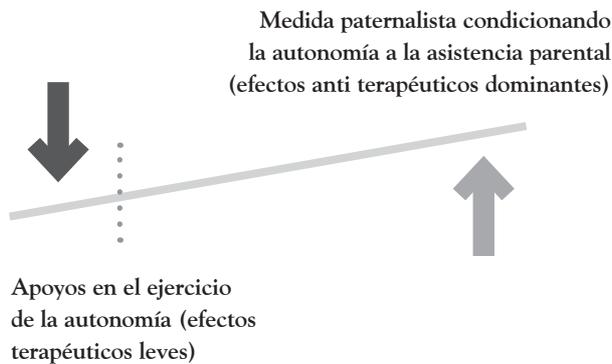
Sentencia T-1025-2002. No aplicación del precedente constitucional.

Introducción del consentimiento asistido

En esta sentencia se introdujo el empleo del *consentimiento asistido*, que es la participación activa de los padres o representantes legales en la toma de la decisión cuando de manera expresa el menor de edad accede voluntariamente a dicha asistencia.

El caso corresponde a un menor de edad intersex al que el ISS negó el acceso a la realización del tratamiento quirúrgico y hormonal de readecuación sexual. En esta ocasión la Corte encontró un principio de *razón suficiente* para «atribuir una consecuencia distinta a un caso análogo» (T-1025, 2002), de modo que la decisión se diferencia de la que consta en la sentencia SU 337-99.

Según la Corte en este caso se evidencia la viabilidad de acceder al tratamiento invasivo de normalización o readecuación genital, toda vez que el menor de edad, inicialmente asignado al sexo masculino, ha demostrado estar conforme con la decisión tomada, y sobre la cual hay consenso entre éste, los padres y el equipo médico. El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de «ponderación» de la IT habría de ser el siguiente:



178

Razones de corte anti terapéutico

- La argumentación varía radicalmente. Los criterios de *urgencia, edad y mejor interés del menor* se reemplazan por el de *acuerdo general* hacia el protocolo medicalizante entre los padres, el menor de edad y el equipo médico.
- El resultado se estima de efectos terapéuticos leves y anti terapéuticos dominantes, pues si bien se logra el resultado esperado por el menor de edad en su calidad de paciente, el ejercicio de su autonomía no es independiente.

Razones de corte terapéutico

- La autonomía del paciente intersex resulta valiosa en tanto que ésta concuerde con la de sus padres y la del equipo médico.

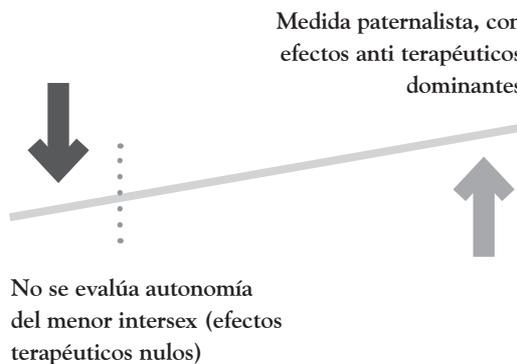
Sentencia T-1021-2003. Reiteración del precedente constitucional de la sentencia SU-337-1999

En este fallo El menor intersex poseía dos años de edad cuando la Corte revisó la acción de tutela interpuesta. La judicialización se deriva de la negativa de las entidades prestadoras del servicio de salud a practicar los exámenes necesarios para dar con un diagnóstico que permitiera determinar cuál de las variaciones de intersexualismo caracterizaba al menor de edad. La accionante demandaba además que estas prestaciones no exigieran copago.

Aunque en primera instancia se accedió a las prestaciones de la demandante, lo contrario ocurrió en la instancia de apelación. En la revisión de la acción de tutela la Corte estudió además quién estaba facultado para la provisión del consentimiento informado.

La Corte decidió la puesta en práctica del consentimiento subrogado que había sido aplicado en la sentencia T-551-99, condicionando su obtención a la *cualificación y persistencia* por parte de los representantes legales del menor intersex.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de «ponderación» de la IT habría de ser el siguiente:



Razones de corte anti terapéutico

- Urgencia. Al respecto la Corte Constitucional aclara –quizá por primera vez de manera tajante– que no hay consenso médico acerca de la urgencia de un procedimiento de reasignación sexual o genital, y que esto interfiere de manera significativa con el ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del menor.

- Edad. El menor de edad no superaba el umbral para que pudiera ejercer su autonomía.
- El mejor interés del menor. La Corte estimó que, dado el tipo de protocolo médico propuesto, la toma de la decisión debía poseer un carácter *subrogado, cualificado y persistente*, recayendo en los padres del menor intersexual.

Razones de corte terapéutico

- Aunque la Corte expresó que el tratamiento médico de reasignación sexual interfería con el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad no se inclinó por la protección del ejercicio futuro de la autonomía del menor, quien una vez intervenido en su corporeidad será privado de la decisión acerca del destino de su propio cuerpo.

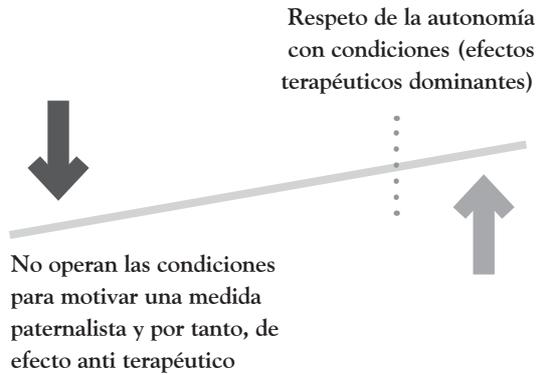
Sentencia T-912-2008. Reiteración del precedente constitucional de la sentencia SU-337-1999

La motivación contenida en la sentencia SU-337-99 es traída casi textualmente en las consideraciones vertidas en el estudio del presente caso, el cual involucra a un menor de edad intersex mayor de 5 cinco años.

El caso se judicializó a iniciativa de los representantes legales del menor de edad debido a que el personal médico que había sugerido la puesta en práctica del protocolo medicalizante se negó a su realización. El motivo de la negativa fue que estimaron que se requería que el paciente hubiera cumplido la mayoría de edad para dar su consentimiento directo.

Considerando la edad del menor intersex se decidió facultarlo para tomar la decisión informada, cualificada y persistente en lugar de los padres. Esta decisión estuvo respaldada por el juicio de ponderación de la Corte, en el cual se manifiesta que no existen la necesidad y urgencia que alega el padre para que se le adjudique la facultad de decidir. En la decisión de la Corte se indicó que el menor debía ser informado por equipos interdisciplinarios, y que ésta debía presentarse por escrito y ser reiterada con el paso del tiempo.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de «ponderación» de la IT habría de ser el siguiente:



Razones de corte anti terapéutico

- Urgencia. No existe verdadera urgencia dada la edad de la menor intersex (5 años).
- Edad. La menor cumplía con el umbral de edad requerido para tomar la decisión por sí mismo.

Razones de corte terapéutico

- Impacto serio en la autonomía actual y futura del menor de edad al privársele de una decisión que afecta la determinación de su sexo, y por consiguiente, de su propio género y existencia. No debe corresponder a ningún tercero la toma de la decisión más que al mismo paciente.
- Se condiciona el ejercicio de la autonomía, exigiendo la obtención de un consentimiento informado cualificado; esto es, involucrando a un equipo interdisciplinar en la provisión de información comprensible para la menor intersex, teniendo que ser solicitada la expresión de su autonomía de manera persistente y continuada en el tiempo.

Sentencia T-622-2014. Reiteración del precedente constitucional de la sentencia SU-337-1999

En una síntesis de los casos relacionados con la intersexualidad que implican el ejercicio del derecho a la autonomía en tratamientos de carácter invasivo, la Corte reiteró la importancia de aplicar de manera uniforme su jurisprudencia, en cumplimiento del principio de igualdad y seguridad jurídica. Así mismo, la Corte extrajo la regla jurídica contenida en la Sentencia de Unificación, que fuera objeto de aplicación en los fallos que preceden a éste (exceptuando el del año 2002), y señaló que:

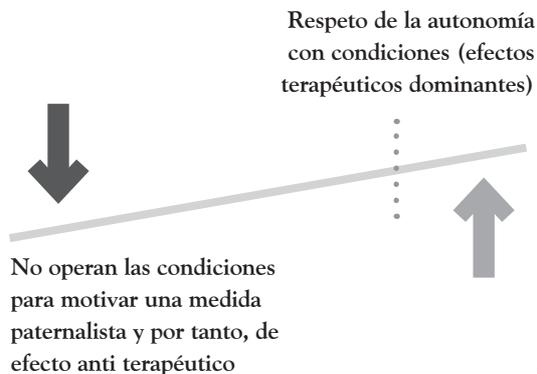
En casos de estados intersexuales o hermafroditismos, es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo. Sin embargo, cuando el infante ha superado el umbral de los cinco años, le corresponde a éste tomar la decisión sobre su identidad sexual, pero a partir de un consentimiento especial y cualificado (T-622, 2014).

Durante la evaluación del caso se tuvo en cuenta que el menor de edad intersex contaba con doce años, siendo el umbral de los cinco años la edad a partir de la cual se encontraba facultado para consentir por sí mismo un procedimiento de normalización sexual.

La judicialización del caso se debe a la negativa de la prestación del servicio de salud al menor intersexual, especialmente en lo que concernía a los tratamientos quirúrgicos y hormonales de reasignación de sexo. Esto se debió a algunos reparos con respecto a la capacidad del menor para decidir de manera cualificada y persistente en ausencia de un diagnóstico certero que condujera a la realización de una cirugía de reasignación de sexo.

La Corte ordenó que fueran practicados los exámenes requeridos para que el menor contara con la cantidad de información adecuada, necesaria y suficiente que le permitiera ejercer el consentimiento informado. También se ordenó la conformación del equipo interdisciplinario que habría de apoyar la toma de la decisión, y la provisión de acompañamiento psicológico por parte de profesionales especializados en los trastornos del desarrollo genital. El resultado de esta argumentación, expresada en la balanza de «ponderación» de la IT fue el siguiente:

182



Razones de corte anti terapéutico

- Urgencia. No existe verdadera urgencia dada la avanzada edad (doce años) del menor intersex.
- Edad. Cumple con el umbral de edad que permite al menor de edad la toma de la decisión por sí mismo.

Razones de corte terapéutico

- Una vez diagnosticada la variación intersexual no debe corresponder a ningún tercero la toma de la decisión más que al mismo paciente.
- Al exigir la obtención de un consentimiento informado cualificado se condiciona el ejercicio de la autonomía por medio del requerimiento de un equipo interdisciplinar, el cual debe que proveer información comprensible para la menor intersex. Así mismo se hace necesario solicitar la expresión la autonomía del menor de manera persistente.

Conclusiones preliminares

Es preciso preguntar ahora: ¿Cuál es finalmente el efecto terapéutico o anti-terapéutico de los fallos proferidos por la Corte Constitucional hasta ahora sobre la materia objeto de estudio? Y, adicionalmente: ¿Qué enfoque ha asumido la Corte para abordar la intersexualidad?

En cada una de las sentencias estudiadas se observó que la relación de argumentos de corte terapéutico y anti terapéutico mantiene una relación de grado directamente proporcional: entre mayor sea la interferencia en la autonomía de la voluntad del menor de edad intersexual, mayores serán a su vez los efectos anti terapéuticos que la regla de derecho contenida en la sentencia judicial produzca. En este punto es menester recordar que, dado que se trata de educar a los menores de edad en la toma de decisiones, la IT privilegia el ejercicio de su autonomía. Desde esta perspectiva se reconoce que el menor es una persona cuya autonomía y capacidad de autodeterminación se encuentran en desarrollo. A esto podríamos llamarlo «aprender a decidir decidiendo». Por otro lado, en desde el punto de vista de la IT se considera que tanto más autónoma sea la decisión acerca del curso de acción en materia de salud, tanto más apego habrá al tratamiento o no tratamiento, y será mejor asunción de las consecuencias de lo que se decida.

También se observa que la prevalencia de la autonomía o del paternalismo no es *per se* un ejercicio mecánico o matemático. Esto se constata a partir del

hecho de que la verificación del umbral de edad se encuentra modulada por la exigencia de un diagnóstico certero, que informe de manera detallada acerca de la condición intersex del paciente; y por el requisito de que una vez se haya reconocido que el paciente puede consentir, éste deberá hacerlo de forma condicionada a los requisitos de *cualificación y persistencia*.

También es importante señalar que a través de las consideraciones que defendió la sentencia T-1025-02 se evidenció un apartamiento con respecto a la aplicación uniforme del precedente representado por la sentencia SU-337 -99.

La sentencia T-1025-02 genera diversas dudas acerca de la forma en que se decidió el problema jurídico del consentimiento informado. Este caso, en el que se presentaba consenso entre el paciente, sus representantes legales y el equipo médico, pareciera sugerir que la autonomía del menor de edad se estima valiosa tan sólo cuando existe un acuerdo general acerca de la práctica de un tratamiento médico de naturaleza invasiva.

En lo que tiene que ver con la valoración del sentido de urgencia en los casos analizados surge una inquietud general. La Corte emplea este requisito para agotar un juicio de ponderación, pero en pocas ocasiones acudió a consideraciones de carácter médico para apuntar, aunque fuera de manera provisional, que dado que no se pueden comprobar los beneficios de los tratamientos de reasignación sexual, estos carecen de urgencia. En consecuencia la Corte se ha visto avocada en repetidas ocasiones, a decidir en función de la protección la autonomía *futura* por encima de la autonomía *actual* del menor, ya que no habría escenario válido en que la segunda pudiera ser ejercida.

184

En otras palabras, ante la ausencia de urgencia que demanda el protocolo medicalizante sugerido en la mayoría de los casos, debería evitarse exponer al menor intersex a la toma de una decisión acerca de tratamientos de carácter invasivo que representan una cantidad considerable de riesgos y pocos beneficios. Es decir, el consentimiento informado, entendido más allá de la mera expresión de una decisión informada, debe permitir al paciente la confrontación de verdaderas opciones que le reporten una expectativa razonable y confiable de resultados benéficos.

En términos generales el enfoque de abordaje de la intersexualidad al que acude la Corte en cada sentencia es poco claro. Cuando se pronuncia a favor del ejercicio de la autonomía del menor de edad podría creerse que la Corte se inclina por el protocolo activista, pero difiere de éste cuando valora que el menor debe ser expuesto a la toma de la decisión con respecto a un procedimiento invasivo

cuyos beneficios y riesgos no han sido comprobados por la comunidad científica. Esta última cuestión identifica y defiende el protocolo de no tratamiento opuesto al de medicalización.

Así mismo, la Corte parece mantener una postura a favor del protocolo intermedio cuando se muestra partidaria de medidas de tipo paternalista, ordenando que sea en los padres en quien recaiga la toma de la decisión ante un procedimiento que, en los casos en que el menor de edad no superaba el umbral de edad de los 5 años, debería realizarse toda vez que mediaba la sugerencia de su realización por parte de un equipo médico.

Referencias

- A. Lee, P., Christopher, P. H., Faisal, A., & A. Hughes, I. (2006). Consensus Statement on Management of Intersex Disorders. *American Journal of Medical Pediatrics*, 118(2), 488-500.
- Buchanan, A., & Brock, D. (1948). *Decidir por otros. Ética de la toma de decisiones subrogada*. (L. Manríquez, L. Lecuona, & C. Chávez, Trans.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Budjac Corvette, B. A. (2000). Therapeutic Jurisprudence. *Sociological Practice: A Journal of Clinical and Applied Sociology*, 2(2), 127-132.
- Casey, P., & Rottman, D. (2000). Therapeutic Jurisprudence in the Courts. *Journal of Behavioral Sciences and the Law*(18), 445-457.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales en América*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington: Organización de Estados Americanos.
- Cooper, J. (1999). State of the Nation: Therapeutic Jurisprudence and the evolution of the Right of Self-Determination in International Law. *Journal of Behavioral Sciences and the Law*, 607-643.
- Dieterlen, P. (1988). Paternalismo y Estado de Bienestar. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*(5), 175-194.
- Drogin, E. Y. (2000). From Therapeutic Jurisprudence... to Jurisprudent Therapy. *Journal of Behavioral Sciences and the Law*, 489-498.

- Dworkin, G. (1998). *The theory and practice of autonomy*. New York: Cambridge University Press.
- Faden, R., & Beauchamp, T. (1986). *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press.
- Greenberg, J. (1999). Defining male and female: Intersexuality and the collision between Law and Biology. *Arizona Law Review*, 41, 265-328.
- Greenberg, J. (2006). International legal developments protecting the autonomy rights of sexual minorities: Who should determine the appropriate treatment for an Intersex infant? In VV.AA, & S. Systma (Ed.), *Ethics and Intersex* (pp. 87-102). Netherlands: Springer.
- Greenberg, J. (2012). *Intersexuality and the Law: Why sex matters*. New York: New York University Press.
- Jones, T. (2015). *Policy and Gay, Lesbian, Bisexual, Transgender and Intersex students*. Heidelberg: Springer.
- Kress, K. (1999). Therapeutic jurisprudence and the Resolution of Value Conflicts: What we can expect, in Practice, from Theory. *Behavioral Sciences and the Law*(17), 555-588.
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence, essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy*. New York: Oxford University Press
- Perlin, M. (2002). *Therapeutic Jurisprudence and outpatient commitment law: Kendra´s law as a case study (Working paper series No. 02-04)*. New York: New York Law School.
- Postema, G. (2011). *A treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Legal philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. Vol. 11*. New York: Springer.
- Richardson, E., Spencer, E., & Wexler, D. (2016). The International Framework for Court Excellence and Therapeutic jurisprudence: Creating excellent court and enhancing wellbeing. *Journal of Judicial Administration*, 148-166.
- Schopp, R. (1993). Therapeutic jurisprudence and conflicts among values in mental health law. *Behavioral Sciences and the Law*, 11, 31-45.

- Spencer, P. (2012). To dream the impossible dream?, *Therapeutic Jurisprudence in mainstream courts.*, (p. 24).
- SU-337 (Corte Constitucional de Colombia Mayo 12, 1999).
- T-1021 (Corte Constitucional de Colombia Octubre 30, 2003).
- T-1025 (Corte Constitucional de Colombia Noviembre 27, 2002).
- T-1390 (Corte Constitucional de Colombia Octubre 12, 2000).
- T-477 (Corte Constitucional de Colombia Octubre 23, 1995).
- T-551 (Corte Constitucional de Colombia Agosto 2, 1999).
- T-622 (Corte Constitucional de Colombia Agosto 28, 2014).
- T-692 (Corte Constitucional de Colombia Septiembre 16, 1999).
- T-912 (Corte Constitucional de Colombia Septiembre 18, 2008).
- Uslan, S. (2012). What parents don't know: Informed consent, marriage and genital-normalizing surgery on Intersex children. *Indiana Law Journal*, 85, 301-323.
- Winick, B. (1991). Competency to Consent to Voluntary Hospitalization: A therapeutic Jurisprudence Analysis of Zinermon v. Burch. *International Journal of Law and Psychiatry*, 14, 169-214.
- Winick, B. (1994). The right to refuse mental health treatment: A therapeutic Jurisprudenc Analysis. *International Journal of Law and Psychology*, 1(17), 99-117.
- Winick, B. (1994). The right to refuse mental health treatment: A therapeutic Jurisprudence Analysis. *International Journal of Law and Psychiatry*, 17(1), 99-117.
- Winick, B. (2002). Therapeutic jurisprudence and Problem Solving Courts. *Fordham Urban Law Journal*, 30(3), 1055-1090.
- Winick, B. (2002). Therapeutic jurisprudence and Problem Solving Courts. *Fordham Urban Law Journal*, 30(3), 1055-1090.
- Winick, B. (2006). Therapeutic jurisprudence: Enhancing the relationship between law and psychology. In B. Brooks, & M. (. Freeman, *Law and Psychology* (Vol. 9, pp. 30-48). Oxford: Oxford University Press

