

Consentimiento informado en menores de edad intersexuales: toma de decisiones ante procedimientos de normalización o readecuación sexual.

Investigadora

Olga Lucía Camacho Gutiérrez

Monografía de grado para optar por el título de abogada

Director

Doctor Jhaslen Ricardo Ramírez Lemus



Universidad la Gran Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá

2016

Presentación general

Título	Consentimiento informado en menores de edad intersexuales: toma de decisiones ante procedimientos de readecuación de sexo.
Investigador Principal	Nombre: Olga Lucía Camacho Gutiérrez Código: 6001010104 Cédula: 1'023.925.275 de Bogotá Teléfono: 310 5726302 Dirección: calle 27 a sur # 10ª 01 Correo: olgacamacho.g@hotmail.com
Entidad	Universidad la Gran Colombia, Facultad de Derecho
Línea de investigación	Derecho constitucional, reforma de la administración de justicia y bloques de constitucionalidad.
Tipo de investigación	Formativa
Palabras clave	Consentimiento informado; autonomía; intersexualidad; menores de edad; procedimientos de readecuación o normalización de sexo; Corte Constitucional.

Tabla de contenido

Introducción

1	Marcos preliminares de referencia.....	14
1.1	Marco teórico.....	14
1.2	Marco conceptual	14
1.2.1	Qué es la intersexualidad.....	19
1.2.2	Identidad de género, expresión de género, orientación sexual y sexualidad no normativa.	20
1.3	Marco Jurídico.....	24
2	Antecedentes del consentimiento informado ejercido por menores de edad intersexuales en las decisiones sobre asignación de sexo o normalización genital	27
2.1	Una diferencia necesaria: la intersexualidad y los estudios LGBT	27
2.2	Modelos de abordaje de la intersexualidad: una perspectiva tripartita.....	29
2.2.1	Modelo medicalizante.	29
2.2.2	Modelo activista de moratoria y rechazo.	33
2.2.3	Modelo intermedio o moderado.	34
2.3	Tratamiento jurídico de la intersexualidad: el consentimiento informado de los menores intersex como preocupación reciente.	36
2.3.1	Nivel global	37
2.3.2	Nivel Europeo	39
2.3.3	Nivel americano	44
2.3.4	Derecho colombiano	45
2.3.5	Legislaciones o fallos de otros países	47
3	Protocolo de abordaje a la intersexualidad acogido por la Corte Constitucional	50

3.1	Jurisprudencia terapéutica, ¿a qué apunta, en qué consiste y cuáles son sus presupuestos orientadores?.....	51
3.1.1	¿Qué entender en definitiva, por efectos (anti) terapéuticos, y qué variables determinan su producción?	55
3.1.2	La jurisprudencia terapéutica en materia de salud.	57
3.2	La Corte Constitucional como agente terapéutico del derecho: ¿decisiones de tipo terapéutico o anti terapéutico?	58
3.2.1	Sentencia T-477-1995 “Los niños no son propiedad de nadie”.	61
3.2.2	Sentencia SU-337-1999. Precedente constitucional: introducción del consentimiento informado, cualificado y persistente.....	66
3.2.3	Sentencia T-551-1999. Aplicación del precedente constitucional.	71
3.2.4	Sentencia T-692-1999. Aplicación del precedente constitucional.	73
3.2.5	Sentencia T-1390-2000. Aplicación del precedente constitucional.	74
3.2.6	Sentencia T-1025-2002. No aplicación del precedente constitucional. Introducción del consentimiento asistido.	74
3.2.7	Sentencia T-1021-2003. De vuelta al precedente constitucional fijado en la sentencia SU-337-1999.....	76
3.2.8	Sentencia T-912-2008. Reiteración del precedente constitucional de la sentencia SU-337-1999.....	78
3.2.9	Sentencia T-622-2014. Reiteración del precedente constitucional de la sentencia SU-337-1999.....	79
3.3	Cuestionamientos y críticas.	81
4	Un perfil del concepto <i>autonomía</i> a partir de los fallos de la Corte Constitucional en materia de intersexualidad.....	88
4.1	Perfil del concepto de “autonomía” que emplea la Corte.....	90
4.2	Observaciones sobre el concepto de autonomía empleado por la Corte Constitucional	

4.2.1	De la naturaleza de la autonomía ¿contradicciones de significado?	99
4.2.2	Sobre el menor de edad como sujeto decisor	103
5	Conclusiones no concluyentes	107
6	Referencias bibliográficas.....	113

Introducción

Uno de los aspectos que más sobresalen en el estudio jurídico de la intersexualidad, apunta al directo condicionamiento del ejercicio de los derechos a la identidad, a la intimidad, a la igualdad y no discriminación, al acceso a los servicios de salud, la integridad corporal, los derechos sexuales y reproductivos entre otros; por la toma de una decisión en materia de salud que tiene lugar en el periodo en el cual el menor intersex aún conserva su minoría de edad. Decisión que se relaciona con la asignación de un solo sexo dada la condición de “ambigüedad” que presenta.

Si tradicionalmente la toma de decisiones en este escenario que involucra en su calidad de paciente a un menor de edad es puesta en manos de un tercero, bien sean sus padres como representantes legales, un tutor asignado vía judicial o dadas las circunstancias del caso, los mismos profesionales de la salud; cabría preguntarse, cuál ha sido la razón que ha llevado a la judicialización de eventos que se creerían resueltos en una primera instancia en el devenir de la relación médico-paciente.

En Colombia particularmente, aun antes de que fueran elevadas de manera reciente diversas recomendaciones a los Estados miembro de la ONU por parte de Relatorías Especiales y al continente Americano por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la moratoria en la realización de estos procedimientos hasta tanto el menor de edad pudiera consentir por sí mismo, atendiendo el protocolo de abordaje a la intersexualidad de origen activista; ya la Corte Constitucional anticipaba en el tiempo una respuesta en el debate acerca de la toma de decisiones por un paciente menor de edad intersex enfrentado a una alternativa terapéutica altamente invasiva.

Esta serie de pronunciamientos tiende a apuntar que sea el menor de edad intersexual quien consienta a la realización o rechazo del procedimiento quirúrgico y hormonal de asignación de sexo. En medio de un juicio de ponderación en que fueron evaluados los criterios de edad, urgencia del tratamiento e impacto actual y futuro sobre el ejercicio de su autonomía, se estableció como umbral para la toma de tal decisión, una edad igual o superior a los 5 años. Umbral entre los más bajos del mundo, si se lo compara por ejemplo, con los Estados Miembro de la Unión Europea en el que los 14 años resulta ser el mínimo común aceptado para que un menor de edad consienta en el escenario sanitario.

El consentimiento informado desde su surgimiento, se constituyó en una expresión concreta del principio de autonomía en el marco de la relación médico-paciente, cuando esta última posición la ocupan personas plenamente conscientes y capaces. Tratándose de menores de edad alrededor de los 5 años, que se presume carecen de esta condición, el principio que sustenta la toma de decisiones asignándola en cabeza de un tercero, es propiamente el de beneficencia y no el de autonomía.

A pesar de esta consideración general que proviene de la teoría del consentimiento informado, las decisiones de la Corte Constitucional por el contrario, han extendido el principio de autonomía en el terreno de la toma de decisiones en cabeza de menores de edad en el escenario sanitario.

Extensión que pareciera contener implícito además, uno de los protocolos de abordaje a la intersexualidad dado que cada uno de los tres posibles (médico, activista y moderado), opta por un concepto de autonomía diferente tratándose del consentimiento informado en el que participa un menor de edad. Así, será posible establecer no solo el origen, sino el nuevo alcance atribuido por este Tribunal a la autonomía como principio derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que faculta en este tipo especial de casos, el ejercicio de la toma de decisiones por menores de edad de 5 años en adelante.

De ahí que en últimas y a manera de pregunta, se proponga responder esta investigación en concreto:

¿Cuál es el alcance que la Corte Constitucional ha atribuido a la autonomía, en la motivación de los fallos que han facultado a menores de edad intersex el ejercicio del consentimiento informado en procedimientos de asignación de sexo?

La primera razón que motiva la realización de este escrito, tiene que ver con la constante invisibilización a la que se ve expuesto paradójicamente, el colectivo intersex al interior del activismo de lesbianas, gais, bisexuales y transexuales LGBT que suele, no sin un cierto margen de error o de duda, incluirlos deliberadamente en su conocida sigla.

La intersexualidad no describe la condición de individuos cuyo interés central se dirige al reconocimiento de su orientación sexual, identidad de género o expresión género; de lo que se trata en verdad, es de la tenencia de una sexualidad distinta al tradicional modelo binario entre lo femenino y lo masculino.

La necesidad del distingo entre el activismo LGBT y la intersexualidad, radica directamente en la diferenciación de los problemas que a éste último grupo atañe. Distingo que no sólo gira en función del trasfondo terminológico y la causa origen que motiva la defensa de los derechos de cada uno; sino también en torno a las particulares violaciones y obstáculos que enfrentan de manera diferenciada en el ejercicio de sus derechos humanos y fundamentales.

Así, mientras se reconoce que para el colectivo LGBT las violaciones de derechos se derivan, por ejemplo, de legislaciones que criminalizan o prohíben las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, discursos de odio, asesinatos y ejecuciones extrajudiciales entre otros; el escenario de violación de los derechos de las personas intersexuales es principalmente el médico, a través de la imposición de tratamientos invasivos de modificación quirúrgica y hormonal de sus genitales que conducen además, a esterilizaciones forzadas, mutilaciones y otros tratos hoy considerados como crueles e inhumanos.

De manera que, si ante la existencia de prácticas médicas que cualifiquen un estado natural en el ser humano, como una condición patológica que signifique la estigmatización del sujeto del que se trata; el derecho a través del análisis jurídico como primer filtro de respuesta, debe acudir en la formulación de medidas que limiten o condicionen la *lex artis* que, en el marco de los Estados Constitucionales de Derecho, no se encuentra exenta del respeto de los derechos humanos y fundamentales de quienes acuden al ámbito sanitario en posición de pacientes.

El segundo motivo tiene que ver además, con la escasa producción académica a nivel nacional interesada en los estudios jurídicos de la intersexual. Omisión que persiste de manera transversal en áreas como la salud, en materia civil con los registros de nacimiento que obligan a la identificación entre el sexo femenino o masculino, desconociendo una tercera opción de orden natural. En materia deportiva, pensional, militar, en el ejercicio del derecho al matrimonio y en fin, otros derechos cuyo titular para ejercerlos, debe pertenecer al tradicional modelo binario heteronormativo.

El tercer motivo, surge a partir del interés en este tipo de temas producto de un intercambio académico llevado a cabo en el año 2013 en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. La particular influencia de la cátedra en *Derecho de la Salud* a cargo de la Dra. Marisa Aizemberg, es la razón de la inclinación hacia los dilemas de tipo bioético y jurídico, en el cual pareciera a primera vista, que el prestador en salud funge en aplicación de la *lex artis*, como juez –en un amplio sentido de la palabra- en el ámbito sanitario en la resolución de los mismos.

Siguiendo esa línea de interés, fue como se llegó finalmente a la intersexualidad como campo fértil de estudio, dados los recientes llamados de atención por parte de activistas intersex junto a la comunidad internacional, sobre los protocolos médicos que alteran gravemente las condiciones de existencia de las personas sometidas a este enfoque hegemónico.

Ahora bien, entre los objetivos que orientan el desarrollo de este escrito se tiene principalmente, el de determinar cuál es el alcance atribuido por la Corte Constitucional al concepto de autonomía, empleado en la motivación de los fallos que han facultado a menores de edad intersex, el ejercicio del consentimiento informado en procedimientos de asignación de sexo.

En su realización, se espera identificar en auxilio de la “jurisprudencia terapéutica” como enfoque de estudio de casos en materia de salud, qué protocolo de abordaje a la intersexualidad ha sido acogido por la Corte Constitucional en la motivación de sus fallos sobre asignación de sexo en menores de edad intersex.

Establecer conforme la identificación del protocolo de abordaje a la intersexualidad que haya sido asumido por el Alto Tribunal de la jurisdicción constitucional, el sentido o alcance que este mismo asigna a la autonomía como concepto fundante del consentimiento informado en menores de edad intersex.

Finalmente se espera evaluar y criticar el concepto de autonomía que fundamenta en últimas, el ejercicio del consentimiento informado en menores de edad intersexuales en procedimientos de asignación de sexo.

El método a emplear en el desarrollo de los anteriores objetivos, es de corte inductivo-deductivo esto es, un método orientado al estudio de casos para llegar a la identificación de una teoría que ha sido articulada en la motivación que ha dado solución a los mismos.

El enfoque que permitirá la viabilización de tal método habrá de ser netamente cualitativo, es decir, centrado en la recopilación de datos, procesos de descripción, observación e interpretación del objeto de investigación planteado; sin que se dirija la atención a la comprobación de una hipótesis planteada a priori, dando vía libre por el contrario, a las que se vayan consolidando a lo largo de la ejecución de la investigación.

Se trata además de una investigación de doble tipo: descriptivo, pues habrá de caracterizar en sus rasgos más relevantes al problema de investigación propuesto; y propositivo en la medida en que respecto al mismo habrá de tomarse una postura crítica que derive en alternativas viables de solución.

La técnica que acompañará la ejecución del presente proyecto de investigación comprenderá el abordaje de fuentes documentales de naturaleza bibliográfica, jurisprudencial y normativa.

Ahora, para el estudio de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional se advierte la utilización del enfoque de la “jurisprudencia terapéutica” como uno empleado especialmente en casos fallados en materia de salud. Su propósito tiende a la identificación de protocolos de abordaje (en nuestro caso, de la intersexualidad) empleados por un Tribunal relacionando en su problema jurídico el ejercicio de la autonomía en el escenario sanitario.

La conclusión que se obtiene acudiendo a este enfoque, es doble. Primero, el de identificación del protocolo empleado al interior de la Corte que influye de manera implícita en la definición del concepto de autonomía con el cual sustenta la toma de decisiones por parte de menores de edad intersex, en un umbral de edad en específico; y el segundo, si en empleo de dicho protocolo actúa la Corte de manera terapéutica o anti-terapéutica, o lo que es igual, a favor de un incondicional autonomismo, o en procura de uno reservado o moderado.

Su preferencia por encima de conocidos métodos como el de “análisis dinámico de precedentes” del jurista Diego López Medina, se justifica por diversas razones. En primer lugar,

el objetivo de este escrito no es el de establecer en sí mismo, la existencia o no de líneas jurisprudenciales, y con ello, de patrones decisionales, dinámicas de decisión colegiada al interior de la Corte Constitucional, la fidelidad hacia un precedente, la solidez del precedente que sea, o determinar si se trata en cambio de una línea caótica con disensos agudos, según describe López Medina que pueden ser las conclusiones a las que se llega en uso del método que expone en el Derecho de los Jueces (2006).

En segundo lugar, porque estimamos a diferencia de López Medina, que los *problemas jurídicos definicionales* como los denomina en aquel texto (cap.5), adquieren relevancia toda vez que las definiciones acerca de un particular concepto, y con ello la fijación de sus alcances y límites, hacen parte de la argumentación que delinearán la interpretación de un determinado derecho fundamental al interior de la Corte¹.

Así, comprender el alcance del concepto “autonomía”, permite identificar la interpretación dada a un derecho en específico como lo es el de libre desarrollo a la personalidad en un escenario constitucional² que, como consecuencia del vacío que presenta la legislación colombiana al regular la provisión del consentimiento informado por menores de edad bajo diferentes supuestos de hecho, ha terminado por introducir al sistema normativo una regla judicial³ de naturaleza excepcional.

Sin embargo, el estudio de las sentencias objeto de revisión, la selección y metodología con que se evalúa cada una, no carece de sustento jurídico. Lo que sigue habrá de clarificar cuál fue la regla judicial extraída, y cuál el método que permitió lograrlo, pues sobre esta se desarrolla el presente escrito monográfico.

Para tal fin, el primer paso partió por delimitar un escenario constitucional. Aquel tuvo como patrones fácticos, la situación de intersexualidad de un menor de edad que debe ser sometido a

¹ A pesar de atender con esta investigación un interés de conceptos, no se cae en el denominado “conceptualismo” al que refiere este mismo autor (Cap. 5), como la identificación de problemas constitucionales ligados a derechos abstractos o conceptos jurídicos abstractos a los cuales la situación fáctica les resulta indiferente. Cfr. López Medina, D. (2006). El derecho de los jueces (Segunda edición ed.). Colombia: Legis. pp. 147-149.

² “Un “escenario constitucional” es el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto”. Cfr. López Medina, D. (2006). El derecho de los jueces (Segunda edición ed.). Colombia: Legis.p.148.

³ Por regla judicial se entiende el enunciado normativo contenido en una *ratio decidendi*, creada por un tribunal judicial, que ha proveído solución a un caso en particular.

procedimientos médicos quirúrgicos de asignación de sexo por sugerencia del equipo médico tratante; y derechos en conflicto como lo son, en un extremo, el de los padres a decidir por sus hijos como facultad incluida en el ejercicio de la potestad parental, y en el otro, el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor en el cual se incluye su derecho al consentimiento informado y en este, al ejercicio de su propia autonomía.

Uno de los problemas jurídicos que compartieron en común un total de nueve sentencias de revisión de tutela que guardaron entre sí tanto analogía fáctica como los mismos derechos en conflicto, apuntaron por preguntar a *quién* debía corresponder la toma de la decisión en este tipo especial de circunstancias fácticas.

La regla judicial que se extrajo de este conjunto de sentencias, apuntó hacia la permisión del consentimiento informado por el menor de edad intersex en casos en que fuera recomendada una cirugía de asignación de sexo por el equipo médico.

Aquella regla fue identificada a través de un método constructivista, es decir, aun cuando no se explicita que se trata de una *ratio decidendi* contentiva de una regla judicial, que permitió a la Corte la resolución de un caso en concreto (como sucedía por ejemplo cuando este Tribunal acudía a la “cláusula Angarita”); su extracción fue posible a través de la vinculación que guardara la misma *ratio decidendi* con los hechos materiales del caso (entiéndase, relevantes), y el sentido del fallo o *decisum*.

Dicho esto, pasaremos a describir la estructura de los apartados en que ha sido dividida esta monografía, para seguir a su concreto desarrollo.

El primer capítulo se titula “Marcos preliminares de referencia”, en él se describen los elementos previos que servirán al lector en la comprensión de la investigación que se le presenta. Se abordan en su orden el marco teórico, conceptual y jurídico.

El segundo capítulo “Antecedentes del consentimiento informado ejercido por menores de edad intersexuales en las decisiones sobre asignación de sexo o normalización genital”, parte por describir los modelos de (no) abordaje de la intersexualidad, el tratamiento jurídico de la misma a

nivel global, europeo, americano y en el contexto de la legislación colombiana proveyendo igualmente, legislación comparada relacionada con la materia que se estudia.

El tercer capítulo “Protocolo de abordaje a la intersexualidad acogido por la Corte Constitucional” comprende el estudio concreto de las sentencias seleccionadas en el marco de esta investigación, describiendo previamente las características esenciales del enfoque de la *jurisprudencia terapéutica* empleado en su lectura y análisis. Se presentan una a una las notas principales de las nueve sentencias elegidas, y se termina presentando los cuestionamientos y críticas relacionadas con las conclusiones derivadas de aquel estudio.

El cuarto y último capítulo “Un perfil del concepto autonomía a partir de los fallos de la Corte Constitucional en materia de intersexualidad”, se propone mostrar al lector conforme tres propiedades de definición, el alcance del sentido de la autonomía que emplea en sus fallos este Tribunal toda vez que autoriza la toma de la decisión en salud por parte del menor de edad intersexual. Se presentan igualmente comentarios y críticas.

Se finaliza presentando las conclusiones y el listado de referencias bibliográficas.

1 Marcos preliminares de referencia

1.1 Marco teórico

La autonomía y el consentimiento informado serán abordados al interior de esta investigación, como la relación dinámica entre un principio ético y una de sus aplicaciones en el campo médico-sanitario. En otras palabras, la autonomía será vista propiamente como la justificación ética del consentimiento informado.

Justificación ética que, también puede residir en la *preocupación por el ser humano* según Taylor (2004) o al decir de Manson y O. O`neill en una *transacción comunicativa* (2007).

Los motivos por los cuales se acude en esta investigación a la autonomía como justificante ético del consentimiento informado, son tres específicamente. En primer lugar, se trata como bien lo afirma G. Dworkin de la única constante abordada entre los autores que se han referido a la toma de decisiones en materia de salud (2008); en segundo lugar, siendo la autonomía un elemento común aún en posturas opositoras, cuenta por lo mismo tanto con múltiples desarrollos teóricos y filosóficos lo cual provee de una perspectiva de abordaje más amplia y maniobrable; y la tercera, que constituye el elemento que subyace en las decisiones de la Corte Constitucional que aquí son objeto de estudio, las cuales permitieron la toma de decisiones a menores de edad intersex en procedimientos de asignación de sexo.

Siendo que interesa la autonomía calificada de atributo o cualidad de las personas como agentes morales, no habremos de acudir a las elaboraciones teóricas de la filosofía política que aluden a la autonomía como atributo de los Estados autogobernados; sino al caso en el cual, específicamente, se alude a su ejercicio en el escenario médico-sanitario.

La importancia que tiene la identificación del *sentido de la autonomía* en este contexto tal y como lo sostiene A. Maclean es la influencia que este, cualquiera que sea, ejerce en la configuración del concepto de *consentimiento informado* a aplicar en un determinado sistema sanitario, concepto que además influye en el alcance de las obligaciones y facultades que le asisten tanto al paciente como al prestador médico en la toma de una decisión que afecte la salud del primero (2009).

Ahora, no podemos menos que observar que existen tantos conceptos y teorías de la autonomía, como autores que se han pronunciado sobre este tema, existen.

Sin embargo, es posible advertir que con frecuencia se acude a una tripartición de las corrientes filosóficas mayoritarias estudiosas de la autonomía: la libertaria, la liberal y la comunitaria (aunque en menor medida) (Maclean, 2009) (Alderson, 1992).

Autores en cambio como Ruth Faden y Tom Beauchamp (1986), aluden a una división dual entre el *modelo de libertad* que agrupa al Kantismo, los idealistas y las propuestas de Isaiah Berlin; y el *modelo de autenticidad* que recoge las propuestas de Stanley Benn, Gerald Dworkin, los existencialistas, entre otros.

M. Donnelly (2010) al igual que Berg, Appelbaum, Lidz y Parker (2001) acuden a una división dual aunque un poco menos abierta que la propuesta por Faden y Beauchamp, refiriéndose nada más que a la *deontología Kantiana* y el *utilitarismo liberal de J.S. Mill* en tanto que fueran ambas filosofías las que sustentaran la primera propuesta de la autonomía como principio en la ética médica en los Estados Unidos, según se constata en el texto *Principal of Biomedical Ethics* de T. Beauchamp y J. Childress.

La división a la que habremos de acudir para proveer una idea central de las ideas que serán necesarias para comprender en especial el último capítulo de este trabajo, será la de *naturaleza dual*.

Dicho esto, dos son las corrientes filosóficas que han sido señaladas generalmente como orientadoras de la teoría de la autonomía, la deontológica hallando en Kant su principal representante, y la del utilitarismo liberal de J.S. Mill. La razón de que sean estas dos corrientes filosóficas las que, en el contexto que interesa, sean calificadas como de “orientación”, se debe a la preferencia que por cada una mostraran T. Beauchamp y J. Childress, respectivamente.

Ambos no solo fueron partícipes en la elaboración del Informe Belmont que introdujo el principialismo a la cuestión ética-médica, sino que además fueron coautores del emblemático texto *Principle of Biomedical Ethics* que formuló de manera expresa, la adopción de la autonomía

como principio orientador en la ética práctica secular que según los autores, habría de contribuir a la solución de conflictos éticos asociados a la biomedicina.

Siendo que, desde sus inicios se reconocen a estas dos corrientes filosóficas como el trasfondo teórico que sustentó la aplicabilidad de la autonomía en la relación médico-paciente, centraremos en ellas nuestra atención abordando específicamente, lo relacionado al *sentido* que cada una provee a la autonomía, cuando se trata de la toma de decisiones a través del consentimiento informado.

1.1.1 Sentido de la autonomía según el deontologismo de Kant.

A primera vista, la conexión entre el trabajo de Kant y el principio de autonomía parece obvio dado que con frecuencia se la menciona en trabajos como *La crítica a la razón práctica* y *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Lo que sigue a continuación, constituye al menos una referencia muy sucinta y concreta de lo que interesa sobre la autonomía para efectos de este escrito.

Conforme lo expresa M. Donnelly, el imperativo categórico kantiano se encuentra formulado respecto de personas autónomas. La autonomía en el terreno kantiano según esta autora, debe ser entendida no como libre elección, sino como conducción libre del destino de la persona, en aplicación de la “ley de la fórmula universal”, aquella que propone que se actúe de manera tal, que la propia conducta pueda llegar a ser tenida como una ley universal aplicada por otros (2010).

Mientras todas las personas racionales tengan capacidad de actuar autónomamente, solo quienes hayan actuado moralmente, es decir, de acuerdo al imperativo categórico, lo habrán hecho de aquella manera –autónoma- (Secker, 1999)

En este sentido, Beauchamp y Childress agregan lo siguiente:

Kant considera que el respeto a la autonomía deriva del reconocimiento de que toda persona tiene un valor incondicional y la capacidad de determinar su propio destino. No respetar la autonomía de un individuo significa tratarlo como un simple medio, es decir, sin tener en cuenta sus objetivos, sino los objetivos de otros. Esto constituye una violación moral básica,

ya que toda persona autónoma es un fin en sí misma, capaz de determinar su propio destino. (1999, pág. 118)

Concebida la autonomía como el pináculo del desarrollo moral, aquella cuenta con un agente moral especial, el hombre maduro e ilustrado tal y como lo expresa Kant en su trabajo *¿Qué es la ilustración?*, pues la racionalidad como elemento característico de la deliberación moral, según la cual el agente se considera legislador autónomo en un reino de fines, es propio de quienes han abandonado la minoría de edad, etapa oscura en la cual el hombre se encuentra sometido a la voluntad de terceros y privado de la dirección de su destino (Kant & Immanuel, 1784/ 2012) (Jennings, 2007).

1.1.2 Sentido de la autonomía según el utilitarismo liberal de J.S. Mill

A diferencia de Kant, Mill difícilmente habría acudido al término autonomía (O’neill, 2002), aunque sea su concepto (o más bien, el de libertad) el más influyente al interior de la disciplina bioética para definir el principio de autonomía (Jennings, 2007).

Según lo resume Donnelly, para Mill tan sólo a través de la libertad se puede desarrollar la individualidad del ser humano, libertad que tiene como beneficio instrumental permitir a las personas alcanzar su felicidad y lograr su crecimiento moral (2010).

La libertad la resume Mill en su oración “over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign”⁴ (1859/ 2009, pág. 19) para expresar que el individuo actúa con libertad en la determinación de los asuntos que le conciernen a él sobre sí mismo, su cuerpo y mente.

La única limitación al ejercicio de esa soberanía del individuo en pro de su desarrollo, es la comisión de aquellos actos que significan un daño para terceros que habría de justificar a su vez, un grado de interferencia en el ejercicio de aquella libertad.

Esta interferencia sin embargo, no es absoluta sino limitada y además, debe encontrarse justificada en lo que se ha denominado el *principio de prevención del daño* (Maclean, 2009);

⁴ “sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente, el individuo es soberano” traducción propia.

propuesto por Mill al decir “the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others”⁵ (1859/ 2009, pág. 18). Limitación que dependerá en todo caso, de lo que sea definido por daño.

Acerca de la justificación de la intervención en la libertad del individuo procurando evitar un daño a terceros, afirma Mill que se debe advertir a éste sobre las consecuencias de su elección, y tan solo si desea seguir adelante con esta, permitírsele actuar pues “he cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right”⁶ (1859/ 2009, págs. 18,19)

En los términos de Beauchamp y Childress:

Mill se centra más en la autonomía –o como él prefiere llamarla, la individualidad- como determinante de la vida de las personas. Cree que deberíamos permitir que todo ciudadano se desarrolle en función de sus convicciones personales, siempre que éstas no interfieran con la libertad del resto: pero si un sujeto tiene ideas falsas o más calibradas, tenemos la obligación de intentar persuadirle. (1999, pág. 118)

1.1.3 Qué recoge la bioética de ambos sentidos de la autonomía.

Insistiendo nuevamente en que la bioética que interesa en el marco de este escrito es aquella de corte *principialista* que introdujo en el plano de la discusión ética médica el principio de autonomía, y que se encuentra en sus orígenes representada por los eticistas T. Beauchamp y J. Childress; habría de decirse que la autonomía en una visión al menos amplia y esencial, teniendo en cuenta la mayor inclinación hacia la propuesta de Mill, se perfila en un sentido *negativo*. Esto es, como el respeto hacia las acciones que “no deben ser controladas ni limitadas por otros” (1999, pág. 118) salvo que medie justificación –un actuar paternalista- fundada en la prevención

⁵ “el único propósito por el cual puede ejercerse legítimamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es para prevenir un daño a terceros” traducción propia.

⁶ “él no puede legítimamente ser compelido a hacer o abstenerse de algo porque será mejor para él hacerlo, o porque lo hará más feliz, porque en la opinión de otros, hacerlo habría de ser lo más sabio, o incluso lo correcto” traducción propia.

de un daño a un tercero (o la interferencia en el ejercicio de sus derechos). De Kant según ambos autores, permanece la idea del respeto de las personas como fines y no meros medios.

El sentido negativo de libertad y en él, de autonomía, fue reforzado además por la propuesta de Isaiah Berlin en el que a una persona o grupo de personas “se la deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas”; su contrario, el sentido positivo –justificación del paternalismo– contesta según Berlin, a la pregunta de “qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra” (1988, pág. 191).

1.2 Marco conceptual

Como el objetivo del presente apartado es abordar en un todo articulado el conjunto de conceptos a los cuales habrá de acudirse en la ejecución de esta monografía de grado, es preciso empezar por definir qué es propiamente la intersexualidad, pasando luego al concepto de tratamiento de asignación de sexo o normalización genital, para abordar por último la categoría del consentimiento y sus derivados respecto a la toma de decisiones en salud.

1.2.1 Qué es la intersexualidad.

Distintos términos han acompañado en el transcurso de la historia, la identificación de personas cuya condición se ha determinado por la tenencia de características sexuales de tipo femenino como masculino, pasando del “hermafroditismo”, al “pseudohermafroditismo” y “hermafroditismo verdadero”, hasta llegar al término actualmente empleado de intersexualidad.

En torno a los primeros tres existe, para quienes se agrupan bajo éste colectivo, un especial rechazo debido, tanto a la carga emotiva negativa que representa cada uno en la historia de la intersexualidad, como en la confusión que ha generado entre las mismas personas intersex (Lee, Houk, Ahmed, & Hughes, 2006).

En la terminología médica intersexualidad es entendida, en breve, como *Disorder of sex Development* DSD o desorden en el desarrollo del sexo, término “paraguas” que cobija a las distintas modalidades que dentro de la intersexualidad se puedan encontrar: DSD por subvirilización de un macho XY y submasculinización de un macho XY; DSD por

supravirilización de una hembra XX y supramasculinización de una hembra XX; DSD ovotesticular; DSD de macho XX; DSD de hembra XY (Lee, Houk, Ahmed, & Hughes, 2006).

Desde luego se trata de terminología típica del ámbito médico que a efectos de éste trabajo no habrá de ser utilizada, por dos motivos. El primero, tiene que ver con una distinción con finalidades diagnósticas, que en este campo no interesa, y el segundo y más importante, reside en la visión de la intersexualidad como patología susceptible de curación.

Se preferirá en su lugar, el uso de la expresión “intersexualidad” o simplemente “intersex” como uno más comprensivo de todas las formas que reviste tal expresión anatómica. En esa medida, una definición aproximada a la intersexualidad, es aquella que la tiene como la variación de características físicas, hormonales y genéticas que (i) no son completamente femeninas o completamente masculinas, (ii) que son una combinación de lo femenino y lo masculino, o (iii) que no son ni femeninas ni masculinas (Jones, 2015). Variaciones que pueden generar al menos unas 30 o 40 presentaciones corporales intersex (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Dicho esto, equívocamente la intersexualidad ha sido relacionada, al ser incluida en el activismo LGBT, con categorías tales como *identidad de género*, *expresión de género* y *orientación sexual*.

1.2.2 Identidad de género, expresión de género, orientación sexual y sexualidad no normativa.

La identidad de género se refiere a la auto-representación de la persona como un “yo” femenino o masculino, pudiendo tener abierta la posibilidad de no identificarse exclusivamente con una sola opción. Se refiere “a 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 , 2007).

La expresión de género tiene que ver con las conductas o manifestaciones externas del género de la persona “que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente

escogida [junto] a otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (Principios de Yogyakarta , 2007).

Y la orientación sexual, es propiamente la dirección del interés erótico bien hacia la homosexualidad, heterosexualidad, bisexualidad, etc. (Lee, Houk, Ahmed, & Hughes, 2006). En una perspectiva más amplia, alude también a “la capacidad de cada persona de 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 la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas” (Principios de Yogyakarta , 2007).

La intersexualidad por lo tanto, se identifica a lo que hoy ha sido denominado como *sexualidad no normativa* entendiendo por sexualidad normativa el típico binarismo sexual entre lo femenino y lo masculino o simple *cisgenerismo*, personas que nacen con una genitalidad según la cual les ha sido asignado un sexo, sobre las que han construido además, su identidad de género, expresión de género, y orientación sexual de conformidad con el estereotipo para cada uno aceptado.

Según esto, la sexualidad no normativa, trasgrede de suyo la relación directa entre la genitalidad presente en la corporalidad del sujeto, y el sexo como construcción social que termina siendo asignado conforme una percepción de un tercero, influida culturalmente por “el correcto largo del pene o la correcta capacidad de la vagina” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Dicho esto, la sexualidad intersex sometida al estándar de la heteronormatividad todavía hegemónica, ha sido objeto de procedimientos médicos tanto quirúrgicos como hormonales cuya meramente estética, tiende a la modificación de la sexualidad diversa. La asignación del sexo dependerá de la facilidad de “normalización” de los mismos. Facilidad que se encuentra determinada, inicialmente, por la habilidad que estimen los facultativos, posean los genitales del menor intersex para penetrar –ante lo cual, le será asignado un sexo “masculino”, o para procrear –que conducirá a la asignación de un sexo femenino”- (Greenberg, 2006).

También influirá en esa determinación, la evaluación de dos factores: la caracterización cromosómica y el tamaño del órgano sexual, es decir, que si el falo del menor de edad supera los

2.5 centímetros o una pulgada y posee cromosoma “Y”, habrá de serle reasignado un sexo masculino y su género deberá en consecuencia, ajustarse al mismo; si por el contrario se trata de un falo con un tamaño inferior a los 2.5 centímetros habrá de serle resignado el sexo femenino aún si hubiere presencia del cromosoma “Y” (Uslan, 2010).

Una vez se decida acerca de la realización del proceso de normalización quirúrgica, los prestadores médicos tienen a su cargo el deber de lograr la mayor “credibilidad” estética del sexo asignado, ayudándose de prolongados tratamientos de tipo hormonal y acudiendo de ser necesario, a la remoción de testículos, ovarios o incluso a la modificación o mutilación del clítoris en el menor de edad, obviando consideraciones de tipo funcional del aparato reproductivo (Uslan, 2010).

Se ha afirmado además, que los procedimientos de normalización genital o asignación de sexo han caracterizado a este último como un verdadero constructo social, pues en el evento en que el menor de edad nazca con genética XY pero con un pene inadecuado para la penetración, será conducido bajo la etiqueta de lo “femenino” y asignado su sexo como tal, pese a que su genética apunte a lo contrario (Greenberg, 1999).

En medio de la práctica de dicho tratamiento, desde luego, se previenen los facultativos de la obtención del consentimiento informado. Aquel en el marco de ésta investigación habrá de ser definido como el acuerdo mutuo al que se ha llegado entre médico y paciente para la autorización o no de una intervención médica, o también como el acuerdo del paciente para llevar a cabo una intervención ofrecida por el profesional de la salud (Maclean, 2009).

En éste sentido el consentimiento informado habrá de revestir una doble naturaleza: consentimiento como acuerdo conjunto entre médico y paciente, y consentimiento como permiso activo en el marco de la toma de decisiones en el ámbito sanitario (Maclean, 2009). Bien como acuerdo o permiso, en el consentimiento informado resulta importante que quien exprese su voluntad posea tanto la *capacidad* como la *competencia* para tomar una decisión pues ambas son constitutivas del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La capacidad, en términos simples, es entendida como la “aptitud para tomar decisiones (...) en un momento particular y en condiciones específicas” (Buchanan & Brock, 2009, págs. 28,29)

Frente a ésta, “tanto la ley como la práctica social aceptan en todos los adultos una presunción de capacidad global” (Buchanan & Brock, 2009, pág. 31) que, en aras de evitar el análisis caso a caso, da por cierto que quienes se encuentren cobijados bajo la presunción, poseen la suficiente aptitud para tomar decisiones, defenderlas y hacerlas respetar frente al cuestionamiento de terceros (Buchanan & Brock, 2009)

Las aptitudes necesarias para esa toma de decisiones, según Buchanan & Brock (2009) se integran por la capacidad de entendimiento y comunicación, y la capacidad de razonamiento y deliberación que, no distanciándose mucho la una de la otra, exigen de la persona un grado mínimo para que pueda tomar por sí misma la decisión sin intermedio de otra persona.

Existen desde luego excepciones de la presunción de capacidad general en sentido jurídico, bien absoluta –frente a casos de personas con padecimientos mentales severos o estados de inconsciencia irreversible y definitiva-, o bien relativa –como sucede frente a los menores de edad-. En éste último evento también se ha establecido una presunción global de falta de capacidad que evita el análisis uno a uno de las aptitudes de los menores de edad para consentir en la toma de decisiones que puedan tener efectos jurídicos, como sucede en el escenario contractual o sanitario.

Tanto en la capacidad o incapacidad general presumidas, la competencia habrá de jugar como estado mental, un papel determinante en términos de la “habilidad” que tiene la persona para asimilar la información proveída por el profesional de la salud; por lo podrán presentarse casos de personas capaces legalmente y a su vez incompetentes en la valoración de la información, o el caso contrario, competentes en la valoración de la información pero incapaces por presunción legal.

En el análisis del consentimiento y su obtención importa desde luego establecer quién tiene la facultad para prestarse al acuerdo o el permiso que autorice la realización de la intervención, en nuestro caso, de asignación de sexo o normalización. Comúnmente en eventos que involucren la actuación sobre el cuerpo del menor de edad en el contexto sanitario, quienes tienen a su cargo la toma de las decisiones en torno al destino de su propio cuerpo y salud son sus representantes legales, toda vez que, aquellos –los menores de edad- carecen de la capacidad legalmente

necesaria para llevar a cabo dichos actos. En esa toma de decisiones por parte de terceros se tiene el consentimiento subrogado o “proxy consent” y el consentimiento asistido.

El consentimiento subrogado o “proxy consent” es aquel acto de toma de decisión que presta conformidad o no frente a la realización de un procedimiento o tratamiento en el ámbito médico a cargo de un tercero, bien porque ha sido habilitado para ello por conducto de la ley o por voluntad del paciente antes de perder por sí mismo la capacidad de decisión –piénsese en el caso de las directivas médicas anticipadas-. Es en breve, la toma de decisión de una persona por otra, sin que interese más que el propio criterio de quien la asume en nombre del tercero representado (Donnelly, 2010).

En cambio, el consentimiento asistido es la toma de decisiones compartida con la persona a la cual se representa considerando sus opiniones, preocupaciones y deseos para que emita su valoración en torno a la situación en cuestión, decisión que en todo caso habrá de ser manifestada finalmente a cargo de su representante (Donnelly, 2010).

Los conceptos hasta aquí contenidos en su conjunto, articulan como un todo el problema planteado, su interrelación ha sido ya expuesta en una amplia perspectiva sobre el cual se espera volver en detalle en la etapa de desarrollo del proyecto de investigación.

1.3 Marco Jurídico

El referente legal de origen nacional lo integran la Ley 23 de 1981 “Por el cual se dictan normas en materia de ética médica” y su Decreto Reglamentario 3380 de 1981 “Por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981”.

El referente jurisprudencial lo componen a su vez las decisiones proferidas por la Corte Constitucional en revisión de la acción de tutela: sentencia T-447/1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, sentencia SU-337/1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, sentencia T-551/1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, sentencia T-692/1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, sentencia T-1390/2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, sentencia T-1025/2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, sentencia T-1021/2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, sentencia T-912/2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño y sentencia T-622/2014 M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

El marco legal de naturaleza *soft law* al cual se acudirá, integra a su vez los siguientes informes, reportes, declaraciones y documentos.

Provenientes de la Organización de las Naciones Unidas, el reporte A/HRC/32/33 del año 2016 de la Relatoría Especial en el derecho de todos al disfrute del más alto grado de salud física y psicológica; reporte A/HRC/29/23 del año 2015 del Alto Comisionado para los Derechos Humanos “Sobre la Discriminación y la Violencia en contra de individuos basada en su orientación sexual o identidad de género” y el reporte A/HRC/22/53 del año 2013 de la Relatoría Especial en tortura y otros tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes.

De la Organización Mundial de la Salud OMS el informe titulado “Salud Sexual, Derechos Humanos y la Ley” del año 2015. El documento conjunto de la OMS, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR), la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer (UN Women), el Programa conjunto de las Naciones Unidas para el VIH y SIDA (UNAIDS), la Fundación de las Naciones Unidas para la población (UNFPA), el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (UNDP) y la Fundación de las Naciones Unidas para los Niños (UNICEF), titulado “Eliminando esterilizaciones forzadas, coercitivas y otras formas de involuntarias de esterilización”, del año 2015.

Provenientes de la Agencia para los Derechos Fundamentales de la Unión Europea los informes titulados “Situación de los Derechos Fundamentales de las Personas Intersexuales”, y “Protección en contra de la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género y características sexuales en la Unión Europea”, ambos del año 2015.

De la Comisión Europea de Derechos Humanos el Documento Temático “Derechos Humanos y personas Intersexuales”, del año 2015. Y del Consejo de la Unión Europea en el año 2013 los “Lineamientos en la promoción y protección del disfrute de los Derechos Humanos de personas LGBTI”.

De la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el informe titulado “Violencia contra personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales en América” del año 2015.

Entre otros que no tienen su origen en organismos u organizaciones de Derechos Humanos sino a personas naturales que en su calidad de expertas a nivel mundial han decidido sugerir a los Estados directivas de acción en alguna materia específica, se tienen los “Principios sobre la Aplicación de la legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género” o Principios de Yogyakarta.

2 Antecedentes del consentimiento informado ejercido por menores de edad intersexuales en las decisiones sobre asignación de sexo o normalización genital

Para abordar los antecedentes en torno al problema que interesan tener en cuenta en el desarrollo del segundo capítulo de esta monografía, habrá de hacerse referencia tan sólo a aquellos de carácter *jurídico* relacionados con la intersexualidad y a los modelos de abordaje de la intersexualidad que incluyen observaciones en torno a la obtención del consentimiento informado de menores de edad tratándose de la realización de los procedimientos de asignación sexual o normalización de sexo.

Se advierte en este sentido, que no habrán de ser incluidas referencias sobre los antecedentes históricos de la intersexualidad como evento propiamente biológico.

A continuación, antes de dar desarrollo al contenido que se propuso abordar este primer capítulo, resulta importante detenernos previamente en una separación esencial a la cual se afilia este escrito, y es la que independiza el estudio del ejercicio de los derechos del colectivo intersexual de los estudios vinculados a la población LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales)

2.1 Una diferencia necesaria: la intersexualidad y los estudios LGBT

El colectivo de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales LGBT suele, no sin un cierto margen de error o de duda integrar a las personas intersexuales, como si se tratara de individuos cuyo activismo estuviera centrado en el reconocimiento de su orientación sexual⁷, identidad de género⁸

⁷ “La orientación sexual es definida como la capacidad de cada persona de 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” Cfr. Principios de Yogyakarta “Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género”, 2006, pg. 6, nota al pie 1.

⁸ “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” Cfr. Principios de Yogyakarta “Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género”, 2006, pg. 6, nota al pie 2.

o expresión género⁹; siendo que, se trata en verdad, de la tenencia de una sexualidad distinta al tradicional modelo binario de lo femenino y lo masculino.

La intersexualidad como término más actual y apropiado en el lenguaje de los derechos, 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)

Un término “paraguas” que agrupa más de 30 o 40 formas de diversidad corporal distintas a la heteronormatividad concebida como “normal”, y que riñe con expresiones que siguen aún hoy revistiendo una carga emotiva negativa o un sentido peyorativo implícito, como sucede por ejemplo con el uso de palabras tipo *hermafrodita*, *pseudohermafrodita*, *hermafrodita verdadero*, incluyendo la que se emplea en el campo de la medicina como *desorden en el desarrollo del sexo* o DSD por sus siglas en inglés. (Lee, Houk, Ahmed, & Hughes, 2006)

Ahora bien, la necesidad del distingo entre el activismo LGBT y la intersexualidad no sólo gira en función del trasfondo terminológico y la causa origen que motiva la defensa de los derechos de cada uno; sino también en torno a las particulares violaciones y obstáculos que enfrentan de manera diferenciada en el ejercicio de los mismos.

Así, mientras se reconoce que para el colectivo LGBT las violaciones de derechos se derivan, por ejemplo, de legislaciones que criminalizan o prohíben las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, de los tratos crueles, inhumanos y degradantes a que son sometidos por fuerzas de seguridad de los Estados, discursos de odio, asesinatos y ejecuciones extrajudiciales; el escenario de violación de los derechos de las personas intersexuales es principalmente el médico, a través de la administración de tratamientos invasivos¹⁰ 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,

⁹ “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” Cfr. Comisión IDH (2015) *Violencia contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales en América*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Documentos oficiales, pg. 32.

¹⁰ Un tratamiento invasivo debe ser entendido como “aquel en el cual el cuerpo es “invadido” o penetrado con una aguja, una sonda, un dispositivo o un endoscopio” Cfr. Stedman's Online Medical Dictionary. Disponible en: www.stedmanonline.com/content.aspx?id=mlr11400023901&termtype=t. Recuperado el 23/10/2015

negativa de acceso a los servicios de salud, entre otros. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015)

Con esta consideración preliminar de fondo, el activismo intersexual nacido a finales de los años noventa en los Estados Unidos (Greenberg, 2006), ha insistido hasta ahora en dos particulares ejes. El primero, que pretende la visibilización de la intersexualidad como un asunto de corporalidades diversas y no uno de género, independiente y distinto al movimiento LGBT; y el segundo, que hace especial énfasis en los modelos de abordaje de la intersexualidad desde el escenario médico, y en el cual participa también el campo de lo jurídico.

En torno a este segundo eje suelen ser analizados tres modelos o protocolos de abordaje de la intersexualidad, su conveniencia, beneficios y riesgos que reportan en la corporeidad y salud psicológica del menor intersex. (Uslan, 2010)

2.2 Modelos de abordaje de la intersexualidad: una perspectiva tripartita

2.2.1 Modelo medicalizante.

Serán descritos a continuación los tres enfoques posibles de tratamiento –o no tratamiento- de la intersexualidad (Dreger, 2000) que facilitarán la comprensión acerca de cuál ha sido entre estos, aquel por el que la Corte Constitucional se ha inclinado a través de los distintos fallos en que ha resuelto uno de los principales problemas jurídicos derivados de la condición intersex: la obtención del consentimiento informado; produciendo con dicha inclinación efectos de carácter terapéutico o anti-terapéutico sobre el sujeto afectado.

Resulta conveniente recordar ahora, que la intersexualidad como evento biológico no es de origen reciente. Basta inclusive revisar la obra “El banquete” de Platón cuando Aristófanes describía un tercer sexo al expresar que “participaba de uno y de otro sexo, de lo masculino y de lo femenino”. A lo largo de la historia, textos religiosos como el Talmud, el Tosefta y diversos textos judíos han hecho mención expresa de los derechos y responsabilidades legales de los hermafroditas. (Greenberg, 1999)

Inclusive la obra esculpida “El hermafrodita dormido” de Bernini en 1620, provee una idea acerca del conocimiento que se tenía de la existencia de la intersexualidad como una expresión biológica sexual distinta a la típicamente femenina y masculina; aún mucho antes de que

testimonios como el de la francesa intersexual Herculine Barbin cuyo diario personal fuera descubierto y publicado en 1938 por Michael Foucault, viera la luz pública.

No obstante, tan sólo fue hasta 1950 que se proveyó de un protocolo propiamente médico para el abordaje de la intersexualidad, surgido paradójicamente en el caso de un paciente menor de edad no intersex al cual le habían sido removidos sus genitales por accidente en un procedimiento de circuncisión (Uslan, 2010). El protocolo propuesto desde entonces sostiene la viabilidad, en eventos de mutilación genital o ambigüedad sexual, de la reasignación quirúrgica y hormonal del sexo “anormal” a uno de tipo masculino o femenino, también conocido como proceso de “normalización”.

Previamente la intersexualidad era, conforme se describe en el diario de H. Barbin, un asunto de ocasional resolución vía judicial en el que el juez permitía a la persona intersex que eligiera tan sólo por una vez y para toda la vida cuál habría de ser su género¹¹, teniendo que corresponderse justamente a uno de los dos patrones tradicionales, de lo femenino o lo masculino también llamado modelo heteronormativo¹² o paradigma binario (Barbin, 1878).

Otro es el caso que describe Alice Dreger en donde los padres en su mayoría (según los escasos reportes médicos sobre personas intersex), decidían en secreto si el menor habría de ser encajado bajo el rol de lo femenino educándole, vistiéndole y llamándole como mujer; o de lo masculino educándole, vistiéndole y llamándole como hombre. Decisión acompañada del ocultamiento de la verdad hasta que por evidentes incapacidades reproductivas según el rol de género asignado, se empezara a cuestionar la propia anatomía (2000).

El protocolo médico ideado por John Money psicólogo del Johns Hopkins Hospital bajo la consideración del modelo de cuidado denominado *optimum gender of rearing* (Dreger, 2006), sostuvo entonces, la hipótesis acerca del nacimiento de los niños sin una identidad de género inicial o lo que es igual, el nacimiento con una psicología de género neutra.

¹¹ La elección versaba sobre el *género* y no sobre el *sexo* propiamente, pues no existían para 1838, período en que se sitúa la elaboración del diario de Barbin, la posibilidad de modificar una expresión anatómica de origen biológico a través de procedimientos quirúrgicos.

¹² La heteronormatividad es el refuerzo acerca de la heterosexualidad como una estructura sexual normal y normativa, que “debe ser” en el cuerpo humano, sin posibilidad de una “tercera opción” o sexo. Al respecto Cfr. Jones, T. (2015). *Policy and Gay, Lesbian, Bisexual, Transgender and Intersex Students*. Switzerland: Springer.

La importancia de tal hipótesis conduce a afirmar conjuntamente, que si el género no proviene desde el nacimiento, ante la ambigüedad sexual es posible no sólo corregir el sexo “anormal”, sino asignar un rol género¹³ que se corresponda exitosamente con este. (Greenberg, 2006)

De tal forma, el sexo del menor intersex habrá de ser reasignado una vez se evalúen dos factores: la caracterización cromosómica y el tamaño del órgano sexual, es decir, si el falo del menor de edad supera los 2.5 centímetros o una pulgada y posee cromosoma “Y”, habrá de serle reasignado un sexo masculino y su género deberá en consecuencia, ajustarse al mismo; si por el contrario se trata de un falo con un tamaño inferior a los 2.5 centímetros habrá de serle resignado el sexo femenino aún si hubiere presencia del cromosoma “Y”. (Uslan, 2010)

Una vez se decida acerca de la realización del proceso de normalización quirúrgica, los cirujanos tienen a su cargo el deber de lograr la mayor “credibilidad” estética del sexo reasignado, ayudándose de prolongados tratamientos de tipo hormonal y acudiendo de ser necesario, a la remoción de testículos, ovarios o incluso a la modificación o mutilación del clítoris en el menor de edad, obviando consideraciones de tipo funcional del aparato reproductivo. (Uslan, 2010)

En lo que tiene que ver con la toma de la decisión no puede menos que hacerse referencia al desarrollo paralelo que tuvo junto a este enfoque, la teoría del consentimiento informado en materia de salud nacido también en los Estados Unidos. Término que fuera acuñado precisamente en 1957 a través del caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* sobre mala praxis, cuyo problema jurídico giró en torno a si la obtención del consentimiento debería o no estar antecedida por la provisión de información completa y suficiente, siendo resuelto el *quid* del asunto a través del empleo del derecho a la autodeterminación del paciente, implementado por

¹³ La diferencia entre *sexo* y *género* se plantea inicialmente como una entre lo biológico y el mero constructo social, no obstante por la forma en que se evidencia el primero, deviene la asignación del segundo. Usualmente, en presencia de un infante XY y la evidencia anatómica de un pene, la etiqueta o rol de género que habrá de corresponder será la de lo “masculino”. Si por el contrario se está ante un infante XX y la ausencia anatómica del mismo órgano sexual, la etiqueta que deviene será la de lo “femenino”.

En materia intersexual sin embargo, se ha afirmado que los procedimientos de normalización han caracterizado al sexo también como un constructo social, pues si el menor de edad nace con genética XY pero con un pene inadecuado para la penetración, será conducido bajo la etiqueta de lo “femenino” y resignado su sexo como tal, pese a que su genética dicta lo contrario. Este factor de la “adecuación” del sexo deja de ser biológica, para convertirse en una estimación de tipo social. Al respecto Cfr. Greenberg, J. (1999). Defining male and female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology. *Arizona Law Review*, 41, 265-328.

primera vez en el conocido caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital* fallado en 1914 (Faden & Beauchamp, 1986)

Aunque la doctrina del consentimiento informado avanzaba a favor del ejercicio del derecho a la autonomía del paciente, privado de la toma de decisiones sobre su propio cuerpo bajo la perspectiva paternalista de la *lex artis*; una vertiente separada y menos progresista en aquel entonces era la relacionada al ejercicio del mismo derecho cuando en la posición de paciente se encontraba un menor de edad, pues no se creía que fuera a generar mayor inconveniente el hecho de que la defensa de sus intereses y el ejercicio de sus derechos, estuviera a cargo de sus representantes legales indiscutidamente en todo ámbito, incluyendo el de la salud¹⁴.

De ahí que los llamados a ejercer la toma de las decisiones sean los padres del menor intersex teniendo en cuenta para ello su mejor interés, decisión que de todas formas (para entonces y aún hoy como se verá más adelante) no lograba ser lo suficientemente informada pues al tratarse de un protocolo todavía experimental, generaba una equivocada creencia en los prestadores médicos de que podía mantenerse una amplia reserva de información siendo obviada y ocultada tanto a los padres como del mismo menor.

En ese orden de ideas, el procedimiento quirúrgico y el tratamiento hormonal bajo la óptica medicalizante, constituyen desde entonces un asunto con carácter de *urgencia* cuya realización no puede ser pospuesta. Urgencia que sugiere iniciar el proceso de “normalización” sexual a partir de los primeros dieciocho meses de vida del recién nacido en los que aún se sigue conservando su psicología sexual como un “pizarrón en blanco”. (Dreger, 2000)

En definitiva, tal y como ha sido descrito hasta ahora, se trata de un protocolo que concibe a la intersexualidad como patología susceptible de curación. Que restringe el entendimiento de las características sexuales no normativas a un asunto de tamaño –y género- reforzando con ello el estereotipo heteronormativo de lo femenino y lo masculino, siendo que este tradicional modelo

¹⁴ No dejaba entonces de ser cuestionable el desarrollo de dicha doctrina tratándose de su ejercicio por menores de edad. Mientras que en ciertos casos se ratificó la capacidad del menor para consentir y en general, ejercer sus derechos tratándose del acceso al aborto, en materia de responsabilidad civil o delictiva; en los casos *Parham v. J.R.* de 1979 y más adelante *R.J.D. v. Vaughan Clinic* de 1990 (periodo de notable expansión de la teoría del consentimiento informado), se reafirmó que, en consonancia con el concepto de familia proveniente de la civilización occidental, los padres conservaban sobre los hijos una amplia autoridad por lo que, al decidirse sobre la internación de menores de edad en centros de salud mental aun en contra de su voluntad, la decisión última se encontraba en cabeza de sus padres. Al respecto Cfr. Coleman, D.; Rosoff, P. (2013). The legal authority of mature minors to consent to general medical treatment. *Journal of the American Academy of Pediatrics* (131), 4, 786-793.

binario debería constituir “the two ends of the poles, and a number of intersexed conditions exist between the two poles”¹⁵ (Greenberg, 1999, pág. 275).

2.2.2 Modelo activista de moratoria y rechazo.

El segundo protocolo de acercamiento a la intersexualidad se desarrolla como una crítica al de medicalización de Money formulado por parte de los menores de edad que, una vez fueron creciendo y adquiriendo su propia voz, expresaron su enfático rechazo ante lo que había sido el sometimiento sucesivo a prolongados procedimientos de normalización de su cuerpo y tratamiento hormonal (Frader, y otros, 2004).

Uno de los testimonios más representativos de rechazo al protocolo médico fue el del joven David Reimer conocido públicamente como el caso “John/Joan”, menor de edad en quien Money experimentó por primera vez su teoría de la “psicología sexual neutra”.

A los catorce años de edad Reimer desvirtuaba con su conducta suicida, el supuesto éxito proclamado por Money ante los resultados que según él demostraban la transformación completa de un menor de edad de sexo masculino, a uno de sexo femenino. Reimer rechazó el desconocimiento acerca de su propio pasado el cual le había sido ocultado por sus padres y médicos tratantes. Luego de múltiples intentos por recuperar el dominio de su propio cuerpo el cual le resultaba ajeno dado un sin número de decisiones irreversibles que lo modificaron, y que fueran asumidas por terceros; termina quitándose la vida en el 2004 a los 38 años de edad (Uslan, 2010).

Una serie incontable de testimonios relata Mauro Cabral en su escrito “En estado de excepción: intersexualidad e intervenciones socio-médicas”, escrito a partir además, de su condición intersexual, habiendo sido sometido al protocolo medicalizante. Allí es posible percibir tres elementos de crítica en común en cada relato personal: (i) la imposibilidad de ejercicio del derecho al consentimiento informado al que se vieron expuestas estas personas cuando eran aún menores de edad; (ii) el descontento ante una recomendación médica pese a la falta de evidencia científica que diera cuenta del éxito del proceso de normalización; y (iii) la irreversibilidad de los procedimientos y sus efectos a largo plazo, señalando conjuntamente la pérdida a la respuesta de

¹⁵ “los dos extremos de los polos, en el que un número de condiciones intersexuales se ubican en el medio”, traducción propia.

estímulos sexuales, de la capacidad reproductiva y mutilaciones ante lo que consideraban, la tenencia diversa de un sexo no anormal (2006).

El activismo intersex tiene su origen concreto en el año 1993 con la creación de la Sociedad Intersex de Norte América (ISNA, por sus siglas en inglés) a cargo de Cheryl Chase, sometida como muchos otros al tratamiento de curación de características sexuales diversas o intersex (Mouratian, 2015). Una sociedad que nace en contra del secretismo y estigma que rodeaba entonces en mayor grado a la intersexualidad, y que perpetuaba la percepción de la misma como defecto, monstruosidad, y enfermedad que debía ser erradicada del cuerpo “afectado” (Harper, 2007).

Este activismo hace en especial un llamado a la moratoria en todas las cirugías y procedimientos hormonales de normalización hasta que estudios de carácter científico no lleguen a demostrar con un amplio margen de certeza, que las intervenciones de naturaleza médica resultan necesarias, y que aquellas superan los riesgos que su realización conlleva en la corporalidad de las personas intersex.

Propone además que se respete el ejercicio del derecho al consentimiento informado de los menores de edad quienes deberán recibir información en términos comprensibles según su competencia, debiendo radicar en ellos la potestad de decidir por sí mismos sobre el destino de su propio cuerpo. Sus padres en ese mismo orden, deberán estar informados de manera más amplia y suficiente, debiendo ofrecerse a estos también asesoría de tipo integral (Greenberg, 2006).

Debe añadirse además, que producto del activismo intersex el empleo de las expresiones “hermafrodita”, “hermafrodita verdadero” y “pseudohermafrodita” han empezado a ser reemplazadas por la expresión “intersexualidad” que, según así lo estiman quienes integran este colectivo, contiene un significado mucho más adecuado en el lenguaje de los derechos, menos peyorativo y más comprensivo de las múltiples formas conocidas de sexualidad no binaria.

2.2.3 Modelo intermedio o moderado.

Gracias en parte al activismo impulsado por el ISNA desde su creación, en agosto de 2006 la Academia Americana de Pediatría AAP llama la atención hacia la necesidad de un giro –aunque leve- en el enfoque hasta entonces hegemónico de tratamiento de la intersexualidad, a través de la

publicación del documento titulado *consensus statement on management of intersex disorders* o declaración de consenso sobre el tratamiento de los trastornos intersexuales.

La primera modificación que introdujo tuvo lugar en el terreno de las expresiones “intersexual”, “hermafrodita”, “pseudohermafrodita” o “reverso sexual” adoptando el de “desorden en el desarrollo sexual” (o DSD por sus siglas en inglés) que según el documento, constituye un descriptor médico uniforme y más neutral (Lee, Houk, Ahmed, & Hughes, 2006).

Otros de los cambios que integraron la propuesta de la AAP en atención a pacientes con DSD se encuentran (i) la conformación de equipos interdisciplinarios preparados para la evaluación y atención al paciente, (ii) la apertura comunicativa con la familia en la toma de decisiones, y (iii) el llamado a la evitación de procedimientos de asignación sexual con fines meramente estéticos (Lee, Houk, Ahmed, & Hughes, 2006).

En torno al consentimiento informado del menor se pronuncia de manera sucinta, acudiendo a tres modelos de práctica del consentimiento informado desarrollado en tres países: Estados Unidos, Reino Unido y Colombia.

Al interior de los Estados Unidos rescatando la toma subrogada de las decisiones en cabeza de los padres del menor de edad. De Reino Unido tomando en cuenta la consideración de la edad como un factor que no constituye una barrera para lograr obtener el consentimiento del menor, en tanto se pruebe que entiende y comprende la situación de manera suficiente como para asumir una decisión en el marco de la relación médico-paciente. Y de Colombia en cambio, valorando la necesidad de observar la habilitación a menores de edad de cinco años en adelante, quienes según la Corte Constitucional tal y como así lo señala la tienen la facultad de decidir en torno a la realización o no de este tipo de procedimientos (Lee, Houk, Ahmed, & Hughes, 2006).

Ahora, la diferencia entre el enfoque de moratoria y el enfoque intermedio radica en varios aspectos. Primero, la moratoria proveniente del activismo intersex rechaza la concepción de la intersexualidad como una patología que deba ser curada, visión que la Asociación Americana de Pediatría sostiene al denominarle como “desorden en el desarrollo del sexo”.

En segundo lugar, el enfoque intermedio promueve la intervención médica sobre el menor intersex en aras de procurar la salvaguarda de su mejor interés, aquel que pondera bajo el argumento del eventual daño que conlleva la no asignación de sexo alguno sobre su cuerpo; no obstante el enfoque de moratoria en observancia del mismo estándar, el de mejor interés del menor, defiende que dada la inexistencia de resultados conclusivos acerca de los beneficios de los protocolos medicalizantes sobre la integridad física y psicológica del menor, deberá en aplicación del principio de precaución, posponerse de manera indefinida su realización.

Y en tercer lugar, cada uno adjudica en un sujeto diferente la toma de decisiones. El de moratoria en el menor de edad, teniendo que ser informado debidamente sobre su condición intersex, las opciones terapéuticas (la medicalizante-sin efectos comprobados) y la de moratoria (que no reporta resultados negativos sobre la corporeidad diferente en tanto la entiende en parámetros de normalidad). La postura intermedia atribuye la toma de la decisión en los representantes legales del menor de edad a quienes estima como los más capacitados en la consideración de lo que el mejor interés del menor de edad pueda consistir.

2.3 Tratamiento jurídico de la intersexualidad: el consentimiento informado de los menores intersex como preocupación reciente.

Desde la óptica del derecho internacional la atención puesta sobre la denominada “cuestión intersex” puede catalogarse como relativamente reciente ya que no cuenta con una antigüedad, según la fecha de publicación de los documentos que aquí se referencian, mayor a los seis años.

Distintos reportes e informes de naturaleza *soft law* según se verá a continuación, evidencian el conflicto existente en el ejercicio de los derechos humanos para quienes nacen bajo esta condición biológica, particularmente tratándose de la realización de tratamientos quirúrgicos y de tipo hormonal que pretenden reasignar una sexualidad normativa¹⁶.

Así, los documentos de naturaleza *soft law* publicados en el plano internacional, tratándose de la condición intersex y el ejercicio del consentimiento informado por menores de edad en

¹⁶ Serán excluidos por tanto de esta sección, los documentos de naturaleza *soft law* que aborden nada más los derechos de las minorías sexuales y que aluden nada más al plano de la identidad de género, la orientación sexual o la identidad sexual, puesto que la intersexualidad es independiente de cada una de estas categorías.

tratamientos que se dirigen a la realización de los procedimientos a los que se ha hecho mención, pueden dividirse en tres niveles según su alcance específico: el propiamente global, el europeo y el americano.

2.3.1 Nivel global

El de alcance global reúne los Reportes en Derechos Humanos que a través de sus Altos Comisionados y Relatores Especiales ha elaborado la Organización de las Naciones Unidas ONU. También los documentos que a su cargo en materia de salud, ha publicado la Organización mundial de la Salud.

Así, la Relatoría Especial en el derecho de todos al disfrute del más alto grado de salud física y psicológica, en abril del año 2016 publicó el reporte A/HRC/32/33 sobre deporte y estilos de vida saludables en los Estados Parte y no Parte de la ONU. En la revisión de prácticas discriminatorias en materia de salud, se recomienda la remoción de aquellas leyes, políticas públicas o programas que obliguen a los atletas profesionales o amateurs intersexuales a la modificación hormonal o corporal en aras de facilitar su participación en eventos de carácter deportivo. Si bien no contiene relación alguna acerca del ejercicio del consentimiento informado por parte de menores de edad, enfatiza tal documento en la necesidad de prohibir las prácticas de normalización sexual (General Assembly, United Nations, 2016).

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos emitió el 4 de mayo del año 2015 el reporte A/HRC/29/23 “Sobre la Discriminación y la Violencia en contra de individuos basada en su orientación sexual o identidad de género”. En su texto se invita a los Estados a condenar las terapias de “conversión” sobre menores de edad intersexuales -apartado III, B, 14-; y a proteger a las personas intersex de actos que configuren discriminación –apartado III, D, par. 16 y 17-, violencia sexual, tortura médica, etc. Se trata de la versión actualizada del reporte del año 2011 A/HRC/19/41 que aborda al igual que este y sin mayor variación, los mismos ejes de recomendación en esta materia (General Assembly, United Nations, 2015).

La Relatoría Especial en tortura y otros tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes publicó para el año 2013 el informe A/HRC/22/53, centrado en ciertas formas de

abuso en los centros de atención en salud que pueden significar prácticas de maltrato a personas intersexuales equivalentes a tortura, tratos crueles, inhumanos o penas o tratos degradantes.

Allí se analizó con especial detenimiento el ejercicio de la capacidad legal y el consentimiento informado por minorías sexuales entre las que se incluyen a las personas intersex. Se expresa que la inequidad informativa que circunda a la relación médico-paciente, se exacerba por el estigma y la discriminación que rodea a las personas cuyo ejercicio de la capacidad es limitado, como sucede tratándose por ejemplo, de menores de edad. Hace hincapié en que la garantía del consentimiento informado, constituye un elemento fundamental en el respeto a la autonomía individual de las personas y su derecho a la dignidad y la autodeterminación (General Assembly, United Nations, 2013).

Se afirma que la privación de la capacidad legal, en el ejercicio de la toma de decisiones que es puesta en manos de terceras personas, es comparable a situaciones como la privación de la libertad en prisión u otros lugares. Y que constituye un acto de tortura, la práctica de un tratamiento médico de carácter invasivo y naturaleza irreversible, más aún cuando carece de un propósito terapéutico (General Assembly, United Nations, 2013).

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud OMS emitió bajo su programa *Reproducción Humana* el informe titulado “Salud Sexual, Derechos Humanos y la Ley” del año 2015, en el que frente a los casos de individuos intersexuales, expresa su preocupación en torno a las prácticas de normalización genital llevadas a cabo todavía en menores de edad durante su infancia y adolescencia; que por su innecesaridad, irreversibilidad y negativos efectos sobre la salud mental y capacidad reproductiva del menor, terminan amenazando su vida y desmejorando la calidad de la misma (World Health Organization, 2015).

Se refiere adicionalmente a la obtención del consentimiento informado señalando que, en la medida que las prácticas medicalizantes de los años 90’s se vienen llevando a cabo todavía en el escenario sanitario, el consentimiento que autoriza la realización de las cirugías de normalización no sólo omite la provisión de la información completa a los padres del menor, sino que sigue impidiendo la participación del mismo en decisiones que involucren el destino de su propio cuerpo (World Health Organization, 2015).

Otro documento publicado en el año 2014 por la misma organización en trabajo conjunto con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer et. al., titulado “Eliminando las esterilizaciones forzadas, coercitivas y otras formas involuntarias de esterilización”, describe la especial situación de vulnerabilidad a la que se exponen las mujeres intersexuales en quienes son practicadas cirugías de esterilización involuntarias como tratamiento conexas a los procedimientos de asignación sexual (World Health Organization, 2015).

Según las consideraciones allí vertidas, el sometimiento a estos procedimientos estéticos que no revisten un carácter necesario en términos médicos, puede ocurrir durante la infancia o la adolescencia de la mujer intersex, resultando en la anulación total de su capacidad reproductiva. Además, que suelen ser realizados sin tener en consideración el punto de vista de la menor de edad implicada. Como resultado final, se terminan llevando a cabo procedimientos irreversibles que afectan la salud física y psicológica de la persona de por vida (World Health Organization, 2015).

A pesar de que el consentimiento informado es obtenido de los padres, se menciona que la alteración en la habilidad de procrear de la menor debe ser un asunto sujeto a consulta con la misma. De ahí que cuerpos de ética médica y organizaciones profesionales en derechos humanos recomiendan sea obtenido el consentimiento libre e informado por parte de pacientes intersexuales, que habrán de ser sometidas a tratamientos que en la medida de lo posible, sean pospuestos hasta que aquella sea lo suficientemente madura para decidir de manera informada, acerca del destino de su propio cuerpo. (World Health Organization, 2015)

2.3.2 Nivel Europeo

Pasando a los antecedentes jurídicos a nivel europeo, se cuenta en la particular materia que aquí interesa, con dos informes provenientes de la Agencia para los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2015, el primero “Situación de los Derechos Fundamentales de las Personas Intersexuales”, y el segundo “Protección en contra de la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género y características sexuales en la Unión Europea”.

Adicionalmente la Comisión Europea de Derechos Humanos en el año 2015 emitió el Documento Temático “Derechos Humanos y personas Intersexuales”. Por su parte el Consejo de

la Unión Europea en el año 2013 publica los primeros “Lineamientos en la promoción y protección del disfrute de los Derechos Humanos de personas LGBTI”.

El informe “Situación de los Derechos Fundamentales de las Personas Intersexuales” apunta que los retos más importantes al que se enfrentan las personas intersex hoy por hoy, tienen que ver con los vacíos legales de las legislaciones europeas en torno al reconocimiento de su condición biológica, y las intervenciones médicas (European Union Agency for Fundamental Rights, 2015).

Indica que las cirugías de asignación de sexo parecen ser realizadas en menores de edad intersex al menos en 21 de los países que hacen parte de la Unión Europea, entre los que se incluyen Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta¹⁷, Holanda, Polonia, Eslovaquia, España, Suecia y el Reino Unido¹⁸. Se desconoce por la inexistencia de cifras oficiales, cuántas cirugías de esta naturaleza son llevadas a cabo en cada uno de estos países por año.

En todos estos, revela el informe, el consentimiento informado es obtenido del paciente o sus representantes legales, con la excepción de los casos catalogados como emergencias médicas. En 8 de estos Estados Miembro (Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Estonia, Hungría, Polonia y Suecia) la legislación o la práctica médica, requiere la obtención del consentimiento de los padres, independientemente de la habilidad del menor para decidir. En España particularmente, tienen aplicación tal modelo de acción en salud tratándose de intervenciones médicas que envuelvan un gran riesgo, como sucede con las relacionadas a la normalización genital intersex.

Legalmente es requerido el consentimiento informado del paciente al menos en 18 Estados Miembro de la Unión Europea entre los que se encuentran Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Holanda, Polonia, Eslovaquia, España, Suiza y Reino Unido. Tal es así en tanto que se considera que el menor de

¹⁷ Debe aclararse que Malta a finales del año 2015 sancionó una ley a la cual habremos de hacer referencia, que prohíbe expresamente este tipo de intervenciones médicas.

¹⁸ Valga aclarar que para la fecha de publicación del documento, Reino Unido seguía siendo parte de Unión Europea.

edad intersex posee las facultades cognitivas y la habilidad para decidir. En 14 Estados Miembro como lo son Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Alemania, Irlanda, Lituania, Letonia, Holanda, Polonia, Eslovenia, España, Suecia y el Reino Unido, se presume después de cierta edad que el menor cuenta con tales habilidades para la toma de decisiones.

Existe sin embargo, cierta flexibilidad en el rango de edad en que se presume que el menor cuenta con la madurez para decidir en el escenario de la salud. Así por ejemplo, en Bélgica se tiene como umbral los 12 años; los 14 años en Bulgaria, Alemania y Austria; 15 años en Eslovenia; y 16 años en Lituania y Reino Unido. En países como Finlandia, Francia e Italia la evaluación de dicha edad es de carácter individual, lo que puede conllevar consigo el riesgo de que terminen siendo impuestos los tratamientos médicos en contra de la voluntad del menor.

Declara además, que tres asuntos son frecuentemente determinantes en lo que tiene que ver con la participación del menor de edad intersex en la toma de decisiones en materia médica: el primero, es el mínimo de edad que se requiere por parte del paciente y que resulta conflictivo en la medida en que, las principales variaciones en el desarrollo del sexo, se presentan antes de que el menor logre llegar a la edad mínima en que se presume su habilidad para consentir, que estando fijada en los 14 o 15 años en algunos Estados Miembro de la Unión Europea, sigue siendo un umbral tardío.

El segundo, es el dilema acerca de la posposición de los tratamientos de normalización o la obtención del consentimiento a través de los padres del menor de edad. A pesar de que en Estados como Austria, Alemania, Hungría, Malta, Holanda y Suecia se esté optando por una moratoria en este tipo de tratamientos puesto que no resultan necesarios para salvaguardar la salud del menor de edad, otros siguen optando por su práctica en el ámbito sanitario.

Y el tercero, acerca de la toma de la decisión cuando existe desacuerdo entre los padres o los representantes legales y el menor de edad, siempre que este último se encuentre facultado para el ejercicio del derecho al consentimiento informado.

Distintas posiciones surgen al respecto, como lo demuestra el documento. Estados como Lituania y Letonia delegan en caso de desacuerdo entre ambos, la decisión al personal médico. En Italia y Polonia la decisión es tomada por un tercero delegado judicialmente el cual ejercerá

en el desacuerdo presente, una función de tutela. En Alemania, por ejemplo, si bien no han sido asumidas para la fecha del informe decisiones relacionando menores intersex y su derecho al consentimiento informado, cuando se judicializan casos en los que se trata de un paciente menor de edad y un tratamiento médico que significa un peligro para la salud del menor, se opta en casos similares por la posposición de su realización.

Siguiendo con el informe “Protección en contra de la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género y características sexuales en la Unión Europea”, el capítulo dedicado a la “cuestión intersex” empieza por aclarar que no existe evidencia acerca de que la intersexualidad como sexualidad no normativa, se relacione con los conceptos de identidad sexual, orientación sexual o identidad de género (Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU. Comparative legal analysis, 2015).

Dicho esto, tratándose del tratamiento médico de los menores intersexuales, declara que las violaciones a los derechos fundamentales en el escenario sanitario habrían de evitarse en tanto se resuelva por los Estados miembro de la Unión Europea, evitar la imposición de procesos de normalización sexual, dadas sus irreversibles consecuencias que además, tienen como propósito la imposición de un sexo normativo en la corporalidad de un menor con fines estéticos y no funcionales, conduciendo inclusive a su esterilización reproductiva.

Que a menos que se esté frente a una emergencia médica, la cirugía y los procedimientos médicos sin el consentimiento del paciente o sus representantes legales, son tenidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una forma de trato cruel, inhumano y degradante, puesto que incluyen distintas versiones de la mutilación genital ampliamente censurada por la Comisión Europea y el Consejo de Europa.

Ahora bien, en consonancia con estas mismas consideraciones, el informe “Derechos Humanos y personas Intersexuales” alude a las distintas áreas en que suelen ser afectados los derechos de las personas intersex, entre las que se encuentra el ámbito sanitario dada la continua aplicación de los enfoques medicalizantes en la práctica médica europea (Council of Europe, Commissioner for Human Rights, 2015).

Exponiendo distintos testimonios acerca del impacto negativo e irreversible que generaron en la salud física y psicológica de varias personas sometidas a los tratamientos médicos de asignación de sexo, se señala la necesidad imperiosa de despatologizar a la intersexualidad, pues según la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS –según expresa- dicha condición biológica es tenida como una enfermedad, relacionada con la disforia de género.

En lo relacionado al consentimiento informado, expresa que el estándar común en este asunto es aquel que acude a su obtención a través de los padres del menor de edad intersex, a pesar de que aquellos no resultan estar lo suficientemente bien informados, o son informados de manera sobre-medicalizada, esto es, en términos que no resultan sencillos y que ante su complejidad, contrario a lo esperable, generan una propensión en los padres de aceptar los tratamientos propuestos por el equipo sanitario en la atención de la “patología” del infante.

Señala en este mismo sentido, que las cirugías de asignación o normalización son del todo innecesarias y meramente cosméticas. Que surgen serias dudas acerca de la forma en como es obtenido el consentimiento subrogado o por terceros, y cuál es la premisa de cuidado que motiva al personal en salud –si el ejercicio de la autonomía de los padres, o el ejercicio del paternalismo médico-.

Duda si el consentimiento que proveen los padres tiene como objetivo principal velar por los intereses y bienestar del menor. Termina por señalar que la aplicación de un nuevo estándar en salud ha venido progresivamente siendo aplicado por algunos miembros del área sanitaria en Europa, en parte, por la repercusión que ha venido ejerciendo el documento publicado por la OMS en el año 2014 en colaboración con otras agencias de derechos humanos a nivel internacional, que enfatiza en los tratamientos de asignación de sexo o normalización como una forma de mutilación genital y esterilización reproductiva.

Por último se tiene como antecedente jurídico de relevancia a nivel europeo los “Lineamientos en la promoción y protección del disfrute de los Derechos Humanos de personas LGBTI”. Su encabezado inicia recalcando que ningún derecho humano ha sido creado para el colectivo LGBTI y que respecto a ninguno de los existentes debería negárseles su ejercicio (Council of Europe, 2013).

Se trata del primer documento proveniente del Consejo de la Unión Europea que definió a la intersexualidad como sexualidad no binaria, distinta al estándar normativo de lo masculino-femenino, que incluye numerosas variaciones a nivel cromosómico, gonadal y genital. Establece a lo largo de su texto, las áreas de trabajo en las que resulta necesario implementar acciones de identificación de las violaciones a los derechos humanos del colectivo LGBTI en general, y planes de mejora.

2.3.3 Nivel americano

A nivel americano por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado su más reciente informe en noviembre del 2015 sobre “Violencia contra personas LGBTI”, que contiene información detallada acerca de las prácticas que constituyen una forma de violencia por prejuicio hacia las personas intersexuales, en la que los protocolos medicalizantes encabezan el listado de aquellas contrarias a los Derechos Humanos de esta minoría sexual (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Se evidencia en la sección dedicada a la violencia médica contra personas intersex, que las violaciones a los derechos humanos que sufren las personas intersex son distintas del colectivo LGBT, padeciendo comúnmente el sometimiento a las prácticas de asignación de sexo o normalización de genitales, esterilizaciones involuntarias, sometimiento excesivo a exámenes médicos, falta de acceso a información médica e historias clínicas, negación de servicios en salud, etc.

Al igual de lo que ha sido expresado a nivel europeo, este informe insiste en la falta de necesidad de los tratamientos médicos de modificación intersexual, pues aquellos no poseen beneficios médicos en tanto que la sexualidad intersex no constituye un peligro para la salud ni la vida.

Retoma lo dicho por el Relator Especial de la ONU contra la Tortura y el Relator Especial sobre el derecho a la salud, que invitan a la posposición de estos procedimientos dada la necesidad de obtener el consentimiento informado del menor intersex, al menos hasta que sea competente o maduro para emitir una decisión que gira en torno a su autodeterminación corporal y el ejercicio de su autonomía.

Observa con preocupación, que según datos allegados en relación con los protocolos médicos vigentes en los Estados miembro de la Organización de Estados Americanos OEA, que dada la asociación de las variaciones intersex con patologías que afectan la salud, suelen recomendar las cirugías y tratamientos hormonales de normalización genital. Así mismo, que en varios de estos Estados la obtención del consentimiento informado no resulta ser un requisito legal para proceder a las intervenciones médicas, pues la *lex artis* americana distingue dicho protocolo de abordaje bajo el criterio de urgencia médica.

Invita en ese sentido, a que sea respetado el *principio* del consentimiento informado y su ejercicio de manera previa, libre y desde luego, informada por el menor intersex. A que se prohíban los protocolos médicos de normalización genital, a la creación de lineamientos que aseguren a los menores de edad el ejercicio de su derecho a la autonomía y autodeterminación corporal, siendo sugeridos tan solo cuando puedan estos mismos manifestar “directamente” su decisión.

Recomienda finalmente a los Estados Parte de la OEA (i) la capacitación del personal médico y la comunidad médica con el fin de proveer el apoyo adecuado a las personas nacidas bajo esta condición biológica, (ii) crear grupos multidisciplinarios que provean apoyo y asesoría a padres, madres y familiares de niños y niñas intersex, (iii) a realizar campañas de educación y concientización para erradicar el estereotipo sexual normativo y enseñar acerca de la invisibilidad y discriminación que rodea a las personas intersex.

2.3.4 Derecho colombiano

En Colombia particularmente, el consentimiento informado en las prácticas de asignación sexual o normalización en menores intersexuales, encuentra su más notable desarrollo a nivel judicial al interior de la jurisdicción constitucional en cabeza claro, de su más alto Tribunal.

Valga no obstante advertir que la Ley 23 de 1981 que contiene las normas aplicables en materia médica, establece en sus arts. 14, 15 y 16 que la práctica de procedimientos médicos en menores de edad, requerirá por regla general la obtención del consentimiento informado de sus padres quienes ejercen como sus representantes legales.

Su Decreto Reglamentario No. 3380 de 1981 en los arts. 10 a 12 relaciona las excepciones a la obtención del consentimiento informado, entre las que se encuentran las situaciones de emergencia médica, omitiendo hacer algún tipo de mención adicional a la contenida en la Ley 23 de 1981 sobre los casos en que el menor de edad ocupa la calidad de paciente.

A su vez, la Resolución No. 13437 de 1991 que adopta el decálogo de derechos de los pacientes. Fija en su art. 1 que los derechos allí contenidos podrán ser ejercidos sin distinción de raza, *edad*, sexo, idioma, entre otros criterios. Su art. 2 además, incluye como derecho la obtención del consentimiento informado subrogado a cargo de familiares o representantes legales, toda vez que el paciente se vea en la imposibilidad de hacerlo por sí mismo, bien por encontrarse bajo un estado de inconciencia o de minoría de edad.

Sin embargo, la normativa actual no prevé supuestos de hecho que relacionen el ejercicio del consentimiento informado que, por un extremo, sitúen al menor de edad en la relación médico-paciente, y en el otro, alternativas terapéuticas que ofrezcan procedimientos de carácter invasivo, de naturaleza irreversible cuyos efectos benéficos aun no hayan sido comprobados sobre la salud humana.

En ese orden de ideas, y como consecuencia a la aplicación de la regla general de obtención del consentimiento informado subrogado, se judicializa en 1995 el primer caso que relacionó la práctica de intervenciones de asignación sexual. Al menor de edad en cuestión, le habían sido cercenados sus genitales accidentalmente en un ataque canino.

La razón por la cual el caso es objeto de selección para su revisión por parte de la Corte Constitucional, a pesar de haber sido proveído el consentimiento informado por los representantes legales del menor al equipo médico; se relaciona con el rechazo que progresivamente al crecer, fue expresando el menor hacia el tratamiento de asignación sexual estando aún sujeto a tratamientos de tipo hormonal y otros más, que tendían a la reconstrucción total de una apariencia genital femenina.

Habiendo cuestionado la Corte Constitucional la legitimidad de la conducta de las autoridades médicas y particulares que participaron en el procedimiento de readecuación sexual del menor, puesto que diversas irregularidades fueron evidenciadas en lo que al consentimiento informado,

su obtención y constancia escrita se refiere; resuelve de manera un tanto paradigmática, que deba ser este con apenas 5 años, quien consienta en adelante.

Para tal efecto fija esta edad, conforme un juicio de ponderación de tres factores (i) urgencia del tratamiento, (ii) afectación actual y futura de la autonomía y (iii) edad del menor, un umbral fijo para la permisión del ejercicio de la autonomía en salud.

Desde entonces y hasta el año 2014, ha proferido este Tribunal un total de nueve sentencias SU-337/1999, T-551/1999, T-692/1999, T-1390/2000, T-1025/2002, T-1021/2003, T-912/2008 y T-622/2014 que, a diferencia de la primera T-477/1995, vinculan a menores de edad intersex y el ejercicio del consentimiento informado, siguiendo esta misma regla de origen judicial junto al juicio de ponderación allí empleado.

Así, por nombrar alguno de estos fallos, se encuentra la sentencia de revisión de Tutela T-450A de 2013 que exhortó a la Registraduría del Estado Civil para emitir directivas sobre la consignación del sexo en la inscripción al registro civil de nacimiento de los menores de edad intersexuales. Se acató tal orden mediante Circular No. 33 del 24 de febrero del 2015.

Mediante fallo T-622 de 2014 se exhortó al Ministerio de Salud para regular todo lo referente al acceso al sistema de salud, tratamientos y procedimientos a los que tienen derecho los menores nacidos con DSD y demás personas que integran el colectivo intersex. La exhortación a la fecha no ha sido cumplida.

También ha sido extendida exhortación por parte de este mismo Tribunal al Congreso de la República para regular con precisión, los vacíos jurídicos en la normativa nacional acerca del ejercicio de los derechos de las personas nacidas con intersexualidad. A la fecha no se conoce la existencia de proyecto legislativo alguno que tienda a cumplir con dicha orden.

2.3.5 Legislaciones o fallos de otros países

A continuación, se relacionan de manera esquemática otros antecedentes jurídicos de importancia en el marco de esta investigación y que provienen del derecho nacional de otros países.

Será referenciado el país de origen, el tipo de documento, la institución que lo emite o profiere, y el objeto de decisión o regulación sin perder de vista la temática interesada.

País	Tipo de documento	Origen/año	Título en español	Objeto decidido/ regulado
Malta	Ley/	Parlamento/	Ley de identidad de género, expresión de género y características sexuales	Art. 2. Menor de edad es todo aquel que no ha alcanzado los 18 años.
	Act No. XI of 2015, 14th April	2015		Art. 14. Se prohíben las intervenciones médicas de asignación de sexo o cualquier otra tendiente a la modificación de las características sexuales del menor de edad intersex.
				Se pospondrán hasta que el menor edad pueda consentir por sí mismo, expresando su decisión a través de sus representantes legales.
				Cuando el menor de edad ejerza el consentimiento informado, el profesional médico deberá (i) asegurar que sus mejores intereses según la DDN ¹⁹ serán la primera consideración, y (ii) dar peso a los puntos de vista del menor teniendo en cuenta su edad y madurez.
				Excepcionalmente habrán de consentir por el menor un equipo interdisciplinario y sus representantes legales cuando entre estos exista acuerdo y solo cuando el menor de edad se encuentre imposibilitado para consentir.
Estados Unidos,	Sentencia de Apelación	Corte de Apelaciones	M.C vs. Aaronson	El menor de edad intersex según los hechos del caso, había sido

¹⁹ Declaración de Derechos del Niño

Carolina del Sur.	del 4to Circuito/	sometido a procedimientos de asignación de sexo.
	2015	El consentimiento fue proveído por el Departamento de Servicios Sociales del Estado, apoyado por el personal médico.
		El Tribunal de Apelaciones rechaza, según la argumentación del menor de edad quien interpone la acción a través de sus padres adoptivos; que el personal médico haya violado derechos constitucionales legalmente establecidos a la reproducción, a la intimidad, a la integridad corporal y la autonomía.

Tabla 1. Elaboración propia

3 Protocolo de abordaje a la intersexualidad acogido por la Corte Constitucional

Si bien en un inicio se creía que el litigio en esta materia habría de estar 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; lo cierto es que cada vez son mayores 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).

En total han sido 10²⁰ los casos que la Corte Constitucional colombiana (en adelante la Corte) ha dictado a lo largo de estos 24 años de ejercicio de sus funciones asumidas desde 1992. Uno de los rasgos particulares que han identificado en términos generales a este grupo de sentencias, ha sido el de haber asumido un enfoque de tratamiento de la intersexualidad que se cree corresponde, conforme las consideraciones de la Corte en cada caso, con uno de los tres abordajes posibles de la intersexualidad que fueran arriba descritos.

Tal particularidad es la que permite que pueda ser sometido cada fallo, a lo que se conoce como el *análisis terapéutico de la jurisprudencia*, esto es, (i) la identificación de los posibles efectos de tipo (anti) terapéutico de una regla de derecho contenida en una *ratio decidendi*, y (ii) 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, en similares supuestos fácticos (Winick, 1994).

Así pues, se describirá en lo que sigue, los objetivos y presupuestos sobre los cuales se orienta la jurisprudencia terapéutica, seguido de la puesta en perspectiva bajo este enfoque, de las sentencias que serán estudiadas en el marco de esta investigación.

²⁰ 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-450⁹/13. Esta última no habrá de estar comprendida entre el grupo de sentencias bajo estudio dado que no guarda relación estrecha con el problema jurídico que interesa en este texto pues, en esencia, se refiere a la vulneración del derecho del menor intersex al reconocimiento de su personalidad jurídica en la medida en que le es negado su derecho al registro civil dada su condición de “ambigüedad sexual”.

3.1 Jurisprudencia terapéutica, ¿a qué apunta, en qué consiste y cuáles son sus presupuestos orientadores?

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

Es decir, un enfoque interesado en los efectos que una regla de derecho contenida en una sentencia judicial, tuviera sobre la calidad de vida y bienestar psicológico de la persona directamente afectada por la decisión. A esto se le denominó por David Wexler y Bruce Winick, sus creadores, como *Therapeutic Jurisprudence* cuya traducción directa al español puede ser entendida como “jurisprudencia terapéutica” (en adelante JT) (Drogin, 2000).

En dichas Cortes especializadas, a diferencia de las Cortes de carácter tradicional dedicadas al juzgamiento de diversos conflictos de naturaleza pública o privada en los que la solución se limita a consideraciones de tipo fáctico y 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, avocando a la implementación en la tarea de juzgar, de acciones específicas de rehabilitación para prevenir su futura ocurrencia.

Así, por ejemplo, se independizó por primera vez para 1989 del juzgamiento de las Cortes criminales, los casos de abuso o adicción a las drogas siendo atendidos por las nuevas Cortes de Tratamiento a las Drogas. La razón de aquella división atendió en principio, a la falta de éxito que tenía el enfoque punitivo sobre conductas que eran reprimidas a través de la privación de la libertad del sujeto, pero que finalmente no producían ningún cambio en lo relacionado a su adicción (Maze & Hannah, 2008).

En ese sentido, mientras el ofensor aceptara bien su culpabilidad o ser derivado a una Corte de Tratamiento a las Drogas, habrían de serle ofrecidas por el juez como parte del equipo de rehabilitación, diversas opciones de tratamiento que consistían en mantenerse libre del uso de las drogas, participar en la prescripción de cursos de tratamiento, el envío de resultados de pruebas sobre el consumo de drogas para monitorear su cumplimiento con el plan de tratamiento, y el

reporte periódico a la Corte para evaluar su progreso en la superación de la adicción (Winick, 2002).

Para el año 2000 en los Estados Unidos ya existían al menos 697 Cortes de dicha naturaleza, 250 en el Estado de California (Farole, Puffet, Rempel, & Byrne, 2005), como respuesta positiva a la incursión de una nueva visión judicial que en materia de adicción y abuso a las drogas, se dirigió a impactar de manera positiva y efectiva en la vida del individuo sujeto a tratamiento.

Igualmente, en el transcurso del mismo año y en apoyo a los resultados evidenciados en las distintas *Problem Solving-Courts*, el grupo de tareas conjuntas de la Conferencia de Presidentes de las Altas Cortes de aquel país y la Conferencia de Administradores de los Tribunales Estatales, adoptó una Resolución resaltando el valor de la JT como acercamiento en la práctica judicial, que no sólo permite el cumplimiento avanzado de los estándares de actuación en el sector de la justicia, sino que además favorece la confianza pública al integrar servicios de tratamiento médico, intervención judicial continua, monitoreo cercano e inmediato con el directo afectado.²¹

En las Cortes especializadas en materia de salud mental, la discusión retomada a principios de los años 90's 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 al interior de casos judiciales y en aplicación del enfoque de la JT, llevaría más adelante al reconocimiento del derecho legal al rechazo de tratamiento médico en materia de salud mental (Winick, 1991) (Winick, 1994) (Winick, 2006).

Tal ha sido la progresiva expansión de la JT, implementada también en jurisdicciones extranjeras como la australiana, en Cortes especializadas en violencia doméstica y asistencia a Koori's (indígenas de la región de Victoria y la Nueva Gales del Sur) (Spencer, 2012). Recientemente ha sido exaltado su valor como “discurso intelectual” cuya aplicación tiende a la promoción de un orden social que facilita la resolución pacífica de conflictos (Richardson, Spencer, & Wexler, 2016).

²¹ Conference of Chief Justices, Conference of State Court Administrators, Disponible en línea: <https://www.wicourts.gov/courts/programs/docs/problemsolvingresolution.pdf> Recuperado el 08/05/2016

En la actualidad se conocen además dos proyectos de profundización en el estudio de la JT, el primero a cargo de la Universidad de Nebraska titulado *The Therapeutic Jurisprudence and Preventive Law Project* y el segundo, a cargo del Prof. Wexler en la Universidad de Puerto Rico conocido como *Internacional Network on Therapeutic Jurisprudence*.

Conforme lo anterior queda claro al menos hasta ahora, que la *Therapeutic Jurisprudence* ha sido discutida más allá del plano meramente teórico. Que su recepción se ha extendido progresivamente desde su implementación inicial en el derecho criminal y el derecho a la salud mental, hasta las acciones civiles, el derecho de la discapacidad, el derecho probatorio, el derecho laboral arbitral, el derecho comercial, mecanismos de mediación, el derecho internacional y el derecho de género, bien sea de manera explícita o no.

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, bajo el entendido que la aplicación del derecho que no observa las necesidades especiales de las personas y su relación con los demás, 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, se trata de un movimiento heredero al interior del realismo norteamericano, de la denominada perspectiva sociológica de la jurisprudencia de R. Pound., la cual tendió en términos generales, a la consideración de los factores sociales como aquellos en torno a los cuales debía proceder el derecho y ser en consecuencia aplicado, centrando su atención en el estudio de los efectos a nivel social de las instituciones y doctrinas legales (Budjac Corvette, 2000).

No se trata entonces de una nueva concepción del derecho ni del vertimiento de “viejo vino en nuevas botellas” es decir, 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 desde luego sí se preocupa por las consecuencias de una decisión judicial sobre el bienestar del individuo, pero también lo está por el ejercicio de sus derechos aun cuando esto se traduzca en el sacrificio del beneficio mismo. Es decir, no negaría la JT en ese orden, la validez de aquellos eventos en que a pesar a través del ejercicio del derecho a la autonomía, se produzca

una consecuencia anti-terapéutica (que minimiza el bienestar) en los casos, por ejemplo, en que el sujeto decide por sí mismo sobre la negativa de acceder a tratamientos de rehabilitación como sucede en el abuso de drogas, o de tratamiento en salud mental.

Como quiera que sea, la JT halla en el 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 estas se dirigen (Drogin, 2000).

Ahora, la interdisciplinariedad de la JT reside en la convergencia de conocimientos provenientes de la psicología y las ciencias del comportamiento que habrán de ampliar la comprensión del caso con miras a minimizar los efectos anti-terapéuticos del derecho; sin que aquello implique en sentido alguno 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).

Esta convergencia de conocimientos ajenos a los estrictamente jurídicos, tienen como objetivo proveer una serie de principios que guíen la estimación del juez acerca del efecto terapéutico o anti-terapéutico derivado del sentido del fallo. Los principios que orientan la puesta en práctica de la JT son dos, el de autonomía-autodeterminación y no coerción (entendida como imposición no consentida), el primero de los cuales posee además la naturaleza propia de un derecho (Cooper, 1999) (Spencer, 2012).

Ambos conjuntamente aplicados advertirán al juez sobre el valor psicológico del ejercicio de la libre autonomía, pues un sujeto al que se le permite tomar decisiones entre un rango de opciones que le han sido ofrecidas conforme el marco legal aplicable y los hechos del caso en cuestión, actuará de manera más efectiva con el cumplimiento de lo que ordena la sentencia sea realizado. De manera que, los efectos anti-terapéuticos son aquellos que generan una experiencia negativa de orden psicológico cuando se ha privado del poder de autodeterminación y autonomía, a través de la coerción externa (Winick, 2002).

Ante la producción eventual de un efecto anti-terapéutico (que no habrá de ser sinónimo de “contrario a derecho”), el juez como agente terapéutico tendrá en sus manos el poder decisor para minimizar el impacto negativo en el bienestar del individuo afectado por la emisión de la sentencia, como sucede por ejemplo 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 que no ha sido consentida por el paciente (Perlin, 2002).

Valga añadir además, que 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, acostumbrada a ser aplicada a la resolución de problemas jurídicos producto de supuestos fácticos de configuración similar (Kress, 1999).

3.1.1 ¿Qué entender en definitiva, por efectos (anti) terapéuticos, y qué variables determinan su producción?

Recapitulando lo dicho hasta ahora, y en aras de lograr una mayor claridad debemos detenernos en la precisión acerca de las condiciones en que una regla de derecho expresada a través de una sentencia judicial, habrá de ser calificada como una generadora de efectos terapéuticos o de efectos anti terapéuticos.

La expresión “terapéutica” comúnmente utilizada en el ámbito médico, es entendida 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 JT dicho término no obstante, sufre una variación importante dado el contexto en el cual se aplica, empezando porque 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 sus principios orientadores que, según se señaló más atrás, son dos: la autonomía y la no coerción.

En el otro extremo, 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 dada una consideración paternalista que atribuye a un tercero la toma de la decisión que se trate.

Esta relación de prevalencia de la autonomía o la beneficencia debe entenderse como una de *grado* o un *continuum* dado que, frente a decisiones 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)

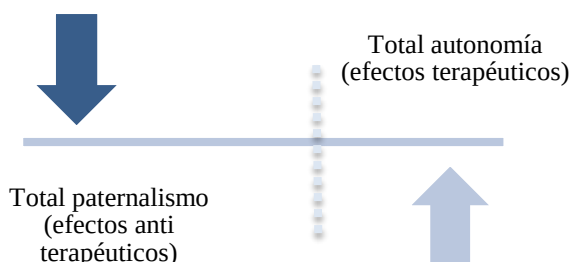


Fig. 1 Relación de los efectos terapéuticos y anti terapéuticos (elaboración propia)

Como se observa en la figura anterior, la línea puntuada señala el límite de ruptura entre los efectos terapéuticos y anti terapéuticos, en donde la toma de la decisión autónoma guarda un grado mucho menor para que pueda entenderse respetada; a diferencia de lo que sucede con la toma de 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 habrán de sumar o restar en la balanza de esta relación de grado dependerán del caso y sus particulares circunstancias.

En las que relacionan a un menor de edad intersex enfrentado a la decisión sobre la aceptación o rechazo de las prácticas medicalizantes de normalización o readecuación genital, habrán de añadir peso en el extremo de la motivación paternalista razones tales como la (i) necesidad de salvaguardar el *mejor interés del menor* que será determinado por un tercero dada su falta de madurez, su edad e incapacidad relativa para decidir, (ii) la pronta realización del procedimiento médico dado el carácter urgente del mismo y (iii) 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).

Mientras que en la balanza del autonomismo habrán de añadir peso consideraciones basadas en (i) la necesidad de que la personalidad del sujeto se desarrolle libremente a través del

“entrenamiento” o “educación” en la toma independizada de sus decisiones, (ii) los beneficios psicológicos que reporta el ejercicio de la autodeterminación del sujeto en su propia salud mental, (iii) la aplicación del *principio de precaución* frente a procedimientos de efectividad no comprobada, prefiriendo en ese caso su no realización (Spencer, 2012) (Winick, 2006).

3.1.2 La jurisprudencia terapéutica en materia de salud.

Ahora bien, antes de abordar el siguiente apartado dedicado al estudio propiamente de la intersexualidad al interior de la Corte Constitucional, es importante añadir la amplia recepción que la JT ha tenido en el ámbito de las decisiones judiciales en materia de salud (especialmente cuando involucra menores de edad o pacientes con enfermedades mentales).

Aquello ha sido así, toda vez que ha 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 dado que, tal y como fuera descrito anteriormente, la autonomía, la autodeterminación y la no coerción apuntan a rescatar el apego exitoso del paciente al tratamiento y la generación en últimas, de consecuencias positivas sobre su salud (Perlin, 2002).

La JT en el contexto de la salud es sin duda entonces, sinónimo de un enfoque pro-autonomía (Cooper, 1999). La autonomía, extensamente debatida bajo ángulos conceptuales tan diversos y distintos como comentaristas ha habido, puede ubicarse aunque sea inicialmente, a partir de la exposición clásica de Gerald Dworkin quien la relaciona entre otros, 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*) (2008).

La JT 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 en la cual este incurre. Aun cuando el paternalismo justificado se dirige a la producción de un bienestar el cual también interesa a la JT, aquel no es aceptado en tanto priva de la participación en la toma de la decisión benéfica al sujeto afectado, privación que apela a la incapacidad de este, a la obtención incierta de su futuro consentimiento, o al supuesto desconocimiento de este sobre su propio bienestar (Kress, 1999) (Dieterlen, 1988).

Sin ánimo de ahondar más allá de lo necesario sobre este último punto, es posible afirmar hasta ahora que (i) la jurisprudencia terapéutica es un movimiento interdisciplinario cada vez más

difundido 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; (ii) que la determinación de tales efectos la tiene a su cargo el juez como agente terapéutico, considerando 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; y (iii) que la JT en el escenario de la salud, rescata la aplicación del principio de autonomía (que reviste un carácter doble, como derecho y principio bioético) rechazando a su vez, posturas paternalistas justificadas o no.

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

Veremos ahora qué inclinaciones específicamente ha tomado la Corte Constitucional (en adelante la Corte) cada que ha tenido que abordar en específico, la obtención del consentimiento informado toda vez que fuera necesario para autorizar procedimientos de “normalización” en menores de edad intersex.

Para la revisión que sigue, es necesario describir brevemente la metodología de delimitación y escogencia de los fallos objeto de estudio. A través de una búsqueda exhaustiva en la sección de “Relatoría” de la misma Corte, se encontró un total de diez fallos, nueve de Tutela (una de ellas siendo excluida de nuestro análisis por no guardar analogía con el problema jurídico que interesa) y una Sentencia de Unificación que tenían como descriptor temático las expresiones *hermafroditismo, pseudohermafroditismo, ambigüedad genital o intersexualidad*.²²

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 readecuación 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).

²² Todas pertenecientes a la expresión biológica en la cual la persona posee características genéticas, físicas y hormonales que no son del todo femeninas ni masculinas. Sin embargo, en el lenguaje de los derechos, se ha preferido por el colectivo intersex que se aluda tan solo a “intersexualidad” y no a hermafroditismo y sus derivados, dado que tal expresión sigue conteniendo implícitamente 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.

En particular, la razón por la cual resulta problemática la obtención del consentimiento informado tratándose de menores de edad intersexuales, reside en la irreversibilidad de un procedimiento cuya decisión se encuentra ajena a la persona en cuyo cuerpo este se practica.

Si bien tradicionalmente bajo la influencia del derecho civil se ha relevado la toma de decisiones del menor de edad a sus representantes legales, por cuanto aquel es tenido por la ley como incapaz relativo; en materia de salud la capacidad de la toma de decisiones depende más allá del crecimiento ligado a la edad, de las exigencias mismas del tratamiento (esto último llamado *competencia*) (Buchanan & Brock, 2009).

Es decir, si es uno de *carácter invasivo* que demanda una complejidad mayor en el nivel de información proveído y una capacidad de razonamiento distinta para sopesar daños y beneficios; o de *carácter no invasivo*, esto es, un procedimiento de naturaleza menor que requiere de la práctica de un tratamiento estándar, de bajo riesgo y claramente benéfico para el sujeto decisor (Buchanan & Brock, 2009).

Ante esta división, 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 este todavía es un infante (ej. vacunación obligatoria), distinto a cuando se trata de un adolescente próximo a la mayoría de edad en cuya autonomía recae el ejercicio de la decisión. El supuesto contrario esto

es, el de los tratamientos de *carácter invasivo* constituye una excepción que requiere un estudio caso a caso (Buchanan & Brock, 2009).

En ese entendido, lo que debate la Corte en cada una de estas sentencias como habrá de verse a continuación, es si puede accederse a la excepción permitiendo al menor de edad consentir (por sí mismo o con apoyo de sus padres) dado el *carácter invasivo* del tratamiento de reasignación sexual que en principio, le impediría decidir sobre su realización dadas las complejidades de la información, la ponderación de daños y beneficios que aquel requiere, etc.

3.2.1 Sentencia T-477-1995 “Los niños no son propiedad de nadie”.

El caso en torno al cual gira esta decisión no es propiamente el de un menor de edad intersexual, sin embargo en posteriores lecturas de ingeniería reversa²³ es citado como el primero en revisar la obtención del consentimiento informado en procedimientos de normalización sexual.

El menor de edad que relacionan los hechos había sido emasculado en sus genitales a los 6 meses de edad producto de la mordida de un perro, mientras sus padres no se encontraban cerca procurando su cuidado. Luego de ser exonerados por cargos penales ante lo que se creía la comisión de un delito imputable a ellos; autorizan en el Hospital encargado de proveer los cuidados en salud del menor, la realización de “cualquier tipo de tratamiento (incluyendo el cambio de sexo)” dirigido a mejorar la situación actual de su hijo, según así lo señala la lectura del hecho 1.2 de la sentencia.

El primer procedimiento practicado poco menos de un mes luego de ocurrido el evento en la corporeidad del menor mutilado, habría sido el de reasignación de sexo pues estaba según los médicos tratantes “en la edad adecuada (sin que fuera posible) reconstruir (sus) genitales funcionales”, máxime cuando:

²³ El procedimiento de ingeniería reversa que aquí se emplea se extrajo de la técnica de investigación de las líneas jurisprudenciales que propone en su texto “El derecho de los jueces” Diego López Medina. Aquel requiere de la búsqueda por parte del investigador, de la serie de citaciones jurisprudenciales que contiene el fallo más reciente sobre la materia que se revisa, búsqueda que se replica hasta que se obtenga un nicho citacional o lo que es igual, un conjunto de “citas de la cita”. Se trata como bien lo señala, de una citación interna que en sus inicios contenía un “propósito predominantemente conceptual o teórico” sin que los patrones fácticos como se comenta al interior del texto, guardaran mayor analogía entre sí tal y como sucede en nuestro caso. Cfr. López Medina, D. (2006). El derecho de los jueces. 2da Ed. Legis: Bogotá. pp. 171

Por las características expresadas, este niño estaba condenado a ser una persona con ambigüedad sexual y sabiendo que la identidad sexual de un niño se inicia desde el año y medio a dos años en adelante, es lógico pensar que era necesario tomar una decisión con respecto a su reasignación de su sexo. (T-477, 1995)

Cirugía que posteriormente requeriría de otras intervenciones para que el menor a partir de entonces, se desarrollara física, cognitiva y sexualmente en la lógica de lo femenino. Este proceso de “normalización” se acompañó como era esperable, de la sustitución de la identidad originaria del menor de edad.

Seis años después de la primera intervención se realiza un segundo procedimiento, a pesar de que las conductas del menor internado en un albergue de monjas para reforzar la identidad asignada y la vinculación de esta misma con su sexo intervenido, eran contrarias a las que su entorno social y el equipo médico pretendían inculcarle. Meses después de la segunda intervención y ante esporádicos controles médicos, se concluye que la asignación de sexo ha sido un “experimento fracasado”: la identificación del menor mutilado e intervenido seguía siendo masculina.

En aplicación del enfoque medicalizante, una vez el menor de edad reveló su inconformidad con el sexo asignado y la inconsulta decisión sobre la intervención en su corporalidad, decide la Corte revisar la tutela que fuera interpuesta por el Defensor del Pueblo en atención a los intereses del menor, la cual había sido fallada en una instancia inferior de manera incongruente²⁴.

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, sexólogos, cirujanos plásticos y psicólogos; decide aludir directamente a la provisión del consentimiento informado preguntando además, si la negativa de obtención del mismo por el menor de edad constituía una violación al

²⁴ Incongruencia que hizo manifiesta la Corte al expresar que aun cuando la Sala Civil del Tribunal de Antioquia expone consideraciones que harían esperable que prosperara la tutela a favor del menor, quien solicitara le fuera reconocido un nombre masculino según su identidad de género y que no se continuara con el tratamiento de normalización que había sido adelantado hasta ahora; termina rechazando sus pretensiones al agregar que todo lo actuado en materia médica fue tan solo en beneficio suyo, ordenando a pesar de la denegatoria que se corrija su partida de nacimiento, su registro como varón y el estudio de un tratamiento médico que permita el menor recuperar sus genitales dado su auto-reconocimiento como un ser masculino.

derecho a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (este último en el que se ejerce la autonomía).

Acogiéndose a la distinción entre tratamientos de carácter invasivo y no invasivo, ubica la Corte al proceso de readecuación sexual en esta primera categoría, puesto que afecta profundamente la autonomía y la dignidad del menor.

Ahora, para definir el límite entre la facultad que tienen los padres como representantes legales del menor para decidir sobre un asunto de radical trascendencia como es la determinación del sexo, llama al empleo del juicio de ponderación entre el principio de autonomía y el paternalismo que interfiere en la libertad de acción de una persona justificada en la producción de un beneficio personal.

En dicho juicio se acude a tres criterios determinantes: el primero, de urgencia e importancia del procedimiento, expresando en el caso en particular que su realización se llevó a cabo no a los dieciocho meses de edad en que sugiere el enfoque medicalizante sea practicado, sino a los seis años después de la mutilación genital de la que fue víctima el menor. Por lo que no existió tal urgencia.

El segundo, de intensidad o impacto sobre la autonomía actual o futura del menor de edad, considerando en un alto grado el impacto sobre la toma futura de decisiones ante un sexo no consentido y sobre el cual deberá el menor hacerse a una identidad sexual y de género que eventualmente pueden no corresponderse con la asignación del sexo efectuada, por lo que se trata de una privación absoluta del derecho futuro a decidir sobre la autonomía corporal y el destino del propio cuerpo.

Y el tercero, que tiene que ver con la edad del menor en donde la Corte estima que no es la misma situación a la que se enfrenta en materia de consentimiento informado, un recién nacido que un adolescente próximo a la mayoría de edad.

Sin mayor desarrollo del juicio de ponderación llevado a cabo, la Corte en este particular caso se inclina por la no admisión de la práctica del proceso de normalización sin que medie la autorización directa del paciente menor de edad quien contaba entonces con apenas con seis años.

La conclusión a la que llegó se desprendió de la siguiente consideración:

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)

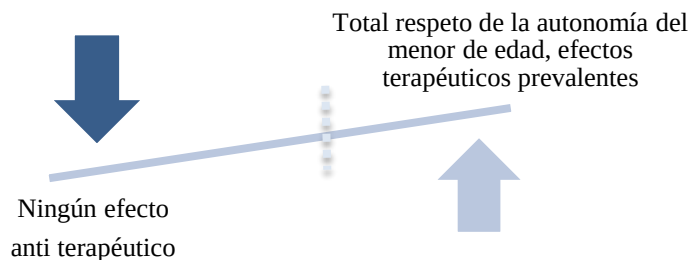
De ahí que afirmara categóricamente que no se puede permitir a los padres que se altere la identidad sexual de su hijo, decisión que señala este misto alto tribunal de “inconstitucional y desdichada”. Priva de esta decisión además, tanto a los jueces como a los médicos quienes no podrán unilateralmente tomar una decisión de tal envergadura sobre la anatomía de un tercero. Violentar el consentimiento informado del menor constituye además una vulneración de sus derechos fundamentales a la identidad, la dignidad y el desarrollo de su personalidad²⁵.

La pregunta que cabe formular, siendo que ni padres, ni jueces ni médicos tienen derecho a decidir, es en quién recae la decisión en materia médica tratándose de menores de edad sometidos a tratamientos de carácter invasivo, específicamente de readecuación sexual.

Al respecto si bien la Corte no elabora una justificación más completa acerca del por qué el menor de edad siendo aún un infante de 6 años y a quien se refiere en el texto de la sentencia como “menor adulto” debe consentir de manera expresa e informada, señala en el *decisum* de su propio fallo que, toda vez que no se está ante un caso de hermafroditismo, hay que respetar la *verdad natural y personal* las cuales conllevan a la posibilidad de decisión del paciente quien, si no había podido ejercerla antes, deberá hacerla ahora dado que “tiene uso de razón”.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de “ponderación” de la JT habría de ser el siguiente:

²⁵ 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, determinando sobre el particular, 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

- (i) Urgencia. No existe verdadera urgencia en los procedimientos quirúrgicos que se sugieran dada la avanzada edad del menor de edad -que superaba entonces los 6 años luego de ocurrido el evento de mutilación de sus órganos sexuales-.
- (ii) 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

- (i) 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, su corporeidad.
- (ii) No corresponde a ningún tercero la toma de la decisión más que al mismo paciente.
- (iii) Debe respetarse la *verdad natural* del menor de edad.

Particularmente, el respeto a la supuesta “verdad natural” en los estudios intersex son objeto de crítica dado que conduce a la afirmación de la existencia de un “sexo verdadero”, es decir, a la tenencia de una sola sexualidad manifestada en el cuerpo definida bajo términos de normalidad, atribuyendo el título de anormalidad o “monstruosidad”, a quienes no se acoplaran a la clasificación de la sexualidad correcta que hacía por su cuenta, la biología en el transcurso de su consolidación como disciplina a fines del siglo XVIII y XIX. Así era esperable que la intersexualidad fuera reforzada desde entonces en términos de anormalidad que requería ser corregida (Siverino Bavio, 2015).

Sobre el particular señala M. Foucault en el prólogo al diario personal de Herculine Barbin, que la necesidad de concebir la existencia de sexos verdaderos en las sociedades occidentales es más bien reciente, pues por siglos se había aceptado que “hermafroditas” eran todos quienes de manera variable, tuvieran dos sexos:

It is true that there is evidence of a number of executions, both in ancient times and in the Middle Ages. But there is also an abundance of court decisions of a completely different type. In the Middle ages, the rules of both canon and civil law were very clear on this point: the designation “hermaphrodite” was given to those in whom the two sexes were juxtapose, in proportions that might be variable. (Barbin, 1878, pág. vii)

Es cierto que exista evidencia sobre el número de ejecuciones, tanto en tiempos antiguos como en la edad media [de hermafroditas]. Pero también existe evidencia de abundantes decisiones de Cortes de un tipo completamente diferente. En la edad media, las reglas canónicas y civiles eran muy claras en este punto: la designación “hermafrodita” era dada a todos aquellos quienes tuviesen yuxtapuestos dos sexos, en proporciones que podían ser variables. (Traducción propia)

La necesidad de respetar en el menor su “sexo verdadero” tan solo sería empleada en esta sentencia. En las que siguen, no será la Corte quien acuda a este concepto biologicista de la corporeidad intersexual que, por anormal, debe ser corregida; sino que será referida por los facultativos que recomendarán sea sometido el menor de edad intersex a los tratamientos de asignación de sexo o normalización.

3.2.2 Sentencia SU-337-1999. Precedente constitucional: introducción del 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 J. Greenberg en tratar conjuntamente la cuestión intersex junto al derecho a la autonomía en el escenario sanitario²⁶ (2012).

²⁶ Según esta misma autora, tan sólo hasta 1999 las decisiones judiciales ligadas al derecho a la identidad sexual han estado vinculadas al homosexualismo o el transexualismo, no al intersexualismo como sucede en el presente caso.

Allí, conforme la circunstancia fáctica que se relaciona se recomienda por los médicos tratantes que se someta a la menor intersex al procedimiento de normalización, no obstante la negativa de los galenos de proceder con el mismo dado que, conforme la consideración contenida en la sentencia T-477-95 la única persona facultada para decidir es propiamente la menor de edad que, según los hechos del caso, ya contaba entonces con siete años de edad.

En vista de la negativa, la madre de la menor decide interponer acción de tutela reclamando el ejercicio de la patria potestad para decidir en beneficio de su hija sobre la realización del procedimiento, petición sobre la cual se origina el fallo de primera instancia del Tribunal (no se aclara cuál) que señala que la decisión no puede ser tomada ni por la madre, ni los médicos ni el mismo Tribunal sino por la paciente afectada, esto es, la menor intersex.

Una vez asumida su revisión por la Corte, y acudiendo a diversos conceptos en materia médica acerca de la necesidad y urgencia del procedimiento, contando también con la posición del ISNA (líder del activismo intersex en Norteamérica), de Alice Dreger experta en materia intersex, y las autoridades médicas que dieron nacimiento al enfoque medicalizante en los Estados Unidos; se llega a una primera consideración importante acerca de la evidente inexistencia de estudios a nivel nacional e internacional que demuestren convincentemente la necesidad de realizar este tipo de procedimiento invasivo sobre el menor intersex (SU-337, 1999).

Luego de recoger las principales características de los tres enfoques de abordaje de la intersexualidad, se resuelve a pronunciarse en torno a la obtención del consentimiento informado. Recuerda nuevamente, la constante tensión que plantea el caso poniendo en conflicto el principio constitucional de autonomía y el imperativo de beneficencia que demanda el tratamiento médico sugerido por los galenos de la menor. Para resolver dicha tensión la Corte acude nuevamente al juicio de ponderación, del “peso específico” que esos principios adquieren caso a caso.

Así, sobre el principio de autonomía considera que se trata no solo de la expresión del principio de libertad que permite al paciente tomar sus propias decisiones, sino de un principio *prima facie* que se fundamenta tanto en la Constitución como en los tratados de derechos humanos reflejo del pluralismo de las sociedades contemporáneas que reconoce la dignidad humana de la persona como agente moral.

Sin embargo aclara, este no reviste un carácter absoluto y por lo mismo, puede ceder ante eventos en que las exigencias normativas de los otros principios constitucionales lo demanden en particularidades concretas, como bien puede suceder en los casos de vacunación obligatoria por motivos de salud pública.

En ese sentido, y aplicando las consideraciones al caso de la intersexualidad señala la Corte que no se trata de un tipo de eventualidad en la que pueda 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 derecho al desarrollo de la personalidad en los cuales no debe interferir el Estado. Reafirma entonces la necesidad de obtención del consentimiento por parte de la paciente.

Ahora, en esta decisión se profundiza a diferencia de la sentencia T-477-95 en la naturaleza y características del consentimiento informado en esta sensible materia. Que debe ser ejercido libremente, sin coacción ni engaño, contando con la información debida, siendo comprensible y suficiente para que facilite la toma de una decisión racional.

Al incluir el factor “racional”, puntualiza este mismo Tribunal que debe tratarse de un paciente que goce necesariamente de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión, lo cual genera el interrogante acerca del paciente menor de edad que no cuenta necesariamente con estas últimas características propias de un paciente adulto.

Más adelante en las consideraciones que emite al respecto parece resolverse esta cuestión sosteniendo 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*²⁷, medible en *grados*. Aquella medición dependerá propiamente de si se está frente a un tratamiento de *carácter invasivo o no invasivo*.

En otras palabras, se requerirá de un mayor *grado de autonomía* respecto a los tratamientos de carácter invasivo que resultan poco benéficos y riesgosos; a diferencia de los tratamientos de carácter no invasivo que suponen un alto nivel de efectividad, beneficios seguros y de probada eficacia, que demandan por lo mismo tanto, un *grado de autonomía* menor o más bajo. Así, a

²⁷ Distinción fundamental toda vez 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, que careciendo de capacidad legal pueden tener autonomía para la toma de decisiones en materia médica.

mayor grado de autonomía, mayor es la exigencia que reviste la toma de la decisión, no solo para el galeno en quien reside la carga informativa, sino para el paciente quien debe igualmente expresar de manera clara su decisión.

Tratándose de menores de edad, es decir, de sujetos cuya libertad se encuentra en desarrollo, la Corte sostiene que aquellos no carecen totalmente de autonomía, por lo que sus criterios no solo deben ser “tomados en consideración, sino respetados” (SU-337, 1999).

Por lo mismo, rechaza la posibilidad de que pueda aplicarse el consentimiento sustituto o subrogado por parte de la madre de la menor en el caso bajo estudio, máxime cuando la menor ha superado el umbral de madurez mínima dada su edad (7 años), lo cual además desvirtúa la urgencia y necesidad sobre la práctica del tratamiento de normalización.

Luego de abordar extensamente una serie de “callejones sin salida”²⁸, la Corte concluye que deberá ser la paciente de nuevo en esta ocasión, la persona más llamada a proveer el consentimiento informado acerca de la realización del procedimiento de normalización.

La razón principal se desprende de la edad de la menor intersex que permite deducir a este mismo Tribunal se trata de un agente moral que ha desarrollado un nivel cognitivo, social y afectivo que le “permite 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 mismo, en la percepción por parte de la menor de la cirugía como una agresión o maltrato a su corporalidad, y en la adquisición a partir de la edad, de un grado progresivo y creciente de autonomía que merece por lo mismo tanto, de mayor protección constitucional.

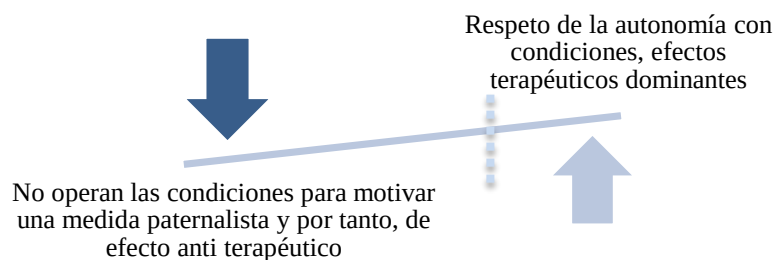
Como punto importante en esta reflexión decisiva, la Corte determina como umbral de edad que marca la tenencia de un desarrollo cognitivo, social y afectivo, a los 5 años de edad en la cual “un menor no sólo ha desarrollado una identidad de género definida sino que, *además*, tiene conciencia de lo que sucede con su cuerpo” (SU-337, 1999). Es decir, para este Alto Tribunal los menores de edad intersex facultados para la toma de la decisión sobre el destino de su propio cuerpo, deberán situarse en este margen de edad de los cinco años en adelante.

²⁸ Que relacionan la prohibición de la práctica de la cirugía de reasignación sexual vs. la invasión en la privacidad familiar; y la permisión del consentimiento sustituto vs. el principio de autonomía de la menor.

Obsérvese según la breve cita, que la Corte para reafirmar su punto acudió a la identificación de la intersexualidad con la identidad de género, siendo que no constituye el eje de discusión al interior de los estudios intersex, como sí lo es el de la tenencia de corporeidades no normativas o sexualidades diversas.

Siguiendo en ese orden de ideas, el tipo de consentimiento informado a cargo de la menor de edad intersex, deberá, según la Corte, 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 genuino a los deseos íntimos de la menor. Apoyo que también deberá provenir, de la representante legal de la menor quien en procura de los intereses superiores de su hija tendrá también que acceder a información en lenguaje comprensible, de acuerdo a su nivel de cultura y cuyo entendimiento puedan asegurar estos mismos equipos interdisciplinarios.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de “ponderación” de la JT habría de ser el siguiente:



Razones de corte anti terapéutico

(i) Urgencia. No existe verdadera urgencia de dada la avanzada edad de la menor intersex –la cual contaba con 7 años para la fecha de la toma de la decisión judicial-. La urgencia no se sustenta en razones de tipo médico.

(ii) Edad. Establece la Corte un umbral de edad que inclinará la balanza del lado paternalista o autonomista así: por encima de los 5 años de edad, decide la menor. Por debajo del umbral, le corresponde a un tercero –sus padres-.

Razones de corte terapéutico

(i) 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.

(ii) No debe corresponder a ningún tercero la toma de la decisión más que al mismo paciente, *salvo que* este tenga menos de 5 años de edad. Superado este umbral, debe decidir el propio 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.

3.2.3 Sentencia T-551-1999. Aplicación del precedente constitucional.

Dada la emisión de un precedente en el cual la Corte analizó *in extenso* el consentimiento informado en casos de menores de edad intersexuales enfrentados a la toma de decisiones en el escenario sanitario; esta sentencia se remite casi textualmente a lo que allí fuera expuesto, sin añadir mayor variación en la parte motiva del caso que analiza. Los hechos en esta ocasión, relacionan a una menor de edad intersexual de 2 años de edad a la cual el antiguo Instituto de Seguros Sociales (ISS) le niega el acceso a la práctica del tratamiento médico que implica la reasignación sexual de normalización dada su condición de “ambigüedad genital”. La motivación de la negativa por esta entidad se desconoce, lo cual conlleva a que sus representantes legales – padres- actúen en su nombre interponiendo una acción de tutela.

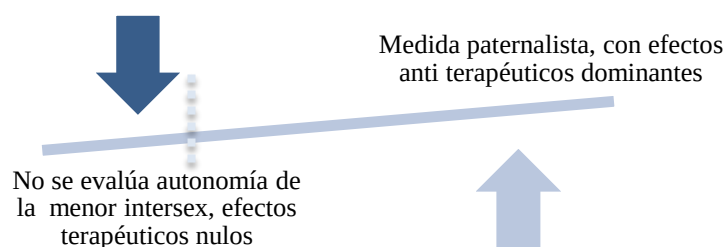
Empleando la misma motivación, lo decidido no obstante dista de lo contenido en la Sentencia de Unificación dado que la menor de edad intersex del caso que aquí se trata tenía al momento de la selección de la tutela apenas 2 años de edad. Por lo que, en aplicación de la motivación vertida en el precedente anterior y ante la inaplicabilidad del umbral de los 5 años de edad a partir del cual “pierde validez el consentimiento paterno sustituto”, los llamados a la toma de la decisión acerca de la realización del procedimiento de normalización, son los representantes legales de la menor intersex.

Ahora, dado que no se cuestiona la legitimidad del consentimiento subrogado insiste la Corte en la necesidad acerca de que este sea también *cualificado* y *persistente*. Desarrolla el contenido de lo “cualificado y persistente” al sostener que debe obtenerse el consentimiento bajo (i) la

provisión de información detallada, (ii) expresando la decisión según formalidades especiales, y (ii) que la decisión misma sea proveída y confirmada por etapas, de manera repetida en el tiempo. Delega a la comunidad médica la Corte, la fijación de protocolos que procuren la realización de estas dos características del consentimiento según las tres estimaciones que anteceden.

La Corte al proferir la decisión observa que a pesar de la motivación expuesta en torno al problema jurídico relacionado al consentimiento informado, la cirugía de reasignación de sexo ya había sido realizada días previos a la decisión de revisión de la sentencia de tutela, por lo que si bien ya carecía de objeto jurídico pronunciarse sobre esto en el *decisum* no dejaba de adquirir valor en futuras decisiones relacionadas a la prolongación del tratamiento de normalización de la menor de edad, igualmente en la reafirmación del precedente sentado en la Sentencia de Unificación.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de “ponderación” de la JT habría de ser el siguiente:



Razones de corte anti terapéutico

(i) 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.

(ii) Edad. La menor de edad intersex del caso tenía para el momento de la decisión 2 años de edad, por lo que la toma de la decisión en salud correspondía a sus padres.

(iii) El mejor interés del menor. Al momento de la toma de la decisión subrogada, los padres de la menor deberán actuar considerando cuál es su mejor interés –accediendo o no al dictado del protocolo medicalizante-, debiendo proveer un consentimiento informado *cualificado y persistente*.

Razones de corte terapéutico:

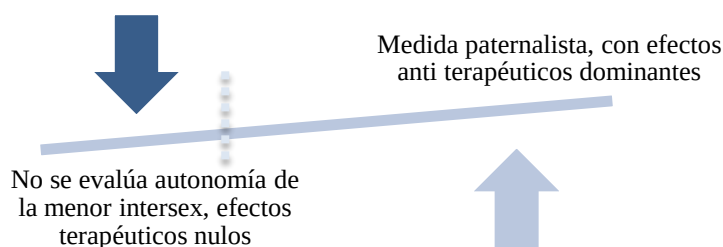
No se evalúa el ejercicio de la autonomía de la menor, por lo que ninguna razón de corte terapéutico se esgrime.

3.2.4 Sentencia T-692-1999. Aplicación del precedente constitucional.

La acción de tutela que revisa la Corte en esta oportunidad, vincula la negativa de prestación del servicio de salud a cargo del ISS cuando el tratamiento que se solicita es el de asignación de sexo para una menor de edad intersexual.

Esta sentencia se limita a aplicar el precedente constitucional fijado en la sentencia SU-337-99 evaluando en principio, la edad de la menor intersexual. Se decide por lo mismo, que dada la inaplicabilidad del umbral de los cinco años de edad que permiten a la menor decidir por sí misma, los llamados a decidir sobre la práctica del procedimiento de reasignación sexual son sus representantes legales.

El resultado de esta argumentación que diríamos, ha sido copiado de la sentencia anterior, puede ser expresada en la balanza de “ponderación” de la JT así:



Razones de corte anti terapéutico

(i) Urgencia. No se refiere a la urgencia que reviste el procedimiento.

(ii) Edad. La menor de edad intersex del caso tenía para el momento de la decisión 2 años de edad, por lo que la toma de la decisión en salud correspondía a sus padres.

(iii) El mejor interés del menor. Al momento de la toma de la decisión subrogada, los padres de la menor deberán actuar considerando cuál es su mejor interés –accediendo o no al dictado del protocolo medicalizante-, debiendo proveer un 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.

3.2.5 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 se decide revisar la sentencia de tutela por parte de la Corte.

En los hechos que relaciona la sentencia, el menor de edad poseía apenas 1 año, siendo reconocida la validez del consentimiento sustituto o paterno para decidir acerca de la práctica de los procedimientos quirúrgicos y hormonales de normalización genital.

El resultado de esta argumentación imita el estado de la balanza representado en la sentencia anterior.

3.2.6 Sentencia T-1025-2002. No aplicación del precedente constitucional. Introducción del consentimiento asistido.

En esta sentencia luego de resumirse el desarrollo de la doctrina constitucional aplicable al consentimiento informado en eventos que relacionan a menores de edad intersex, y la realización de tratamientos invasivos de readecuación genital; se introduce el empleo del *consentimiento asistido*.

Aquella es la denominación que recibe la participación activa de los padres o representantes legales en la toma de la decisión siempre que, el menor de edad de manera expresa, acceda voluntariamente a dicha asistencia. La decisión que sea asumida, habrá de ser conjunta entre padres y el menor, la cual deberá además adecuarse a las recomendaciones de tipo médico.

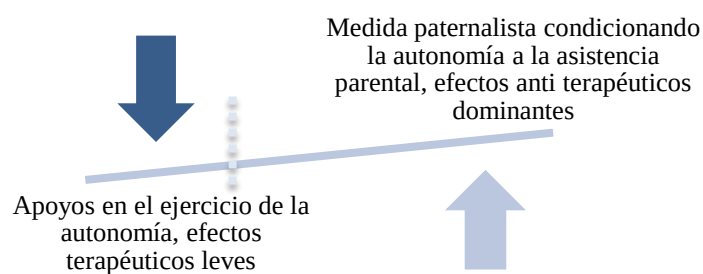
El apartamiento que hace esta sentencia de las razones contenidas en la sentencia SU-337-99 para un caso que finalmente comparte similitud en sus circunstancias fácticas con el precedente

inicial (aquí se trata de un menor de edad intersex de 8 años al cual el ISS le niega el acceso a la realización del tratamiento quirúrgico y hormonal de readecuación sexual), deviene al encontrarse –según la Corte- un principio de *razón suficiente* que permite “atribuir una consecuencia distinta a un caso análogo” (T-1025, 2002)

Llama la Corte a la aplicación del *consentimiento asistido* coadyuvado de la expresa voluntad del menor, y no a la del consentimiento *cualificado y persistente*, dado que se trata de un caso en el cual se evidencia la viabilidad de acceder al tratamiento invasivo de normalización o readecuación genital, toda vez que el menor de edad intersex, inicialmente asignado al sexo masculino, ha demostrado estar conforme con esta decisión tomada.

Según se evidenció con las pruebas que fueran practicadas por la Corte al interior del caso, existe consenso acerca de la realización del protocolo medicalizante tanto en los padres, el menor intersex como de su equipo médico tratante.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de “ponderación” de la JT habría de ser el siguiente:



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 intersex y su equipo médico tratante.

Parece tratarse de un caso que no plantea un conflicto jurídico en la toma de la decisión en salud, y por lo mismo conflicto de derechos por afrontar.

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 sino que se sujeta al *acuerdo general* con otros dos actores influyentes en la decisión asumida.

Razones de corte terapéutico

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

En definitiva se reconfigura la dinámica de pesos y contrapesos argumentales de la balanza tal y como venía funcionando hasta antes de ser emitida esta sentencia.

3.2.7 Sentencia T-1021-2003. De vuelta al precedente constitucional fijado en la sentencia SU-337-1999.

En este fallo se vuelve a lo desarrollado por la sentencia SU-337-99 acerca del umbral de edad necesario para definir qué tipo de consentimiento informado opera, el cual hace parte del juicio de proporcionalidad que toma en cuenta además el criterio de urgencia, y eventual impacto sobre la autonomía actual y futura del menor.

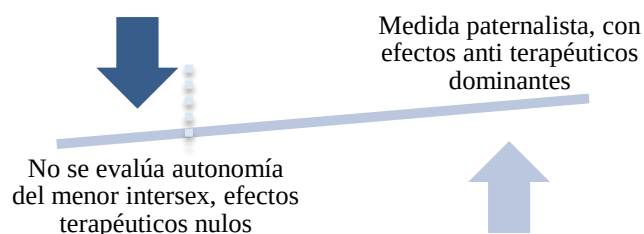
El menor intersex que participa de los hechos del caso poseía 2 años de edad para la fecha en que la Corte asumió en sede de revisión, la decisión final acerca de la acción de tutela interpuesta.

La judicialización se deriva de la directa negativa de las entidades prestadoras del servicio de salud del menor, a practicar los exámenes necesarios para dar con un diagnóstico certero que permitiera determinar cuál de todas las variaciones de intersexualismo era la que caracterizaba la corporeidad no normativa de este; prestaciones que además reclamaba la accionante, no exigieran copago para su realización.

Se accede en primera instancia a sus pretensiones, no así en la instancia de apelación. La Corte decide revisar la acción de tutela interpuesta estudiando de manera conjunta a las pretensiones principales de la actora, la cuestión acerca de quién habría de estar facultado para la provisión del consentimiento informado.

Por las características del caso, la Corte decide la puesta en práctica del consentimiento subrogado también aplicado en la sentencia T-551-99, condicionando su obtención a la *cualificación y persistencia* que del mismo tengan a cargo asumir los representantes legales del menor intersex.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de “ponderación” de la JT habría de ser el siguiente:



Razones de corte anti terapéutico

(i) Urgencia. Al respecto la Corte Constitucional aclara –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 estos interfieren de manera significativa con el ejercicio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del menor intersex.

(ii) Edad. El menor de edad intersex del caso tenía para el momento de la decisión 2 años de edad, no supera el umbral para que pueda ejercer por sí solo su propia autonomía.

(iii) El mejor interés del menor. A pesar de no tratarse de una situación con carácter de urgencia, se estima que la toma de la decisión en materia de salud ante el protocolo medicalizante propuesto, deberá revestir un carácter *subrogado, cualificado y persistente* recayendo en los padres del menor intersexual.

Razones de corte terapéutico

Aun cuando la Corte expresa que el tratamiento médico de reasignación sexual interfiere en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad del cual se deriva el ejercicio de la autonomía, no se inclina como se esperaría de una estimación así, 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, teniendo que asumir las consecuencias irreversibles de lo consentido por sus representantes legales.

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

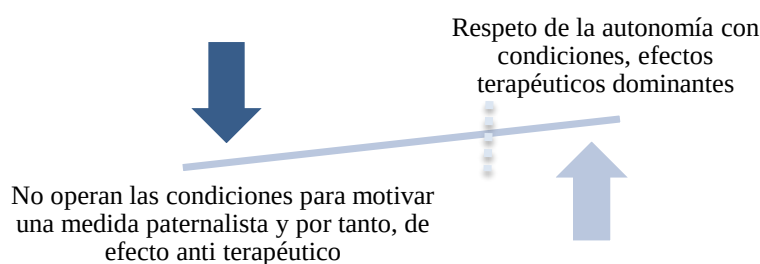
La motivación contenida en la sentencia SU-337-99 es traída casi textualmente en las consideraciones vertidas en el estudio del presente caso, el cual involucra a un menor de edad intersex mayor de 5 cinco años.

El caso se judicializa a iniciativa de los representantes legales del menor de edad dado que el personal médico que habría sugerido la puesta en práctica del protocolo medicalizante, se niega a su realización ya que estima la necesidad de obtención del consentimiento directo por parte del paciente tan sólo cuando aquel alcance la mayoría de edad (18 años).

Se decide considerando la edad del menor intersex, facultarlo a este y no a sus padres en la toma de la decisión informada, cualificada y persistente, decisión además respaldada por el juicio de ponderación que realiza la Corte al considerar que carece, a las alturas en que se encuentra el caso, del sentido de necesidad y urgencia que alega su padre para que deba ser este quien emita la decisión final que interesa.

Se insta entonces, a la toma del consentimiento informado por parte del menor en aplicación de la cualificación y persistencia que se requiere, teniendo que ser informado por equipos interdisciplinarios que ilustren en debida forma su decisión, la cual deberá estar contenida expresamente, por escrito y ser reiterada con el paso del tiempo.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de “ponderación” de la JT habría de ser el siguiente:



Razones de corte anti terapéutico

(i) Urgencia. No existe verdadera urgencia de dada la avanzada edad de la menor intersex –el cual contaba con 5 años para la fecha de la toma de la decisión judicial-.

(ii) 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

(i) 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, su propio género y existencia.

(ii) No debe corresponder a ningún tercero la toma de la decisión más que al mismo paciente.

(iii) 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.

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

Realizando una síntesis de cada caso relacionado a la intersexualidad de menores de edad y el ejercicio del derecho a la autonomía en tratamientos de carácter invasivo, reitera la misma Corte la importancia de aplicar de manera uniforme su propia jurisprudencia en cumplimiento del principio de igualdad y seguridad jurídica. Extrae además la regla jurídica contenida en la Sentencia de Unificación y que fuera objeto de aplicación en los fallos que preceden a este (exceptuando el del año 2002), expresando lo siguiente:

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)

Al evaluar el caso concreto objeto de revisión, y teniendo en cuenta que el menor de edad intersex relacionado en los hechos bajo análisis posee 12 años de edad, el magistrado ponente se

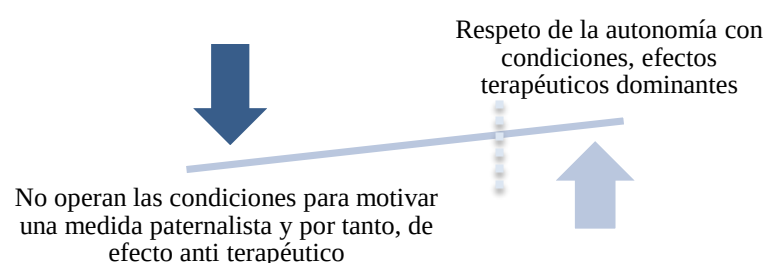
anticipa a la afirmación del umbral que permite a menores mayores de cinco años consentir por sí mismos a procedimientos de normalización sexual.

La razón de la judicialización del caso se debe a la negativa de la entidad prestadora de servicios de salud del menor de edad, en proveer los tratamientos quirúrgicos y hormonales de asignación de sexo.

Surgen reparos al analizarse si el menor se encuentra o no en la posibilidad de consentir de manera cualificada y persistente, siendo que se enfrenta a la ausencia de un diagnóstico certero que haya conducido previamente a la recomendación por parte del equipo médico tratante, de la realización de una cirugía de reasignación de sexo.

Ante la deficiencia atribuible a la falta de atención médica de la Entidad Prestadora del Servicio de salud, decide ordenar la Corte sean practicados los exámenes que permitan al menor contar con la cantidad de información adecuada, necesaria y suficiente para que pueda finalmente proveer una decisión producto del ejercicio al consentimiento informado que ha sido contenido en la regla jurídica de desarrollo jurisprudencial. Que además, sea conformado el equipo interdisciplinario que habrá de apoyar la toma de la decisión, y que se provea de acompañamiento psicológico necesario con profesionales especializados en los trastornos del desarrollo genital.

El resultado de esta argumentación expresada en la balanza de “ponderación” de la JT habría de ser el siguiente:



Razones de corte anti terapéutico

(i) Urgencia. No existe verdadera urgencia de dada la avanzada edad de la menor intersex –el cual contaba con 12 años para la fecha de la toma de la decisión judicial-.

(ii) 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

(i) Una vez diagnosticada la variación intersexual que caracteriza la corporeidad del menor, no debe corresponder a ningún tercero la toma de la decisión más que al mismo paciente.

(ii) 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.

3.3 Cuestionamientos y críticas.

Si la JT privilegia el ejercicio de la autonomía aún en menores de edad dado que se trata de educar en la toma de decisiones, pues se reconoce por un lado, que se está frente a una persona cuya autonomía y capacidad de autodeterminación se encuentran en *desarrollo*, lo cual podríamos llamar aprender a *decidir-decidiendo*.

Y por otro lado, participa de la consideración que, cuanto más autónoma sea la decisión acerca del curso de acción en materia de salud, tanto más apego habrá al tratamiento o no tratamiento y la asunción de las consecuencias de lo que se decida.

Podría concluirse al respecto, que la Corte Constitucional actuó en un número considerable de decisiones de manera *terapéutica* cada que se inclinó por el respeto de la autonomía del menor de edad, inclinación que estuvo sostenida en la motivación jurídica que más arriba se estudió y que coincidió en buena parte con los postulados propios de la JT. Efecto modulado o inclusive anulado (o sea, anti terapéutico) a medida que consideraciones de tipo paternalista fueran tenidas en cuenta en una mayor medida.

En un total de 9 sentencias estudiadas 4 de ellas fueron graficadas con inclinación hacia la producción de efectos terapéuticos (T-477, 1995) (SU-337, 1999) (T-912, 2008) (T-622, 2014) y 4 de ellas hacia la producción de efectos anti terapéuticos (T-551, 1999) (T-692, 1999) (T-1390, 2000) (T-1021, 2003); una de ellas a pesar de apartarse del precedente fijado por la sentencia SU-337 demostró una inclinación dominante por efectos de tipo anti terapéutico (T-1025, 2002).

La separación de las sentencias en dos grupos según el enfoque de estudio empleado, permitió la distinción de los elementos a favor de una medida pro-autonomía y pro-paternalismo con claridad. La inclinación hacia uno u otro extremo de la balanza dependió como es claro, de las circunstancias fácticas de los casos vistos.

Se observó también, que la preferencia de la Corte hacia consideraciones pro autonomía o pro paternalismo en cada sentencia, fue en apariencia producto de un ejercicio mecánico de verificación del umbral de edad (5 años de edad), el cual intentó modular el mismo tribunal con preguntas acerca de la existencia de un diagnóstico certero que informe de manera detallada acerca de la condición intersex del paciente, o inquiriendo acerca del carácter urgente del procedimiento de reasignación sexual, entre otros.

Al respecto, si la autonomía de la voluntad del menor se reduce a la fijación de un umbral y con este, al ejercicio de mero chequeo (mayor a cierta edad=consiente el menor; menor a cierta edad=consiente un tercero por él), podría legítimamente ser cuestionado si con ello no estaría la Corte apartándose de la distinción que hiciera entre capacidad negocial del sistema civilista y la autonomía en materia de salud, respecto al seguimiento de un umbral inflexible (el de la mayoría de edad, 18 años) que según este Tribunal debe ser tenido en cuenta en el primero mas no en el segundo.

Para responder a lo anterior, podría argüirse que la diferencia entre la capacidad negocial del sistema civilista y la autonomía de la voluntad por menores de edad en materia de salud, no radica en la fijación de un umbral, sino en el *paradigma* que subsiste en el sistema civilista acerca de la incapacitación relativa en el ejercicio de los derechos de los que son titulares los menores de edad por el hecho de serlo. Lo que diferencia pues la Corte, es la concepción acerca del ejercicio de los derechos del menor de edad, en particular el de autonomía (como ámbito protegido del derecho al desarrollo de la personalidad) cuando este último asume la posición de paciente en el ámbito médico.

Con lo anterior, no puede ser desconocida entonces la utilidad de la fijación de un umbral de edad, útil como pudo haberlo sido en su lugar la proposición de un criterio de delimitación orientado según el *tipo de procedimiento médico* en la obtención del consentimiento informado; pues constituye una regla (de origen judicial y no normativo) que en su calidad de tal, se dirige a la consolidación de los principios de igualdad y seguridad jurídica en aquellos sistemas

normativos como el colombiano, que aún no se pronuncian sobre la toma de decisiones por parte de menores de edad intersexuales.

Si bien podría creerse que su aplicación –del umbral-, ahorraría esfuerzos institucionales, temporales y financieros a las entidades prestadoras del servicio de salud, al paciente y su familia al verse reducida la necesidad de judicialización del caso; no puede menos que evidenciarse la ocurrencia del caso contrario en las sentencias bajo estudio, aún a pesar de la existencia de un criterio de edad fijo a seguir.

La razón a la cual se puede atribuir esta falta de confianza en la aplicación de una regla de origen judicial puede yacer en lo expresado por W. Wadlington acerca de los efectos que produce en la práctica médica el ejercicio de la *medicina a la defensiva*, es decir, los efectos que genera la prevención del galeno ante la eventual exposición a un juicio de responsabilidad civil toda vez que ha practicado un tratamiento habitual en el desarrollo cotidiano de la *lex artis*, exigiendo sea judicializado un caso aún, cuando la regla (cualquiera que sea su origen) provea de solución al supuesto de hecho que en el escenario de la salud, se estima problemático (1983).

Aquello último podría sugerir entonces, que la configuración de una serie de precedentes judiciales en la materia que se estudia, habrá de ser aplicado sin mediar la interposición de una acción de tutela, hasta tanto se acepte en el ejercicio de la medicina que los menores de edad de 5 años pueden consentir a tratamientos de reasignación sexual, demandando como es lógico, un cambio también de visión acerca del ejercicio de la autonomía en eventos que tradicionalmente han exigido del prestador médico un actuar paternalista por esencia.

En lo que tiene que ver con la valoración del sentido de *urgencia* en los casos analizados más arriba, la Corte emplea este requisito para agotar un juicio de ponderación, pero en pocas ocasiones acudió a consideraciones que pusieran en una balanza clara qué constituía lo urgente y qué lo diferenciaba de lo no urgente. Estimación que hubiera debido apuntar a la verificación del sentido de apremio (en términos temporales) y de necesidad en el que fueran valorados además, los beneficios y riesgos que reportaba o no la realización de los procedimientos quirúrgicos y hormonales de reasignación sexual sobre la salud del menor intersex.

La importancia de esta estimación radica en el resultado al cual conduce y en la injerencia que ejerce en la permisión o no de la toma de la decisión en cabeza del menor de edad.

Así pues, ante la ausencia de urgencia (apremio y necesidad) del procedimiento médico sugerido, el resultado bien pudo haber conducido a la no exposición del menor intersex a la toma de una decisión frente a un tratamiento médico que no debiera ser ofrecido como tal, dados los altos riesgos, reducidos beneficios y falta de apremio que reporta (cuestión en la que insiste el enfoque activista de la intersexualidad). De esta manera el consentimiento informado dejaría de ser entendido como la mera expresión de una decisión en salud, a la confrontación de opciones sobre las cuales el paciente emite una decisión de aceptación o rechazo; opciones que valga decirlo, cuentan como tal.

En los casos en que se evidenció la prevalencia por la inclinación de efectos terapéuticos, el carácter de urgencia fue medido por la Corte en términos de prontitud y necesidad apenas en uno de los casos vistos (T-1021, 2003). En los demás, la revisión del factor umbral condicionó el de urgencia por lo que, a más temprana edad del paciente intersexual mayor urgencia era estimada por la Corte en la realización del protocolo medicalizante. Tan solo en una sentencia (T-551, 1999) el procedimiento médico ya había sido llevado a cabo para el momento de la revisión de la acción de tutela por parte de la Corte, no obstante este Tribunal decidió proferirse sobre la facultad del menor en la toma de la decisión, aun cuando se tratara de objeto jurídico superado.

Volviendo a lo que consideramos debió haber consistido el estudio del carácter de urgencia, ante la falta de opciones que ofrecer y ninguna decisión que tomar, podría cuestionarse si en el fondo la negativa a ofrecer un tratamiento que no resulta imperioso ni necesario, constituiría un actuar paternalista y por lo tanto de efecto anti terapéutico v.g. en el caso del sujeto A que decide qué opciones le pueden ser ofrecidas al sujeto B para que B luego decida un asunto C.

Si las medidas paternalistas son aquellas que consisten en el actuar de un agente A motivado en la intención de procurar un beneficio a un agente B, en el que la voluntad o deseos de B no son tenidos en cuenta por A en lo que sea que A decida sobre B (Hayry, 1991) , al menos de manera preliminar podría creerse que se trata de un actuar paternalista, salvo por la siguiente precisión.

Las medidas que constituyen o no un protocolo terapéutico a ser empleado en el cuidado de la salud de los pacientes en el escenario médico sanitario colombiano, se encuentran a cargo del Ministerio de Salud Nacional y no del galeno en su relación con el paciente intersexual menor de edad. Sobre el particular baste recordar que en tanto el ente regulador nacional en materia de salud a la fecha se ha abstenido de formular una guía particular para la atención en salud de

menores intersexuales, el curso del tratamiento (o no tratamiento) queda a disposición de lo que en sede de revisión ordene en cada caso en particular la Corte Constitucional sin perjuicio de que la regla judicial fijada a manera de precedente, sea tomada en cuenta en posteriores casos con similitud fáctica.

Lo anterior al menos tratándose de los eventos que sean expuestos ante el sistema judicial. En aquellos otros que no salen de la esfera de la relación médico-paciente, la potestad de autonomía en el dictado de las acciones tendientes al cuidado de la salud de la que es titular el galeno, incluye la facultad de seleccionar los tratamientos que serán empleados como métodos de curación de su paciente. Ante este panorama no cabría duda que se trata de acciones de orientación paternalista.

Ahora bien, el enfoque de abordaje de la intersexualidad al que acude la Corte en cada sentencia es poco claro. Al pronunciarse a favor del ejercicio de la autonomía del menor de edad podría creerse que se inclina por el *protocolo activista* pero difiere de él luego, al valorar que el menor deba ser expuesto a la toma de la decisión frente a un procedimiento invasivo cuyos beneficios y riesgos no han sido comprobados por la comunidad científica, cuestión última que critica el protocolo de no tratamiento opuesto al de medicalización.

Así mismo, parece mantener una postura eventualmente a favor de la propuesta por el *protocolo intermedio* cuando se muestra partidaria de medidas de tipo paternalista, ordenando que sea en los padres en quienes recaiga la toma de la decisión ante un procedimiento que, en los eventos en que el menor de edad no superaba el umbral de edad de los 5 años, debiera realizarse toda vez que mediaba la sugerencia en su realización respaldada por un equipo médico.

Sobre el apartamiento a la aplicación uniforme del precedente que sentó por su parte la sentencia SU-337 -99 a través de las consideraciones que defendió la sentencia T-1025-02. Esta última genera diversas dudas acerca del planteamiento del problema jurídico relacionado al consentimiento informado dado que, ante el consenso del paciente con sus representantes legales y el equipo médico, o sea, ante la ausencia de un verdadero conflicto de derechos, pareciera sugerir la sentencia que se estima valiosa la autonomía del menor de edad tan solo cuando exista un acuerdo general acerca de la práctica de un tratamiento médico de naturaleza invasiva.

Resulta inevitable en este punto no plantear interrogantes al menos en un aspecto adicional. El primero, relativo al empleo del juicio de ponderación en las decisiones que fueron objeto de estudio, juicio que articuló la Corte en la argumentación del precedente que sentó la sentencia SU-337/1999.

Si bien el juicio de ponderación en el cual integró la Corte los elementos jurídicos que en su conjunto, permitirían el arribo a una decisión judicial dada la falta de claridad y concreción del sistema normativo interno en regular la materia que ha interesado a lo largo de este escrito; no puede más que evidenciarse que se trata por lo mismo de un ejercicio de creación del derecho en un caso de penumbra.

Penumbra a la cual la propia Corte decidió abrir la puerta una vez llevara a cabo la diferenciación entre (i) el régimen de capacidad jurídica ligada al ejercicio del derecho a decidir bajo el sistema civilista, y (ii) el ejercicio de la autonomía tratándose del escenario sanitario, toda vez que el paciente conservase su minoría de edad al momento de ser requerida la obtención del consentimiento informado.

El cuestionamiento no obstante no radica allí, en que se trata de un caso *fácil* transformado en uno *difícil*²⁹ en sede constitucional; sino en el juicio de ponderación tal y como se advirtió, y el peso que en uso de su facultad discrecional la Corte Constitucional a la prevalencia de medidas pro-autonomía o pro paternalismo en la situación jurídica que aquí interesó revisar.

Sobre el particular ¿podríamos afirmar que queda clara la razón por la cual se atribuye mayor peso a la autonomía tan solo a partir de los cinco años de edad?, ¿por qué aquel umbral que termina diferenciado entre la toma de la decisión en cabeza del menor de edad intersex o sus padres, y que de conformidad con los antecedentes jurídicos de este trabajo, es uno de los más bajos en el mundo permitiendo a un menor de edad consentir a la toma de decisiones en salud?, ¿es esta la solución jurídica más correcta, estimando desde luego que pueda pensarse en la existencia de respuestas correctas en el derecho?

²⁹ Entiéndase por caso difícil en la terminología dworkiniana “aquellos en los que la solución no se encuentra en el propio sistema normativo (...), y que por ubicarse fuera de la zona de certidumbre no son solucionables desde el propio sistema normativo, por lo que se hace necesario que el juez recurra al uso de la discrecionalidad (en el caso del positivismo dominante), o a la teoría de la argumentación” Cfr. Montero, A. (2011). Derecho y Moral: estudio introductorio. México: Universidad Nacional Autónoma de México. p. 161.

En este sentido, la afirmación de Lambelet y Rosoff (2013) acerca de la respuesta que el derecho y la medicina provee cada una por su parte a este tipo particular de casos, resulta útil para responder al menos a la primera parte del anterior cuestionamiento. El primero según afirma, asume al menor de edad en el *escenario constitucional* como sujeto titular de derechos cuyo ejercicio cada vez se amplía más según las demandas que sean adelantadas por movimientos activistas en derechos de la niñez, procesos de judicialización y avances dados en materia internacional acerca de la protección de la infancia desde un enfoque de empoderamiento progresivo, en oposición al tradicional paternalista.

La medicina por su lado, considera el ejercicio de la autonomía por niños y adolescentes desde el punto de vista neurobiológico, en términos de madurez mental y competencias cognitivas cuyo resultado suele conducir a la predilección por medidas de corte paternalista delegando la toma de decisiones en salud a terceros (adultos competentes, maduros y capaces), salvo que la ley o una resolución judicial, disponga lo contrario (Lambelet & Rosoff, 2013).

La pregunta acerca de la tesis correcta en el derecho y la corrección de lo resuelto en las decisiones judiciales vistas que tiene que ver con la pregunta acerca de cuándo una interpretación es la única correcta –en el sentido de corrección sustantiva de Dworkin-, o cuándo la corrección se predica en conexión con el cumplimiento de parámetros procedimentales – en el sentido de corrección pragmática de Alexy- (Arango, 2016), quedará abierta para su respuesta en una investigación posterior.

4 Un perfil del concepto *autonomía* a partir de los fallos de la Corte Constitucional en materia de intersexualidad

“The merit of any definition (...) depends upon the soundness of the theory that results; by itself, a definition cannot settle any fundamental question”
John Rawls, *Theory of Justice*

“Definir es limitar”
Oscar Wilde

Iniciamos este último capítulo advirtiendo de nuevo nuestro propósito al realizarlo. Primero, perfilar con mayor detalle el concepto de *autonomía* que es empleado por la Corte Constitucional en los fallos en los que ha atribuido la facultad de la toma de la decisión en salud, al menor de edad intersexual en medio de un escenario que plantea la práctica de un tratamiento altamente invasivo.

Segundo, identificar en esta posible re-definición del concepto de autonomía y las vertientes filosóficas compatibles con este a modo de “encuadre” teórico, atendiendo con este ejercicio a una necesidad básica: la de ahondar en la fundamentación inmersa en la utilización de un concepto que funge como eje central en la formulación de las decisiones judiciales abordadas a lo largo de este trabajo.

Antes de continuar con el desarrollo que interesa, es preciso mencionar brevemente que la autonomía en los inicios de la práctica médica, carecía del rol protagónico que se le reconoce en la actualidad.

La ética de la práctica médica al final de los años 60’s había gozado de un amplio y extendido consenso dada la relativa sencillez con que se empleaban los métodos de curación. El médico sabía qué hacer y el paciente qué esperar, sin tener este último sobre el acto médico mayor injerencia ni opinión. El curso de la actuación del primero se encontraba regido por el juramento

hipocrático y los imperativos éticos de *hacer el bien* por el paciente y *proteger su vida*. Aquello fue conocido como paternalismo médico. (García Llerena, 2012) (Donnelly, 2010)

El paternalismo en la ética médica puede ser entendido al menos de manera inicial como “(una) acción por una persona en beneficio de otra, pero contraria a sus deseos o intereses, y no justificada en su consentimiento actual o pasado”³⁰(trad. propia) (Brock, 1983).³¹

La introducción en el terreno de la praxis médica de la *autonomía* como principio –y luego en algunos sistemas normativos como derecho³²–, se debió fundamentalmente al giro aplicado a la ética médica proveniente por una parte de los propios eticistas que empezaron a cuestionar la posición de autoridad del médico en su relación con el paciente; y por otra, de los jueces y abogados que en el ámbito judicial vieron la oportunidad de redefinir los códigos de ética médica dada la desconfianza³³ que el ejercicio de la medicina empezaba a generar en las personas que acudían en su calidad de pacientes al ámbito sanitario.

Así el principio de autonomía, se encuentra por primera vez formulado en el terreno de la ética médica en la publicación para 1979 del texto “*Principles of Biomedical Ethics*” de los eticistas Tom Beauchamp y James Childress quienes a partir del Informe Belmont, reformularon los tres principios hasta entonces rectores de la ética médica: respeto por las personas, beneficencia y justicia; ampliándolos a los de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia que a su vez

³⁰ Original “(an) action by one person for another’s good, but contrary to their present wishes or desires, and not justified by the other’s past or present consent”.

³¹ Para ahondar más en los tipos de paternalismo activo y pasivo, justificado e injustificado y las diferentes concepciones filosóficas según diversos autores en el terreno de la ética médica, puede verse Gert, B.: Culver, C.; Danner K. (1997) *Bioethics: A return to fundamentals*. New York: Oxford University Press. P. 195 y ss; Coons, C; Weber M. (Eds.) (2013) *Paternalism, theory and practice*. United Kingdom: Cambridge University Press. p. 25-74; Alemany García, M. (2005) *El concepto y la justificación del paternalismo*. (Tesis doctoral) Universidad de Alicante, España.

³² Véase Cap. 2 Donnelly, M. (...)

³³ Cambios en el orden científico y cultural alentaron a la introducción de la autonomía y el cuestionamiento del paternalismo. En el orden de lo científico por ejemplo, se contó con la introducción de nuevas tecnologías en salud y nuevos métodos de curación a través del trasplante de órganos, diálisis renal, la práctica segura de los abortos, la creación de las píldoras anticonceptivas, los diagnósticos prenatales, el uso e implementación de las unidades de cuidados intensivos, la creación del respirador artificial, la mejora en técnicas relacionadas a la ingeniería genética, etc., que ampliaban el espectro de intervención y disponibilidad del médico sobre el cuerpo de su paciente. Y en el orden de lo cultural, el ‘renacimiento’ de la filosofía moral, el interés por la ética normativa y aplicada, el nacimiento de los movimientos por los derechos civiles de las personas afroamericanas, de feministas, de protección de los derechos del niño, de personas discapacitadas, LGBT, etc., que fueron empoderando progresivamente al sujeto y cuestionando conjuntamente las formas de autoridad preestablecida hasta el momento, incluyendo la autoridad médica. Cfr. Callahan, D. (1995) *Bioethics*. pp. 278-287 en Post, S. (ed.) (2004) *Encyclopedia of bioethics*. Volume I, A-C. (3rd ed.). United States of America: Thomson-Gale.

integran la propuesta principialista de la bioética la cual se estima, nace³⁴ también con este mismo libro (Beauchamp & Childress, 1999).

Desde entonces y hasta ahora, la presencia de la autonomía en la relación médico paciente ha sufrido transformaciones importantes producto entre otros, de la judicialización en salud en los sistemas jurídicos europeo y americano que involucran por una parte, el ejercicio de una medida paternalista y por otra, el ejercicio de la autonomía cuya protección suele desprenderse de los derechos nominados o escritos en los textos de las Constituciones Políticas o Cartas de Derechos nacionales. Así pues, a medida que el entendimiento de lo que es la autonomía ha variado, así también la intensidad en la restricción o permisión en su ejercicio.

4.1 Perfil del concepto de “autonomía” que emplea la Corte

Inquirir acerca del significado que en el ejercicio de interpretación ha atribuido la Corte Constitucional a la palabra *autonomía*, es indagar en el fondo por la relación que sostienen entre sí el lenguaje y el derecho, relación que puede ser entendida en *lato sensu* a partir de dos amplios enfoques, el instrumental y el constitutivo (Di Lucia, 2010).

El primero, frente al cual guarda adhesión esta investigación, en un sentido al menos básico expresa como su nombre lo indica, que el derecho acude al lenguaje como instrumento a través del cual llega a sus destinatarios. Y si se expresa a través del lenguaje, el derecho indaga por las limitaciones y posibilidades de las que goza/sufre su instrumento (Nino, 2003), pues al decir metafórico de Wittgenstein quien compara las palabras con herramientas, aquellas al igual que estas pueden tener más de un uso o funcionalidad que varía según el contexto y el sujeto que manipule la herramienta.

Si esto es así, y reconociendo que ante los casos difíciles el administrador de justicia tiene a su cargo el ejercicio de *interpretación* de la norma jurídica que provea de solución al caso, inclusive de *creación* de la misma en tanto no exista disposición o enunciado aplicable al supuesto de hecho en particular (Nino, 2003), tal y como sucede en esta investigación-; la adscripción de

³⁴ Mayoritariamente se acepta por la considerada ‘doctrina bioeticista’ que la fundación de aquella disciplina devino por la publicación del texto en mención. Sin embargo estimamos que el texto de V. Rensselaer Potter titulado “Bioethics Bridge to the Future” publicado en 1971, apuntaba desde antes el nacimiento de la misma.

significado que exige este simultáneo ejercicio para definir una palabra ambigua como lo es “autonomía”, puede variar según el método que para ello sea empleado.

La adscripción de significado bajo este enfoque instrumental, entendiendo por significado la identificación de los hechos que denota o las propiedades que tales hechos representan en la realidad; habrá de hacerse en este apartado a través de un *método directo* el cual exige enunciar “(...) las propiedades definitorias de la expresión que se pretende definir” a lo cual C. Nino cita como ejemplo “vamos a usar la palabra *derecho* para designar un sistema de normas entre cuyas consecuencias esté la permisión u obligación de un acto coactivo” (2003, pág. 255)

Bajo esta método para llegar a una definición como la “acción y el resultado de establecer el significado de una palabra” (Nino, 2003, pág. 254), habremos de mostrar para mayor claridad y a modo de listado, la serie de propiedades que a través de las sentencias revisadas ha asignado la Corte Constitucional a la palabra autonomía en el contexto de la toma de decisiones en materia de salud, cuando estas son asumidas por el menor de edad intersexual.

Las tres propiedades que serán relacionadas a continuación y que constituirán criterios de selección de la información que interesa para conducir a una idea más formada acerca del alcance de la autonomía, serán en específico tres (i) naturaleza jurídica de la autonomía, (ii) características, cualidades o requisitos que se exigen al sujeto decisor –menor de edad-, (iii) y condiciones en su ejercicio.

Autonomía ejercida por menores de edad intersexuales en el ámbito sanitario

Naturaleza de la autonomía Es un acto de libertad. (T-477, 1995)

La autonomía es un atributo de la persona libre aun cuando se encuentra en la imposibilidad física de ejercer su albedrío. (T-477, 1995)

Es autodeterminación, autoposesión, autogobierno. Ser dueño de sí mismo y de sus actos. (T-477, 1995)

Se encuentra vinculada al derecho a la igualdad, una manifestación de la dignidad humana y del libre desarrollo a la personalidad. (T-477, 1995)

Se trata de un derecho específico derivado del principio general de libertad. (SU-337, 1999)

La autonomía o *principio de permisión* tiene una prevalencia *prima facie* sobre otros principios constitucionales concurrentes. (SU-337, 1999)

Su prevalencia contiene el consecuente deber para el prestador médico de obtener el consentimiento informado del paciente. (SU-337, 1999)

“La autonomía necesaria para tomar una decisión sanitaria no es entonces una noción idéntica a la capacidad legal que se requiere para adelantar válidamente un negocio jurídico, conforme al derecho civil, o para ejercer el voto, de acuerdo a las disposiciones que regulan el acceso a la ciudadanía.” (SU-337, 1999)

“En efecto, una persona puede no ser legalmente capaz, pero sin embargo ser suficientemente autónoma para tomar una opción médica en relación con su salud o por el contrario, un paciente puede gozar de plena capacidad jurídica pero puede encontrarse afectado transitoriamente en el ejercicio de su juicio, de suerte que puede ser considerado incompetente para decidir un asunto médico particularmente delicado.” (SU-337, 1999)

Sujeto decisor (menor de edad)

El menor de edad no es propiedad de sus padres ni la sociedad, es un sujeto libre que se encuentra bajo el cuidado más no el dominio absoluto de sus padres. (T-477, 1995)

El menor de edad es una persona en desarrollo, al igual que su autonomía. (T-477, 1995)

Es propia de un agente moral, de quien concede sentido a su existencia. (SU-337, 1999)

El menor de edad es un ser autónomo en desarrollo y por lo mismo sujeto de protección constitucional. (SU-337, 1999)

Entre mayor sea la autodeterminación del menor de edad, mayor será “a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y menores las posibilidades de interferencia ajena sobre sus decisiones que no afectan derechos de terceros.” (SU-337, 1999)

Los derechos de los padres sobre el menor de edad tienen como “único fundamento la protección de los intereses superiores del menor, a fin de que éste logre desarrollarse como persona autónoma” (SU-337, 1999)

Condiciones en su ejercicio

La autonomía es necesaria para hacer del consentimiento informado un acto constitucionalmente legítimo. (T-477, 1995)

El consentimiento informado ante tratamientos médicos invasivos y riesgosos constituye la vía de protección de la dignidad de los pacientes. (SU-337, 1999)

Si las personas son inviolables, sus decisiones producto de su autonomía también lo son por lo cual no pueden ser intervenidas sin su permiso. (SU-337, 1999)

El consentimiento informado no constituye sin embargo, una regla de aplicación mecánica y absoluta. (SU-337, 1999)

La autonomía de la persona para autorizar o no un tratamiento médico no es un *concepto absoluto* sino que depende de la naturaleza misma de la intervención sanitaria. (SU-337, 1999)

El *grado* de autonomía que se debe exigir a un paciente para aceptar o rechazar un tratamiento, se encuentra íntimamente ligado a los riesgos y beneficios probables del tratamiento. Es decir, depende si se trata de una intervención de naturaleza invasiva o no invasiva. (SU-337, 1999)

“No se requiere un alto grado de autonomía para que un paciente acepte de manera válida una intervención de bajo riesgo y elevado beneficio, o rechace un procedimiento muy peligroso y poco efectivo, por lo cual en tales casos las exigencias de capacidad deben ser mínimos en esos eventos, puede ser suficiente que la persona tenga conciencia de su situación y sea capaz de aceptar, de manera expresa o tácita el tratamiento que se le propone para que se la considere competente de tomar esas decisiones sanitarias”. (SU-337, 1999)

“(…) los estándares de capacidad son máximos cuando una persona rechaza un tratamiento muy beneficioso, seguro y de probada eficacia, o cuando acepta participar en ensayos clínicos, de beneficios muy hipotéticos y de alto riesgo; en tales eventos, el equipo médico debe ser más riguroso en la apreciación de la capacidad del paciente para comprender de manera objetiva y crítica su situación y su dolencia, y decidir de manera verdaderamente libre y auténtica, esto es, coherente con sus valores, si acepta o rechaza el tratamiento.” (SU-337, 1999)

“(…) existen situaciones intermedias relativas a la aceptación o rechazo de intervenciones médicas en las cuales la relación entre

el riesgo y el beneficio no es clara, en donde el estándar de capacidad exigido debe ser intermedio entre los dos anteriores.” (SU-337, 1999)

Las situaciones intermedias y a su vez de naturaleza extrema pueden relacionar por ejemplo, la realización de un tratamiento ordinario y de evidentes beneficios sobre la salud del menor de edad pero en los que terminan decidiendo finalmente sus padres, dado que participa la consideración acerca de su corta edad y razones de salud pública como en la vacunación obligatoria. (SU-337, 1999)

Tres son los criterios que normalmente se evalúan para determinar si la persona puede consentir por sí misma o a través de un tercero: su edad, la urgencia y necesidad del tratamiento y la naturaleza –invasiva o no invasiva- del mismo. Criterios objetivos pero que aun así no son de aplicación mecánica pues consideraciones de tipo subjetivo participan también en la evaluación de estos. (SU-337, 1999)

El consentimiento cualificado y persistente constituye una medida de protección a la persona. Si el paciente toma una decisión riesgosa para su salud y su vida, y aun así esa decisión debe ser respetada, la cualificación y persistencia ponen a prueba la “autenticidad de la decisión de una persona para asumir un determinado riesgo, a fin de que sólo terminen enfrentando efectivamente los peligros las personas que verdaderamente querían hacerlo.” (SU-337, 1999)

A partir de la información que antecede, se pueden extraer las siguientes conclusiones respecto de cada una de las tres propiedades vistas:

(i) Sobre la naturaleza jurídica de la autonomía

Es un acto de libertad y un atributo de la persona como agente como moral asociado al derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad; cuya entidad en esencia resulta distinta a la autonomía vista como capacidad jurídica en el ámbito de lo civil, dados los objetos sobre los cuales gravitan las decisiones que en ejercicio de estas se toman (lo negocial vs. el destino de la salud y el propio cuerpo).

Se caracteriza por ser un principio cuya prevalencia *prima facie* depende en parte, de la evaluación del tratamiento médico a realizar –de carácter invasivo o no invasivo-.

Se encuentra vinculada íntimamente a los conceptos de competencia, capacidad y madurez.

(ii) Sobre el sujeto decisor

El menor de edad es una autonomía en desarrollo sujeta a protección constitucional, por lo que el cuidado que deben procurarle sus padres tiene como objetivo que estos faciliten a aquel un escenario vital sin obstáculos que lleguen a entorpecer o dificultar el mismo.

(iii) Sobre las condiciones en su ejercicio

Como acto es susceptible de ser medido en grados de manera paralela al progresivo desarrollo de la edad del sujeto decisor. Para el establecimiento del grado de autonomía del menor de edad participan tres criterios: edad, urgencia y naturaleza del tratamiento médico.

El acto autónomo en general, puede ubicarse en un plano de dos polos.

El polo que exige un *mínimo grado* de autonomía de la persona, se caracteriza por implicar la realización de un tratamiento médico beneficioso y de bajo riesgo o un procedimiento peligroso y de efectividad no comprobada cuyo rechazo no reportaría sobre la salud algún empeoramiento adicional.

En cambio, el polo que exige el *máximo de grado* autonomía de la persona, reúne un tratamiento médico beneficioso, seguro y de probada eficacia; la práctica de ensayos clínicos de beneficios hipotéticos que implican además un riesgo elevado. Se exige un grado de autonomía mayor pues ante la hipótesis del rechazo del tratamiento médico propuesto, que ordinariamente reportaría un beneficio para la salud, el personal médico debe asegurarse de que la decisión es producto de un acto además auténtico, coherente y consciente.

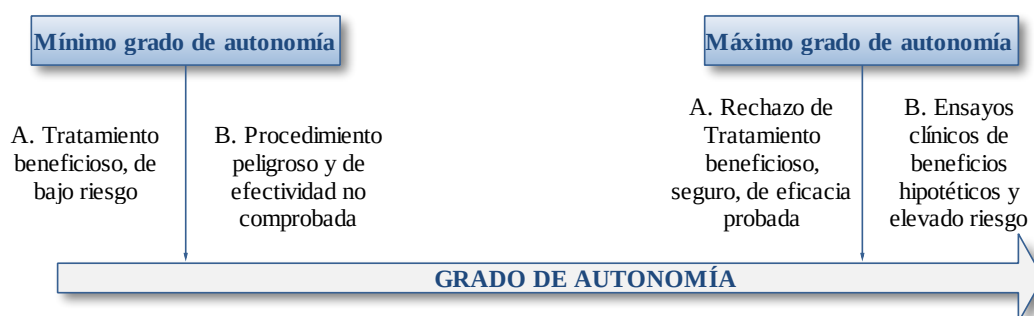


Fig. 1 Elaboración propia

Estos extremos asumen como *sujeto decisor* a cualquier persona mayor de edad. De manera que, la toma de la decisión radicaré en el propio paciente, afectando el grado de autonomía la mayor o menor exigencia de requisitos que deberán ser considerados al momento de la toma de la decisión en salud.

En otras palabras, si en el extremo del *grado mínimo* de autonomía de la Fig. 1 se plantea un escenario A o B será el paciente quien decida el curso del cuidado de su salud, siéndole exigido un grado de conciencia y capacidad de aceptación o rechazo apenas necesaria para dejar constancia de su elección.

Si por el contrario, en el extremo del *grado máximo* de autonomía se propone al paciente un tratamiento como los descritos en los escenarios A o B; la exigencia acerca del grado de autonomía se eleva dado que se requiere de un nivel de conciencia mayor ante un eventual rechazo que en términos generales según la praxis médica no sucedería en el escenario A, como una eventual aceptación que en términos generales, no ocurriría en el escenario B.

Nótese cómo los escenarios A y B de ambos grados de autonomía representados en la Fig.1 comparten notas difíciles de diferenciar, salvo por la terminología empleada en su descripción tal y como la hiciera por su cuenta la Corte Constitucional y quedara textualmente registrada en la Tabla 1.

Cuando el sujeto decisor es un menor de edad, la relación entre el *grado de autonomía* se apareja al progresivo avance de su edad biológica, teniendo que ser añadida a la Fig. 1 los dos criterios adicionales de *urgencia* y *naturaleza del tratamiento* médico que según la Corte, inciden en la determinación del grado de autonomía necesario para establecer quién habrá de ostentar el ejercicio de la toma de la decisión, si el menor de edad paciente o un tercero en su lugar.

Debe tenerse en cuenta además lo expresado en la sentencia SU-337-1999 sobre la relación *inversamente proporcional* entre (i) la edad del menor paciente y (ii) la legitimidad de medidas que intervengan en la decisión que deba ser asumida, tal y como se grafica a continuación:

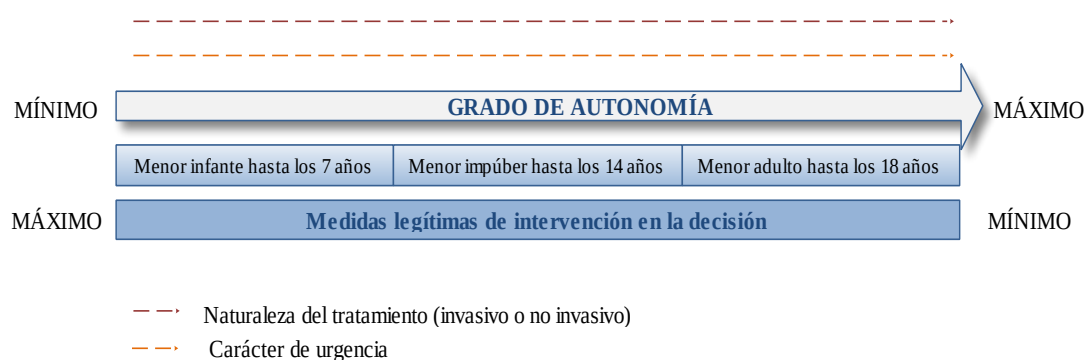


Fig. 2 Elaboración propia

Según la Fig. 2 puede afirmarse inicialmente que respecto del menor infante las medidas legítimas de intervención en la decisión, serán mayores; en comparación con el menor adulto sobre el cual estas mismas habrán de ser mínimas. A esta relación inversa y proporcional, la condición del carácter de urgencia y naturaleza invasiva o no invasiva del tratamiento se suman.

Los escenarios posibles que plantea la anterior relación de elementos enunciados, son los siguientes:

Frente al menor infante respecto del cual se ejerce un máximo nivel de intervención en la toma de la decisión y quien ostenta un grado mínimo de autonomía:

- a. La realización de un tratamiento invasivo con carácter de urgencia.
- b. La realización de un tratamiento no invasivo con carácter de urgencia.
- c. La realización de un tratamiento invasivo con carácter de no urgencia.
- d. La realización de un tratamiento no invasivo con carácter de no urgencia.

Los escenarios a-d se repiten colocando en la posición de sujeto decisor, al menor adulto quien ostenta un grado máximo de autonomía.

Dicho esto y como consecuente lógico, la toma de la decisión recaería en el paciente infante tan sólo en el escenario (d), teniendo para ello que ser tomadas las medidas de apoyo que faciliten la obtención de su consentimiento informado. En los escenarios (a) (b) y (c) la toma de la decisión en salud correspondería por defecto, a un tercero.

Efectos contrarios se evidencian como consecuente lógico tratándose del paciente menor adulto. Consentirá por su cuenta y con un mínimo grado de apoyo o intervención legítima en su autonomía, en los escenarios (b) (c) y (d), dejando el escenario (a) a un tercero que consienta en su nombre.

Dicho lo anterior como introducción al apartado que sigue, ¿en qué escenario se ubica la toma de las decisiones por menores de edad intersexuales a los cuales se ha sugerido la realización de los procedimientos de normalización sexual?, más aún ¿los procedimientos de normalización sexual o reasignación de sexo revisten o no un carácter urgente?

4.2 Observaciones sobre el concepto de autonomía empleado por la Corte Constitucional

4.2.1 De la naturaleza de la autonomía ¿contradicciones de significado?

Más allá de si la autonomía debe ser caracterizada en el campo jurídico como un principio o un derecho, si integra el núcleo de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de la igualdad o constituye una manifestación de la dignidad humana; resulta en primer lugar

relevante su atribución por la Corte Constitucional a *toda persona libre*, aun cuando en su expresión y ejercicio enfrente limitaciones, obstáculos e impedimentos.

La autonomía es un atributo de la persona por el mero hecho de serlo, según así se extrae de las consideraciones que sentó en su precedente SU 337-1999 y que posteriormente sostuvo en las sentencias que fueron objeto de revisión. La omisión a la alusión acerca del factor racional o la condición de madurez en la persona para ser tenida como sujeto autónomo, permiten entrever un apartamiento en este sentido de la deontología kantiana y utilitarista liberal de J.S. Mill que constituyen según se vio en el marco teórico de este escrito, las corrientes primarias de teorización acerca de la autonomía en el escenario de la salud gracias al aterrizaje que de las mismas hiciera en este contexto la bioética.

La autonomía según lo descrito por ambas posiciones filosóficas, gira en torno a la persona la cual consideran agente moral solo a partir de la mayoría de edad, pues se trata en general de un umbral que significa no sólo la adquisición de la plena capacidad de ejercicio de los derechos, deberes y obligaciones al interior de un conjunto social, sino el tránsito del ser humano hacia la independencia de influencias externas que influían en el desarrollo y ejecución de su plan de vida. Para la Corte Constitucional es claro que la misma incluye tanto a mayores como menores de edad.

En ese sentido se advierte que un primer ejercicio que debe sortear la tarea de re-significación del sentido de autonomía, es el de delimitación del estatus moral del sujeto al cual se la designa como atributo. Sobre esto volveremos más tarde.

Ahora, designar a la autonomía como *acto* y como *atributo* al tiempo, es aceptar la distinción no menor entre los *actos autónomos* (y al interior de estos, entre la *acción* y la *elección* autónoma), y la *persona autónoma* (Luna, 2008). Distinción usualmente empleada por las posturas liberales de la autonomía que la condicionan a la presencia del factor racional y la necesidad acerca de la consciencia de sí mismo la cual, en una visión tradicional, excluye de plano la inclusión de los menores de edad (Maclean, 2009). En concordancia con lo anterior ¿se trata de una aparente contradicción?

Como *atributo* la autonomía provee de un valor intrínseco a la persona, adscribiendo a ésta responsabilidad moral y agencia personal. Permite que sea reconocida la capacidad del agente moral de actuar de manera independiente a controles externos, con consciencia de sí mismo y en dirección a los objetivos personales y normas que autogobiernen su propia conducta.

Mientras que como *acto* contiene un valor instrumental, pues constituye la expresión de la toma de decisiones autodeterminadas, protegiendo a la persona de la tiranía de terceros (personas, instituciones y el propio Estado) (Maclean, 2009).

Esta distinción inmersa en el liberalismo de J.S. Mill apunta a un sentido restringido de autonomía, la cual deriva el filósofo inglés de su concepto de libertad individual como *gobierno de sí mismo y no interferencia en el acto* (Donner, 2009) (Young, 2009), insuficiente cuando es trasplantada sin más en el ámbito médico pues habría de proteger el derecho al rechazo del tratamiento, ignorando que el proceso de toma de una decisión en salud requiere de esfuerzos activos por parte del equipo médico tratante para facilitar al paciente consentir de manera informada (Donnelly, 2010).

En otras palabras, la autonomía requiere de terceros una posición activa que permita dar curso a su empoderamiento por el sujeto, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional según la información que consta en la Tabla 1 al referirse a los menores de edad como autonomías en desarrollo que necesitan de sus padres.

Con todo esto, si debe en el campo de lo jurídico considerársele como derecho o como principio, genera cuestionamientos no menos importantes acerca de su estructura lógica, la protección y exigibilidad que en cada caso varía. Como derecho en el orden jurídico, la autonomía podría consistir en:

(...) a) tener una facultad, que implica para otro un correlativo deber; b) tener una libertad, lo cual se traduce en una situación de *no-derecho* de otro para obstaculizar la posibilidad de acción de aquel; c) tener una competencia o potestad, lo que genera para otro la situación de *sujeción*, y d) gozar de una inmunidad, lo que significa que respecto a su titular, otro está en posición de *incompetencia*. (Chinchilla Herrera, 1999, págs. 9,10)

Su exigibilidad a través de la acción de tutela dependería de su calidad *iusfundamental*, siendo preciso también identificar su núcleo esencial, los ámbitos que dicho derecho protege y aquellos que objetivamente pueden llegar a ser limitados, etc. Inclusive, en aras de sustentar su justificación se requeriría un análisis previo acerca de las condiciones que lo dotan de fundamentalidad.

Como principio jurídico y bioético que es, le han sido formulados reparos por ésta última disciplina que coinciden en general, con las críticas que extiende al principialismo naturalista el ala *iuspositiva* del derecho (García Llerena, 2012) (Atienza, 2004) en lo que tiene que ver específicamente con:

1. La indefinición de la noción de principio, pues resulta multívoca tanto en materia ética como al interior de los sistemas normativos.
2. El alto grado de generalidad de lo que quiera que sea el “principio de autonomía”, que permite la manipulación de su significado según los intereses en juego. Manipulación que conduciría a resultados diferentes aún en situaciones que en esencia, resultan idénticas antes que por su similitud fáctica por el contenido que el operador ético (médico) y jurídico (juez) le ha otorgado al principio en cuestión.
3. Su derivación intuicionista, abriendo paso con ello al decisionismo y cuando no, a la arbitrariedad pues su empleo termina enmascarando juicios que inclusive carecen de justificación racional. Así, el principio de autonomía habría de ser invocado cada vez que ante la ausencia de razones, deba revestirse de legitimidad una decisión ya asumida de antemano.
4. Su prevalencia *prima facie*, pues la autonomía se superpone a otros principios de carácter constitucional según así lo expresó la Corte Constitucional, pero en definitiva ¿cómo medir el peso de un principio cuyo primer escenario de aplicación es el ámbito sanitario y no el jurídico?, ¿en función de qué la autonomía prevalece frente a otro principio?, ¿a qué método debe recurrirse para resolver un conflicto entre principios?

En lo que respecta a este último repara, la multiplicidad de métodos (el de especificación, balanceo, ponderación y equilibrio reflexivo rawlsiano) para proveer de operatividad al principio

de autonomía y en general, a los principios que integran la teoría principialista de la bioética – dominante en la práctica médica y el debate biojurídico- genera no menos problemas cuando se trata de la elección de alguno de ellos (Valdés, 2015). Recuérdese entre las objeciones planteadas en este mismo orden lo dicho por F. Luna:

(...) utilizar “principios” no necesariamente desemboca en las mismas respuestas ni en los mismos argumentos. Teorías deductivistas o coherentistas difieren significativamente en la forma de analizar y aplicar principios (...) intentar evitar compromisos teóricos sustantivos (...) puede derivar en una moral tan mínima que sea objetable por no brindar los elementos fundamentales para que las personas se puedan desarrollar en salud en una sociedad. (2008, pág. 78)

4.2.2 Sobre el menor de edad como sujeto decisor

La noción acerca del menor de edad como sujeto (y no objeto) de derechos es relativamente nueva. Las discusiones al interior de la filosofía moral y política que han aludido rara vez a la minoría de edad, lo han hecho para asimilar este periodo de desarrollo natural y biológico del hombre a situaciones de inferioridad mental, de yugo o grillete, a la incapacidad de pensar por uno mismo, a un estado del cual es preciso liberarse y en el que no es deseable permanecer a costa de empeñar el uso de la razón:

Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es el culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía de algún otro. (Kant & Immanuel, 1784/ 2012, pág. 7).

Así pues, resulta difícil para cualquier individuo el zafarse de una minoría de edad que casi se ha convertido en algo connatural. Incluso se ha encariñado con ella y eso le hace sentirse realmente incapaz de utilizar su propio entendimiento, dado que nunca se le ha dejado hacer. (Kant & Immanuel, 1784/ 2012, pág. 8)

Siendo que se cita nada más el caso de I. Kant y apartes de su escrito *¿Qué es la ilustración?* acerca de lo que hemos referido más arriba, no deja de proveer una luz importante en torno a nuestra afirmación inicial.

La niñez ha sido concebida en medio del disperso y asistemático interés de la filosofía en aludir explícitamente a ésta, como el título de propiedad de los padres sobre sus hijos en algunos casos, en otros como la “cosa” u objeto que pertenece a estos dado que constituyen la extensión de los mismos tal y como así lo refiere Aristóteles en la *Ética Nicomaquea*, quien compara la niñez con la soberanía que se ejerce sobre las cosas muebles; o en el mejor de los casos, para sembrar la idea del adulto incompleto “unfinished human being”, un estadio del ser que carece de completo poder y capacidad (Griffin, 2002) (Brighouse, 2002).

Más aún, en su escrito *On Liberty* acerca del ejercicio de la libertad por el individuo del cual J.S. Mill derivó lo que más adelante otros filósofos liberales llamarían “autonomía”, el filósofo expresó:

Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.

It is perhaps, hardly necessary to say that this doctrine is meant to apply only to human beings in the maturity of their faculties. We are not speaking of children, or of young persons below the age which the law fix as that of manhood or womanhood. Those who are still in a state to require being take care of by other, must be protected against their own actions as well as against external injury. (Mill, 1859/ 2009, pág. 19)

Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y mente, el individuo es soberano.

Tal vez casi no sea necesario decir que esta doctrina está destinada a aplicar solo a seres humanos en la madurez de sus facultades. No estamos hablando de niños, o de personas jóvenes por debajo de la edad que la ley ha fijado como aquella de la madurez. Aquellos que están en un estado que requiere del cuidado de otros, deben ser protegidos en contra de sus propias acciones como también en contra de peligros externos. (Traducción propia)

Con la lectura de lo anterior se entrevé la justificación del paternalismo sobre seres humanos que aún no han alcanzado la edad de la madurez que fija la ley (umbral); antes que la posibilidad de reputar sobre ellos algún grado posible de autonomía.

Con todo esto, podemos afirmar inicialmente que tanto el deontologismo kantiano como el utilitarismo de Mill al cual acude la bioética en aras de una base filosófica en que sentar su propuesta para resolver los conflictos ético-jurídicos en el contexto médico (Luna, 2008); la autonomía como principio excluye de su propio ámbito a los menores de edad. Exclusión que reforzó en su momento, el concepto de “sujeto de derechos” que trajo consigo la modernidad al vincularla a la tenencia de consciencia, racionalidad y capacidad de decisión por sí mismo (Caramelo, 2012).

El estatus del menor de edad como sujeto de derechos fue desarrollado tan solo hasta la década de los 70 como efecto de los cuestionamientos al modelo tradicional de familia, el crecimiento en los procesos de divorcio, el aumento de la delincuencia juvenil, y el trabajo infantil (Brighouse, 2002); lo cual trajo consigo un cambio de paradigma del tradicional régimen de tutela, al de reconocimiento en la minoría de edad de ciertos derechos y garantías que en el concierto internacional contribuyó a consolidar también, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y el conglomerado actual de instrumentos de la misma índole referidos a la niñez³⁵ (Caramelo, 2012).

Con lo dicho hasta ahora, no puede perderse de vista que en el nacimiento del principialismo bioético, la sustitución del principio de *respeto a la persona* por el de *autonomía* que guiaba antes la resolución de problemas surgidos al interior de la práctica clínica, redujo el campo de comprensión de la persona en su calidad de paciente, a aquellas que fueran adultas y tuvieran clara capacidad de comprensión para que de manera libre e informada, pudiesen tomar una decisión respecto del curso del cuidado de su salud (Buchanan & Brock, 2009).

Así se constata entre otros, de la lectura del siguiente extracto del caso *Schloendorff vs. Society of New York Hospital* (1914) fallado por la Suprema Corte de los Estados Unidos y que

³⁵ Entre los cuales es preciso incluir la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.10).

introdujo el concepto de *autodeterminación* como ejercicio de la autonomía en la relación médico-paciente, al decir que “every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body” (todo ser humano de edad adulta y de mente sana tiene el derecho a determinar qué se hará con su propio cuerpo) (traducción propia).

A lo que se quiere llegar en definitiva, es a apuntar que aun cuando la Corte Constitucional haya acudido a la autonomía como principio para dar respuesta al caso que hemos decidido abordar en esta investigación, e insista en señalar que es la figura jurídica que sustenta la toma de decisiones de menores de edad intersexuales de 5 años a los que un equipo médico ha sugerido un tratamiento médico invasivo cuyo carácter de urgencia continua siendo indeterminado; su adecuación para la resolución de este tipo de situaciones de hecho, dilemáticas en la práctica ética y jurídica, no es otra cosa distinta a desnaturalizar una ficción jurídica que no fue diseñada para sustentar la toma de decisiones en menores de edad.

Si la autonomía en palabras de J. Feinberg, requiere del sujeto decisor un conjunto de virtudes (en mayor o menor grado) como lo son la autoposesión, identidad auto definida o individualidad, autenticidad o autoselección, autocreación, autogobierno, autenticidad moral, independencia moral, integridad o autofidelidad, autocontrol o disciplina, autosuficiencia, iniciativa y responsabilidad por sí mismo (1986); ¿podríamos con libertad y sin titubeo hablar de la toma de decisiones en salud por menores de edad de 5 años en términos de autonomía?

5 Conclusiones no concluyentes

Hemos decidido titular este apartado final como “conclusiones no concluyentes” pues lo que advierten los capítulos 1-4 apenas constituye un diagnóstico hacia la tarea que será emprendida en una investigación posterior a esta, a nivel de maestría: repensar la toma de decisiones por menores de edad intersexuales de 5 años como situación jurídica presente y actual, a la que habilita la existencia de un precedente constitucional que precisa ser revestida de una mejor y más adecuada justificación filosófico-jurídica.

Lo que sigue a continuación, son las reflexiones finales de cada uno de los capítulos abordados en los que más allá de dar respuestas afirmativas, definitivas y concluyentes, se proponen interrogantes que permitan seguir ahondando a futuro en este mismo objeto de estudio.

En primera medida, debe partirse por advertir la necesidad de separación de la intersexualidad de los estudios dedicados al colectivo LGBT, puesto que al interior suyo se invisibilizan los intereses de personas cuya preocupación no yace en el reconocimiento de su identidad de género, expresión de género u orientación sexual; sino primordialmente en los tratamientos de reasignación de sexo que se llevan a cabo durante la infancia de la persona intersex.

Una vez hecha esta separación, y puesta la atención en la preocupación central de la intersexualidad, se tiene que los modelos de (no) abordaje de la misma han sido tres. El medicalizante, el activista y el modelo intermedio. Cada uno comprende una visión acerca de la intersexualidad, bien como enfermedad o estado natural biológico; del consentimiento informado, asignando la facultad para ser prestado en los padres o el menor; y del tratamiento médico de normalización sexual sugerido como uno de carácter urgente, o de naturaleza innecesaria, peligroso y sin beneficios comprobados luego de su realización.

Dicho esto, el tratamiento jurídico de la intersexualidad, específicamente del consentimiento informado de menores intersex, puede catalogarse como de reciente abordaje por el concierto internacional.

A nivel global reportes e informes en Derechos Humanos provenientes de los Altos Comisionados y Relatores Especiales de la ONU apuntan que la toma de la decisión acerca de la

realización o no de tratamientos en salud debe recaer en el menor intersexual, máxime cuando el objeto de la decisión tiende a alterar de manera definitiva e irreversible su anatomía corporal. Se trata de un conjunto de documentos que además, se inclinan por la prohibición de las prácticas de normalización sexual dado su contenido mutilante, siendo catalogado por la OMS como un acto de violencia sexual y tortura médica.

A nivel Europeo, distintos documentos señalan la inclinación de ciertos países que conforman la Unión Europea en permitir la obtención del consentimiento informado en menores de edad hasta una edad límite no inferior en cada caso, a los 11 años de edad como el umbral más bajo. Algunos de estos se han inclinado por la aplicación del protocolo medicalizante de abordaje, que insiste en la práctica de las cirugías de reasignación de sexo; otros por su parte han hecho caso del llamado de la ONU en suspenderlo atendiendo al mismo tiempo, las sugerencias del enfoque activista de abordaje de la intersexualidad.

A nivel americano la Comisión IDH ha hecho visible la violencia médica de la cual han sido víctimas las personas intersexuales. Evidencia la falta de información estadística proveniente de los Estados Parte de la OEA acerca de la frecuencia de realización de estos procedimientos en el ámbito sanitario, pero insiste también, con apoyo en la documentación existente a nivel global y europeo, en la necesidad de suspender los protocolos que medicalización de aquellas características corporales, genéticas o físicas que se diferencian del modelo tradicional heteronormativo.

En el derecho colombiano, a pesar de estar regulada la praxis médica a través de la Ley 23 de 1981 y contener ésta directrices generales acerca de las condiciones de obtención del consentimiento informado, no existe como tal legislación que lo regule cuando en casos de requerirse la realización de procedimientos altamente invasivos y de urgencia dudosa, cuando además quien acude como paciente al ámbito sanitario, es un menor de edad intersex. Se cuenta sin embargo ante este escenario con un cuerpo de sentencias que en su conjunto, proveen de la regla jurídica que ha sido aplicada en este tipo particular de casos.

Otros países a nivel interno tales como Malta han regulado por primera vez acerca de la prohibición de este tipo de intervenciones médicas, cuando su objetivo es asignar el sexo de la persona intersex o modificar alguna de sus características sexuales.

En evidencia de este panorama cabe cuestionar si en la actualidad Colombia tiene o no algún deber de carácter internacional, dados los crecientes llamados hacia la suspensión del protocolo medicalizante en la atención de la población intersexual. En vista a que se trata de documentos en su mayoría de naturaleza *soft law*, no podríamos hablar con propiedad de una obligación de carácter vinculante; lo que no es óbice claro, para que en materia de protección de la minoría intersexual no siga siendo el país un ejemplo para la comunidad internacional, pues ha sido ya el primero en el mundo en el que un Tribunal Constitucional ha ordenado que sea el menor de edad intersexual, quien decida acerca de la realización o rechazo de estos procedimientos.

Sobre el capítulo 2 titulado “Protocolo de abordaje a la intersexualidad acogido por la Corte Constitucional” es preciso señalar que la *Jurisprudencia Terapéutica* como enfoque de estudio de sentencias en materia de salud, facilitó separar la argumentación de la Corte Constitucional en los fallos estudiados en dos extremos útiles, el del paternalismo y la autonomía.

La JT permite reconocer de antemano, que la regla jurídica contenida en una decisión judicial, produce consecuencias en el plano (anti) terapéutico. En la medida que ésta tienda a empoderar al sujeto afectado en el ejercicio de su autonomía, la decisión se estimará como una de posibles efectos terapéuticos. El efecto contrario puede producirse en cambio, cuando se estima la necesidad de medidas de carácter paternalista, o cuando privilegiándose la autonomía se minimiza la producción del bienestar en el paciente (en casos en que se rechaza por ejemplo, un tratamiento que resulta vital para lograr la recuperación del estado de salud)

Se identificaron a través de este enfoque, las condiciones fijadas por la regla judicial que elaboró la Corte para resolver el problema jurídico en torno a la titularidad en la provisión del consentimiento informado, tratándose de un paciente intersexual menor de edad. Así, recaerá en aquel la toma de la decisión en salud toda vez que posea 5 años de edad o más, que exista diagnóstico que informe acerca de su condición intersex, se haya sugerido por el equipo médico tratante la práctica de un tratamiento de normalización sexual, y se exprese la decisión de manera calificada y persistente en el tiempo. Esta toma de la decisión habrá de contar con el apoyo continuo de equipos interdisciplinarios que faciliten el proceso de diálogo, información y expresión de la decisión asumida por el menor.

En un total de 9 sentencias estudiadas, 4 de ellas fueron graficadas con inclinación hacia la producción de efectos terapéuticos (T-477, 1995) (SU-337, 1999) (T-912, 2008) (T-622, 2014) y 4 de ellas hacia la producción de efectos anti terapéuticos (T-551, 1999) (T-692, 1999) (T-1390, 2000) (T-1021, 2003). Una de ellas a pesar de apartarse del precedente fijado por la sentencia SU-337 demostró una inclinación dominante por efectos de tipo anti terapéutico (T-1025, 2002).

Ahora bien, el enfoque de abordaje de la intersexualidad al que acudió la Corte en cada sentencia es poco claro. Al pronunciarse a favor del ejercicio de la autonomía del menor de edad podría creerse que se inclina por el *protocolo activista* pero difiere de él luego, al valorar que el menor deba ser expuesto a la toma de la decisión frente a un procedimiento invasivo cuyos beneficios y riesgos no han sido comprobados por la comunidad científica, cuestión última que critica el protocolo de no tratamiento opuesto al de medicalización.

Así mismo, pareció mantener una postura eventualmente a favor de la propuesta por el *protocolo intermedio* cuando se mostró este Tribunal partidario de medidas de tipo paternalista, ordenando que sea en los padres en quienes recaiga la toma de la decisión ante un procedimiento que, en los eventos en que el menor de edad no superaba el umbral de edad de los 5 años, debiera realizarse toda vez que mediaba la sugerencia en su realización respaldada por un equipo médico.

En el capítulo 3 “Un perfil del concepto autonomía a partir de los fallos de la Corte Constitucional en materia de intersexualidad”, se estableció el sentido o alcance de la autonomía que ha sido elaborado y empleado en la fundamentación de las sentencias proferidas por el Tribunal Constitucional colombiano, con relación a la toma de decisiones por menores de edad intersexuales.

Conforme tres propiedades definitorias (i) naturaleza jurídica, (ii) sujeto decisor y (iii) condiciones en su ejercicio, se estableció que la autonomía según este tribunal, es un *acto de libertad medible en grados* y un *atributo* de la persona humana, sinónimo del autogobierno y la autodeterminación que aquellas ejercen sobre sí mismas.

Que comprende por igual a menores de edad, reconocidos como agentes morales cuya autonomía a la par de su edad, se encuentra en desarrollo. De ahí que se admita de paso, la desvinculación entre el ejercicio de la autonomía en materia de salud, y la capacidad jurídica

requerida para el ejercicio de los derechos que hace de la minoría de edad un estado de incapacidad relativa que delega la defensa de sus intereses a terceros.

Según la Corte, el menor de edad como sujeto decisor no es propiedad de sus padres, ni la sociedad. Los derechos de los padres sobre los hijos tienen como fundamento la protección de los intereses de los cuales el primero es titular, para que pueda desarrollarse como persona autónoma.

Respecto a las condiciones requeridas para el ejercicio del consentimiento informado, la Corte señala la existencia de dos polos, el de mínima y máxima autonomía recordando, que se trata de una medición de grado. Estos polos guardan *directa relación* con el progresivo avance de la edad del menor, y ésta a su vez *relación inversa* con las medidas de injerencia en el apoyo a la toma de la decisión que el paciente tiene a su cargo según el grado de autonomía que posea en revisión de estos factores, junto al de naturaleza del procedimiento (invasivo o no invasivo), y el carácter de urgencia del tratamiento.

Sin embargo, a pesar de haber sido planteados los escenarios de toma de la decisión en la interacción de estos requisitos, la intersexualidad conserva su calidad de caso *sui generis* en la medida que, aun cuando el menor de edad con 5 años posee un grado mínimo de autonomía, se le permite la toma de la decisión en torno a un procedimiento cuya urgencia sigue siendo indeterminada.

Se observa también, que la elaboración del alcance de la autonomía por la Corte Constitucional resultó ser un tanto contradictoria una vez se identificó el trasfondo filosófico que sustenta afirmaciones tales como que, la autonomía es un *acto de libertad*, o un *atributo de la persona* cuando tradicionalmente las dos corrientes filosóficas a las que acude la bioética y son utilizadas en su argumentación implícitamente por este Tribunal, excluyen de su elaboración teórica al sujeto menor de edad. Más aún, cuando la autonomía como eje central de desarrollo de la teoría del consentimiento informado, anuncia que se dirige al paciente mayor de edad o adulto.

En términos más claros. Se entrevió con la realización de este escrito, que la Corte Constitucional en la serie de decisiones sobre intersexualidad en las cuales sustentó la protección de la autonomía (refiriéndonos tan solo a las sentencias en las que la balanza de la JT se inclinó hacia la producción de efectos terapéuticos) respecto a pacientes menores de edad, autorizando

que consintieran al procedimiento de normalización o reasignación sexual una vez cumplieran con el requisito “umbral”, a pesar de que la autonomía en términos ontológicos no cobija como agente moral a quienes se encuentren en estado de minoría de edad.

Queda por cuestionar a futuro ¿cuál fue la razón real que motivó a que el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional dictara una regla jurídica en estos términos que ya han sido enunciados?, ¿subsiste en la argumentación enunciada motivos extrajurídicos que condujeran a este resultado hoy considerado precedente constitucional, y que le hizo merecer en el contexto internacional elogios dada su visión amplia y progresiva del ejercicio de los derechos de los menores de edad en el escenario médico-sanitario?, ¿se trató en todo caso de la mejor decisión o la más correcta posible, teniendo en cuenta que se autorizó la toma de la decisión respecto a un tratamiento que según el concierto internacional debiese estar prohibido por tratarse de un acto de mutilación genital sobre el menor intersex?

6 Referencias bibliográficas

- A&C Black. (2007). *Dictionary of Medical Terms* (Fourth ed.). London: A&C Black.
- Alderson, P. (1992). In the genes or in the stars? Children's competence to consent. *Journal of medical ethics*(18), 119-124.
- Alemaný Garcia, M. (2005) El concepto y la justificación del paternalismo. (Tesis doctoral) Universidad de Alicante, España.
- Arango, R. (2016). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* (2da ed.). Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.
- Atienza, M. (2004). *Bioética, derecho y argumentación*. Lima: Palestra.
- Barbin, H. (1878). *Herculine Barbin: dite Alexina B.* (M. Foucault, Ed.) France: Gallimard.
- Beauchamp, T., & Childress, J. (1999). *Principios de ética biomédica* (4ta ed.). (T. Gracia García-Miguel, F. Júdez Gutiérrez, & L. Feito Grande, Trads.) España: Masson S.A.
- Beauchamp, T., & Faden, R. (1986). *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press.
- Berg, J., Appelbaum, P., Lidz, C., & Parker, L. (2001). *Informed Consent. Legal theory and clinical practice*. New York: Oxford University Press.
- Berlin, I. (1988). *Cuatro ensayos sobre libertad*. (B. Urrutia, J. Bayón, & N. Rodríguez Salmones, Trads.) España: Alianza Editorial.
- Brighouse, H. (2002). What rights (if any) do children have? En D. Archad, & C. (. Macleod, *The moral and political status of children* (págs. 31-52). Oxford: Oxford University Press.
- Brock, D. (1983). Paternalism and promoting the good. En R. (. Sartorius, *Paternalism* (págs. 237-260). Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Buchanan, A., & Brock, D. (2009). *Decidir por otros. Ética de la toma de decisiones subrogada*. (L. Manríquez, L. Lecuona, & C. Chávez, Trads.) 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.
- Cabral, M. (2006). En Estado de Excepción: Intersexualidad e Intervenciones sociomédicas. En C. F. Cáceres, G. Careaga, T. Frasca, & M. (. Percheny, *Sexualidad, estigma y Derechos Humanos. Desafíos para el Acceso a la Salud en América Latina* (págs. 70-90). Lima: FASPA/UPCH.
- Callahan, D. (1995) Bioethics. pp. 278-287 en Post, S. (Ed.) (2004) Enciclopedia of bioethics. Volume I, A-C. (3rd ed.). United States of America: Thomson-Gale.
- Caramelo, G. (2012). Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos. *Revista de Derecho Privado*(1), 73-111.
- Casey, P., & Rottman, D. (2000). Therapeutic Jurisprudence in the Courts. *Journal of Behavioral Sciences and the Law*(18), 445-457.
- Chinchilla Herrera, T. E. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Coleman, D.; Rosoff, P. (2013). The legal authority of mature minors to consent to general medical treatment. *Journal of the American Academy of Pediatrics* (131), 4, 786-793
- 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.
- Conference of Chief Justices, Conference of State Court Administrators, Disponible en línea: <https://www.wicourts.gov/courts/programs/docs/problemsolvingresolution.pdf>
Recuperado el 08/05/2016
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Trans e Intersex en América*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- 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.
- Coons, C; Weber M. (Eds.) (2013) Paternalism, theory and practice. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Council of Europe. (2013). *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender, and intersex (LGBTI) persons*. Luxembourg.
- Council of Europe, Commissioner for Human Rights. (2015). *Human Rights and Intersex People*. Strasbourg: Council of Europe.
- Di Lucia, P. (2010). *Normatividad, derecho, lenguaje, acción*. México : Fontamara.
- Dieterlen, P. (1988). Paternalismo y Estado de Bienestar. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*(5), 175-194.
- Donnelly, M. (2010). *Healthcare decision-making and the law: autonomy, capacity and the limits of liberalism*. New York: Cambridge.
- Donner, W. (2009). Autonomy, tradition, and the enforcement of morality. En C. (. Ten, *Mill's on Liberty. A critical guide* (págs. 138-164). Cambridge: Cambridge University Press.
- Dreger, A. (2000). *Hermaphrodites and the medical invention of sex*. London: Harvard University Press.
- Dreger, A. (2006). Intersex and Human Rights. En S. (. Systma, *Ethics and Intersex* (págs. 73-86). Netherlands: Springer.
- Drogin, E. Y. (2000). From Therapeutic Jurisprudence... to Jurisprudent Therapy. *Journal of Behavioral Sciences and the Law*, 489-498.
- Dworkin, G. (2008). *The theory and practice of autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- European Union Agency for Fundamental Rights. (2015). *Protection against discrimination on grounds of sexual orientation, gender identity and sex characteristics in the EU. Comparative legal analysis*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.

- European Union Agency for Fundamental Rights. (2015). *The fundamental rights situation of intersex people*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union.
- Faden, R., & Beauchamp, T. (1986). *A history and theory of informed consent*. New York: Oxford University Press.
- Farole, D. J., Puffet, N., Rempel, M., & Byrne, F. (2005). Applying Problem-Solving Principles in Mainstream Courts: Lessons for State Courts. *The Justice System Journal*, 57-75.
- Feinberg, J. (1986). *Harm to self: The moral limits of the criminal law* (Vol. 3th). New York: Oxford University Press.
- Frader, J., Alderson, P., Asch, A., Aspinall, C., Davis, D., Dreger, A., . . . Parens, E. (2004). Health care professionals and Intersex conditions. *Pediatric Adolescence Medicine Journal*, 158, 426-429.
- García Llerena, V. M. (2012). *De la bioética a la biojurídica: el principialismo y sus alternativas*. Granada: Comares.
- General Assembly, United Nations. (2013). *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*.
- General Assembly, United Nations. (2015). *Report on discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*.
- General Assembly, United Nations. (2016). *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*.
- Greenberg, J. (1999). Defining male and female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology. *Arizona Law Review*, 41, 265-328.
- _____ (2003). Legal aspects of gender assignment. *The Endocrinologist Journal*, 13(3), 277-286.
- _____ (2006). International legal developments protecting the autonomy rights of sexual minorities: Who should determine the appropriate treatment for an Intersex infant? En VV.AA, & S. Systma (Ed.), *Ethics and Intersex* (págs. 87-102). Netherlands: Springer.

- _____ (2012). *Intersexuality and the Law: Why sex matters*. New York: New York University Press.
- Griffin, J. (2002). Do children have rights? En D. Archard, & C. (. Macleod, *The moral and political status of children* (págs. 19-30). Oxford: Oxford University Press.
- Harper, C. (2007). *Intersex*. New York: Berg - Oxford International Publishers.
- Hayry, H. (1991). *The limits of medical paternalism*. New York: Routledge.
- Jennings, B. (2007). Autonomy. En B. (. Steinbock, *The Oxford handbook of bioethics* (págs. 78-89). New York: Oxford University Press.
- Jones, T. (2015). *Policy and Gay, Lesbian, Bisexual, Transgender and Intersex students*. Heidelberg: Springer.
- Kant, I. (1784/ 2012). *¿Qué es la ilustración?* (R. Rodríguez Aramayo, Trad.) México: Taurus.
- 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.
- Lambelet, D., & Rosoff, P. (Marzo de 2013). The legal authority of Mature Minors to consent to General Medical Treatment. *Journal of the American Academy of Pediatrics*, 786-793.
- Lee, P. A., Houk, C. P., Ahmed, F. S., & Hughes, I. A. (2006). Consensus statement of management of Intersex disorders. *Journal of the American Academy of Pediatrics*, 488-500.
- López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (Segunda edición ed.). Colombia: Legis.
- Luna, F. (2008). Planteos clásicos y teoría de los principios. En F. Luna, & A. (. Salles, *Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos* (págs. 23-78). México: Fondo de Cultura Económica.
- Macleod, A. (2009). *Autonomy, Informed Consent and Medical Law*. New York: Cambridge University Press.
- Manson, N., & O'Neill, O. (2007). *Rethinking informed consent in bioethics*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Maze, C. L., & Hannah, S. A. (2008). Perspectives on Therapeutic Jurisprudence in Dependency Court in Cases Involving Battered Mothers. *Juvenile and Family Court Journal*, 59(1), 33-45.
- Mill, J. S. (1859/ 2009). *On liberty*. Auckland: Floating Press.
- Mouratian, P. (2015). *Intersexualidad. Documento temático*. Buenos Aires: Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo INADI.
- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho* (2da ampliada y revisada ed.). Buenos Aires: Astrea.
- O'neill, O. (2002). *Autonomy and trust in Bioethics*. Cambridge: Cambridge 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.
- Principios de Yogyakarta . (2007). *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación sexual, y la Identidad de género*.
- 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.
- Secker, B. (1999). The appearance of Kant's Deontology in contemporary Kantianism: Concepts of patient autonomy in bioethics. *Journal of Medicine and Philosophy*, 43-66.
- Siverino Bavio, P. (2015). *La justificación del derecho a la identidad sexual de las personas transexuales en la jurisprudencia argentina entre 1966 y 2011*. (Tesis doctoral) Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Stedman's Online Medical Dictionary. Disponible en:
www.stedmansonline.com/content.aspx?id=mlrI1400023901&termtype=t. Recuperado el 23/10/2015
- Spencer, P. (2012). To dream the impossible dream?, Therapeutic Jurisprudence in mainstream courts., (pág. 24).
- SU-337 (Corte Constitucional de Colombia 12 de Mayo de 1999).

- T-1021 (Corte Constitucional de Colombia 30 de Octubre de 2003).
- T-1025 (Corte Constitucional de Colombia 27 de Noviembre de 2002).
- T-1390 (Corte Constitucional de Colombia 12 de Octubre de 2000).
- T-477 (Corte Constitucional de Colombia 23 de Octubre de 1995).
- T-551 (Corte Constitucional de Colombia 2 de Agosto de 1999).
- T-622 (Corte Constitucional de Colombia 28 de Agosto de 2014).
- T-692 (Corte Constitucional de Colombia 16 de Septiembre de 1999).
- T-912 (Corte Constitucional de Colombia 18 de Septiembre de 2008).
- Taylor, J. (2004). Autonomy and informed consent: A much misunderstood relationship. *The journal of value inquiry*, 38, 383-391.
- Uslan, S. S. (2010). What parents Don't Know: Informed consent, marriage, and genital-normalizing surgery on Intersex children. *Indiana Law Journal*, 85, 301-323.
- Valdés, E. (2015). Haciendo más práctico el principialismo. La importancia de la especificación en bioética. *Revista de Bioética y Derecho*, 35, 65-78.
- Wadlington, W. (1983). Consent to medical care for minors: The legal framework. En G. K. Melton, & M. (. Saks, *Children's competence to consent* (págs. 57-73). United States: Plenum Press.
- Winick, B. (1991). Competency to Consent to Voluntary Hospitalization: A therapeutic Jurisprudence Analysis of Zinerman v. Burch. *International Journal of Law and Psychiatry*, 14, 169-214.
- _____ (1994). The right to refuse mental health treatment: A therapeutic Jurisprudenc Analysis. *International Journal of Law and Psychology*, 1(17), 99-117.
- _____ (2002). Therapeutic jurisprudence and Problem Solving Courts. *Fordham Urban Law Journal*, 30(3), 1055-1090.

- _____ (2006). Therapeutic jurisprudence: Enhancing the relationship between law and psychology. En B. Brooks, & M. (. Freeman, *Law and Psychology* (Vol. 9, págs. 30-48). Oxford: Oxford University Press.
- World Health Organization. (2015). *Sexual health, human rights and the law*. Geneva: WHO Document Production.
- Young, R. (2009). Jhon Stuart Mill, Ronald Dworkin, and paternalism. En C. Ten, *Mill's On Liberty. A critical guide* (págs. 209-227). Cambridge: Cambridge University Press.