

CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS DE READecuACIÓN SEXUAL EN MENORES DE EDAD*

*Rocío Serrano Gómez**
Mary Verjel Causado****

RESUMEN

Este artículo analiza la totalidad de las sentencias relacionadas con el consentimiento informado para pacientes menores de edad en intervenciones quirúrgicas de readecuación sexual en Colombia. Se expone el fundamento conceptual y la revisión documental que guiaron metodológicamente el trabajo divulgado en este documento, y que tuvo como objetivo principal ubicar los criterios jurisprudenciales respecto a la formalidad de consentimiento, la edad límite del ejercicio de la voluntad paterna y la autonomía del paciente. Entre los principales resultados se tienen pautas para determinar la legitimidad del consentimiento sustituto en tratamientos e intervenciones quirúrgicas de menores con ambigüedad genital; el análisis del estado civil y derechos de la personalidad jurídica en sujetos con ambigüedad genital; el proceso de registro civil de niños intersexuales y el registro civil de personas transgénero, que si bien no es propiamente una situación relacionada con la readecuación sexual del niño intersexual, si debe abordarse para aclarar, precisamente, las diferencias entre los fenómenos relacionados con el sexo de los seres humanos y los requisitos legales para su modificación. Finalmente, se concluye que no pueden plantearse criterios fijos para los interesados en esta clase de problemática, debido a que cada caso debe examinarse detenidamente por el cuerpo médico.

Palabras clave: Consentimiento médico informado, intervención quirúrgica, readecuación sexual en niños, intersexualidad, estado civil.

PARENTAL CONSENT FOR SURGICAL INTERVENTIONS FOR SEXUAL READJUSTMENTS IN UNDERAGE PEOPLE

ABSTRACT

This study analyzes every one of the sentences dealing with informed parental consent for underage patients in surgical procedures for sexual readjustment in Colombia. It first examines the conceptual rationale underlying the legal cases and presents a revision of the documents that methodological guided the methodological approach of the study disseminated herein, whose main objective was to identify the legal criteria regarding the formality of the consent, the age limit governing parental authority and patient autonomy. Among the main results we highlight: guidelines for determining the legitimacy of substitute consent for treatments and surgical interventions in underage people with genital ambiguity; an analysis of the civil and legal status and the legal rights pertaining to people with genital ambiguity; the process involving birth registration of children with intersex and of transgender individuals, which, although not a situation involving sexual readjustments in the child with intersex, should nevertheless be taken into account in order to clarify the differences between those cases related human gender and the legal requirements needed for gender modification. Finally, the study concludes that fixed or standardized criteria cannot be determined for those who may be interested in such cases as each case must be considered carefully and responsibly by the medical and interdisciplinary teams.

Key words: Informed medical consent, surgical interventions, sexual readjustments in underage people, intersexuality, civil status.

* El presente trabajo está vinculado a la línea de investigación "Principios constitucionales en el derecho privado colombiano", del grupo Derecho y Sociedad de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander, UIS. Las autoras agradecen a los estudiantes Carlos Andrés Trochez Fernández y Carlos Eduardo Cardozo Mantilla, miembros del semillero de investigación Juris et de Jure por su colaboración en la recolección de la información necesaria para la elaboración de este artículo.

** Profesora Asociada de la Escuela de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander (UIS). Bucaramanga, Colombia. Abogada de la Universidad Santo Tomás, Magíster en Historia (UIS) y en Derecho de Familia (UNAB). Correo electrónico: serranor@uis.edu.co

*** Catedrática de la Universidad Industrial de Santander y de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Bucaramanga, Colombia. Abogada. Magíster en Derecho de Familia (UNAB) y especialista en Derecho de Familia y en Violencia Intrafamiliar, Niñez y Adolescencia (UNAB). Correo electrónico: maryverjel@hotmail.com

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La intromisión del derecho público en el derecho privado, en aras de la preservación de los derechos fundamentales de los individuos, ha modificado las bases romanas de la patria potestad específicamente en lo relacionado con la representación y autorización de los padres al momento de decidir sobre asuntos fundamentales en la vida de sus hijos. Es tarea del derecho de familia asimilar el precedente jurisprudencial y señalar criterios doctrinales que guíen la actividad judicial en asuntos tan delicados como la intersexualidad de los menores de edad, su recepción en el registro civil y los límites que se imponen al momento de decidir sobre la readecuación sexual de los menores hijos.

Aunque la ambigüedad sexual ha existido siempre, la situación había estado resguardada en la intimidad de los hogares. Sólo hasta el año de 1999 se conoció la primera sentencia de tutela de la Corte Constitucional colombiana; desde entonces, parece existir una apertura de los particulares hacia la justicia, seguramente por la necesidad de recurrir al mecanismo de amparo para lograr el cubrimiento de los costosos procedimientos por parte de las Empresas Prestadoras de Salud (EPS).

Este artículo expone el precedente jurisprudencial con la intención de precisar en qué casos los padres o el propio afectado deciden sobre su readecuación sexual. Adicionalmente, se precisa cuáles son los requisitos esenciales planteados por la jurisprudencia constitucional, para la toma del consentimiento informado.

Finalmente, se aborda la sentencia T-450^a de 2013, que aunque trata de un asunto diferente al consentimiento informado en intervenciones de reasignación de sexo, refiere a un tema controversial y paralelo: el registro civil de quien nace con intersexualidad y la determinación del mismo en el tradicional registro binario de “masculino” o “femenino” del sistema legal vigente.

2. MARCO CONCEPTUAL

La apariencia física de los genitales humanos, es decir, el sexo del sujeto, se cataloga de diversas maneras, no siempre fáciles de asimilar por los neófitos. A continuación, se relacionan cada una de las situaciones que tienen que ver con el presente trabajo.

2.1 Hermafroditismo

Según la definición constitucional, la intersexualidad, conocida también como hermafroditismo, es:

La situación en la que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente. Se presenta cuando la persona nace con ambos sexos, es decir, con órganos sexuales, tanto externos como internos, del sexo femenino y masculino¹.

¹ Sentencia T-622 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2.2 Intersexualidad

Los estados intersexuales son producto de la discordancia entre la morfología de los genitales externos e internos por errores ocasionados en el desarrollo sexual del feto y se generan a nivel cromosómico, embriológico o por defectos bioquímicos. Debido a que el recién nacido presenta una estructura anatómica genital masculina y femenina, es probable que no se pueda establecer clínicamente su sexo, lo que podría llevar a errores en la determinación del sexo del niño².

2.3 Clasificación del dimorfismo sexual

Estas alteraciones físicas se han clasificado en hermafroditismo verdadero, pseudohermafroditismo femenino, pseudohermafroditismo masculino y en disgenesias gonadales. En términos generales, la doctrina ha identificado las características principales de estas variantes de la siguiente manera (Bernal, 2011).

- A. Hermafroditismo verdadero. Este trastorno es de escasa ocurrencia en la especie humana y se manifiesta en pacientes que presentan en una misma gónada tejido ovárico y testicular, o tienen en un lado un testículo y en el otro un ovario. La ambigüedad se presenta tanto en genitales internos como externos. Generalmente produce esterilidad pero se han detectado embarazos a término en esta situación (Becerra, 2003).
- B. Pseudohermafroditismo masculino. En este caso existe sexo genético XY y testículos, pero se presentan genitales ambiguos o con apariencia femenina. No siempre presenta gónadas masculinas o puede tenerlas pero de manera incompleta, por lo cual se suele hablar de un hombre mal virilizado (Becerra, 2003).
- C. Pseudohermafroditismo femenino. Está presente en individuos con sexo genético XX, las gónadas son ovarios y los genitales internos son femeninos pero la apariencia externa es masculina en mayor o menor grado; por ello se habla de mujeres virilizadas³.
- D. Disgenesia gonadal. En este evento las características de los genitales internos y externos varían y se afecta la capacidad reproductiva del sujeto. Está comprometida únicamente la gónada y en ella no se observan células germinales independientemente de los caracteres sexuales y de la estructura de los cromosomas. Se evidencia la falta de migración de las células germinales primitivas hasta la cresta gonadal o en algunos casos involución de estas células una vez han llegado a la gónada indiferenciada. Estas gónadas no se desarrollan y por lo tanto no hay producción de hormonas.

Sólo algunas patologías del dimorfismo sexual presentan compromiso del aparato urinario y rectal así como trastornos endocrinos que ponen en peligro la vida de los niños; por lo general, cuando no aparecen estos daños, la intersexualidad no es un riesgo grave para la

² Concepto del doctor Alejandro Giraldo, de la Universidad Nacional, citado en la Sentencia SU 337 de 1999.

³ Sentencia T-622 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

vida del paciente. La urgencia en estos casos surge por los efectos psicológicos causados debido al rechazo social del paciente y su familia, quienes generalmente deben soportar estigmatización producto de una sociedad intolerante y otras veces cruel.

Agobiados por los hechos, los padres consideran la cirugía como una manera de “normalizar” a su hijo lo más pronto posible y sin considerar, en muchos casos, el derecho del infante a decidir sobre un asunto tan fundamental como su readecuación sexual. A lo anterior se suma que existen teorías científicas que plantean que el proceso de evolución de las características sexuales se completa en los primeros dos años de vida, lo que hace sugerir una pronta intervención médica.

Esta premura de tipo científico es paralela a otra de naturaleza legal: la obligación que tienen los padres de registrar a los hijos en los días siguientes a su nacimiento, debido entre otras, porque por medio de esta diligencia se concreta o materializa el derecho fundamental de las personas al reconocimiento de la personalidad jurídica⁴, a tener un estado civil que genere derechos y obligaciones; y con ello, a la posibilidad de obtener la prueba idónea para reclamar los derechos patrimoniales o extrapatrimoniales que se derivan del parentesco y en general, del estado civil⁵.

La urgencia de los hechos contrasta con la prudente posición de la jurisprudencia. El precedente se ha construido de manera cuidadosa, considerando cada caso en particular y los dramáticos dilemas morales y éticos que han tenido que afrontar sus protagonistas. Los fallos evidencian la tensión de varios derechos fundamentales: el principio de bienestar del paciente alegado por la comunidad médica versus el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la personalidad jurídica del paciente. A lo anterior, se suma la necesidad de cuidar los intereses del niño o niña, pero sin atentar contra la privacidad y la autonomía de la familia y su legítimo derecho de decidir en asuntos tan delicados como estos. En este sentido, la pregunta sería ¿puede el Estado vulnerar la privacidad doméstica impidiendo a los padres que ejerzan la representación legal de su hijo en la firma del consentimiento informado para cirugías de readecuación sexual?; y aún más crucial: ¿cuál es el umbral de la edad del hijo que pondría fin a esta manifestación de autoridad paterna y que le permitiría expresar su autonomía?; y finalmente, desde el punto jurisprudencial, ¿qué pautas deben seguirse al autorizar la intervención de readecuación sexual mediante el consentimiento informado?

2.4 Consentimiento Informado

El consentimiento informado es el documento mediante el cual se ilustra al paciente sobre los riesgos que corre su vida o su salud en la intervención quirúrgica o el tratamiento a que se somete. Según ha puntualizado la Corte Constitucional, salvo en situaciones de emergencia o eventos asimilables, el consentimiento debe firmarse siempre, incluso en aquellos que son aparentemente benéficos para el paciente, ya que este último tiene derecho a entender y valorar en qué consiste la bondad de un procedimiento médico; omitirlo sería permitir que la concepción particular de determinado tratamiento que el

4 Artículo 14 de la Constitución Política de Colombia.

5 Decreto 1260 de 1970 Artículos 44, 45 y 101.

médico imponga al enfermo vaya en detrimento de sus propios intereses⁶. En conclusión: siempre debe existir un consentimiento previo, escrito, en el que no quede la menor duda de que el paciente ha consentido, partiendo de la base de que es plenamente capaz y que su consentimiento no está viciado⁷.

No cualquier autorización es suficiente para legitimar la intervención médica. Para que sea válida debe ser libre, sin coacciones de ninguna clase; adicionalmente, se requiere que el consentimiento sea informado, esto es, fundado en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos, que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención y de esta manera valorar todas las posibilidades de curación⁸.

Para la Corte Constitucional ilustrar al paciente es un deber de los médicos que exige total honestidad sobre los riesgos y secuelas del hecho sin minimizar los resultados y sin alarmar al paciente, de tal forma que desista de un tratamiento necesario para su salud. Es decir, la construcción del consentimiento informado requiere de un equilibrio entre la discreción y la información que debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar su salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor⁹.

2.4.1 Consentimiento informado para intervenciones quirúrgicas en menores de edad o con incapacidades cognitivas

En el caso de pacientes menores de edad o de interdictos mentales se admite que los padres o tutores asuman la autorización del tratamiento o la intervención quirúrgica; por ser tomado a nombre de otro, el consentimiento recibe el nombre de “consentimiento sustituto”. Sin embargo, la representación legal que ejercen padres y tutores no es absoluta ya que, en cuanto a los niños, ellos no son propiedad de nadie, sino que son una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene protección constitucional¹⁰. Según la Corte Constitucional, aquí se materializa una especie de “paternalismo legítimo” justificado por la protección del bienestar y los intereses de la persona representada, es decir, entendido como una medida de protección adecuada a los valores constitucionales ya que busca proteger la vida y la salud de quienes carecen de la autonomía necesaria para aceptar o rechazar un tratamiento médico¹¹.

Como ya se advirtió, la defensa de los derechos de los niños se enfrenta al derecho a la intimidad familiar y a la autonomía en la toma de sus decisiones. Tanto en la Constitución de 1991 como en el derecho privado clásico¹² se ha confiado a los

6 Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

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

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

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

10 Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

11 Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

12 La representación del hijo y el respeto a la autoridad del padre de familia son instituciones jurídicas derivadas del derecho romano; que admitidas por siglos, se constituyen en una tendencia tanto legal como cultural. Dentro de las normas vigentes sobre autoridad paterna está el Artículo 1266 acerca del desheredamiento por las causales 1, 2, 3 y 4; estas a su vez relacionadas con ofensas al honor del padre como: injuria grave contra el testador, honor y bienes, no haberle socorrido pudiendo hacerlo o haberle impedido testar por medio de fuerza, entre otras. En cuanto a la facultad de castigar, el Código de Bello contiene varios artículos en cuanto al respeto a la autoridad de los ascendientes, uno de ellos es el Artículo 250 que bien parece un reflejo del mandamiento de la ley de Dios “Honrar a padre y madre” y de la obligación de dar alimentos al padre, madre y abuelos, establecida en el Artículo 411 del mismo Código.

padres la educación de los hijos y la dirección doméstica, según puede apreciarse en el Artículo 42 de la Carta Constitucional de 1991 que advierte: “la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”. El precedente analizado asumió una postura cuidadosa y hasta cierto punto contradictoria al solucionar la tensión entre los derechos familiares y el bienestar del niño. Lo ambigüo de la situación está, según se cree, en que se admite que cuando el juez que deba resolver este conflicto de derechos tenga “dudas sobre la decisión a tomar, estas deben ser resueltas a favor del respeto a la privacidad de los hogares (in dubio pro familia) a fin de que los desplazamientos de los padres por las autoridades estatales sean minimizados¹³”. Con esto se concedería a los representantes legales la última palabra en asuntos que le correspondería decidir al juez, vigía de los intereses del niño por delegación estatal y única autoridad realmente neutral en estos asuntos.

La columna que sostendría intacto el escenario jurídico ante este conflicto de derechos es el consentimiento informado, redactado de manera tal que equilibre la autoridad paterna y la dirija a los intereses de los niños. En este sentido, se requiere que el cuerpo médico diseñe un procedimiento para la toma de la autorización paterna, que garantice: (i) Información detallada; (ii) Formalidades especiales; y (iii) Autorización por etapas¹⁴. El último aspecto asegura que el consentimiento sea persistente, es decir, que sea dado en un término lo suficientemente corto como para permitir el éxito del tratamiento y del mismo modo, lo necesariamente distanciado para garantizar que el consentimiento parental sea sólido, o sea, no producto de un impulso o de una crisis emocional. Por esta razón, la voluntad de los padres en este tipo de intervenciones se conoce con el nombre de “consentimiento informado, cualificado y persistente”. Como se pretende asegurar el total conocimiento de los riesgos de la intervención y de sus consecuencias irreversibles, la Corte Constitucional aconseja, además, la realización de procedimientos que permitan constatar la autenticidad del consentimiento¹⁵.

3. RESULTADOS

3.1 Pautas para determinar la legitimidad del consentimiento sustituto en tratamientos e intervenciones quirúrgicas de menores con ambigüedad genital

La legitimidad del consentimiento se relaciona con el respeto a la autonomía del niño y la edad cuando esta puede manifestarse para la readecuación del sexo. Para los especialistas, estas cirugías deben practicarse en la temprana infancia simplemente con la autorización de los padres. Según este criterio, demorar el procedimiento es perjudicial porque el niño puede sufrir rechazo o estigmatización social y problemas psicológicos. Siendo así, el tratamiento de la ambigüedad sexual no debería ser discutido por los jueces, ni por el derecho, debido a que se trata de problemas de salud, que deben ser regulados únicamente por la comunidad médica.

En contraste, los jueces de tutela y las sentencias de revisión de la Corte Constitucional

¹³ Sentencia T-692 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁴ Sentencia T-1390 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁵ Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

determinan que, en casos altamente invasivos, irreversibles y potencialmente dañinos, es necesario actuar con prudencia y esperar a que la persona tenga la capacidad de consentir de manera libre e informada.

El precedente jurisprudencial establece que la difícil problemática de la legitimidad de la autorización paterna para intervenir quirúrgicamente a niños con estados intersexuales, a fin de que concuerden con un sexo médicamente asignado, se debe definir según tres criterios que se aplican como una guía en cada caso concreto ya que de ninguna manera constituyen categorías matemáticas u obligatorias¹⁶. Estos criterios son: urgencia y necesidad de la intervención; edad y madurez psicológica del menor; intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño.

A. Urgencia y necesidad de la intervención. Todo tratamiento médico debe contar con el permiso del paciente, salvo en los casos de urgencia, o en situaciones similares¹⁷. Si no hay riesgo de muerte, existe la tendencia a considerar que las cirugías de reasignación de sexo deben postergarse por los efectos irreversibles para el desarrollo autónomo de la persona hasta que el mismo niño tenga la posibilidad de consentir de manera libre e informada sobre su destino personal¹⁸.

Al contrario, cuando exista ambigüedad genital que amenace gravemente la vida o la salud del menor no hay cuestionamientos éticos ni jurídicos y los padres pueden autorizar libremente la intervención médica destinada a enfrentar esas afecciones; en otras palabras, el consentimiento sustituto es legítimo en estos eventos¹⁹. De esta manera, el problema radica en establecer la legitimidad del consentimiento parental cuando la falta de definición sexual del niño no implica una dolencia grave que ponga en peligro su vida o su salud. En estas situaciones, los padres no pueden elegir, según su deseo, el sexo del niño debido a la naturaleza particularmente invasiva de la intervención y porque se trata la misma identidad sexual de la persona. Por lo anterior, el consentimiento parental es ilegítimo; y debe ser reemplazado por el consentimiento cualificado suscrito por el propio paciente cuando él pueda decidir. En otros términos, cuando no exista riesgo para la salud o la vida, la tensión entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía se soluciona a favor de este último.

Con todo, siempre que haya que tomar la decisión de definir el sexo del sujeto se debe sopesar cuidadosamente con los padres y con un equipo médico. De hecho, los *amicus curiae* que intervienen en algunos de los fallos consideran que la decisión no puede ser tomada por un médico, sino por un equipo multidisciplinario integrado por pediatra, urólogo, endocrinólogo pediatra, genetista, ginecólogo y psiquiatra; quienes recomiendan en cada caso, cuál sexo debería primar, según las únicas categorías del estado civil admitidas por el régimen jurídico nacional.

La cautela de la jurisprudencia refiere precisamente a conceptos de expertos quienes han

¹⁶ Sentencia T-551 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁷ Sentencia T-1390 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁸ Sentencia T-622 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁹ Sentencia T-551 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

alertado sobre el intenso sufrimiento físico de la ablación (readecuación) de los genitales y de las duraderas secuelas psicológicas que imposibilitarían tener relaciones sexuales satisfactorias, pues muchos pacientes han afirmado haber sido sexualmente mutilados. Sin duda, estos tratamientos son irreversibles y, en la mayoría de los casos, prolongados y agobiantes, ya que requieren suministro permanente de hormonas y posteriores cirugías incómodas y altamente dolorosas. Por otro lado, la literatura científica ha reseñado casos de personas “normalizadas” que han experimentado vidas insatisfactorias y han denunciado como una equivocación o una injusticia las decisiones que se tomaron contra su voluntad²⁰.

Por otro lado, no se puede excluir la posibilidad de que algunas personas intersexuales deseen conservar su ambigüedad genital como una legítima manifestación de su personalidad, de manera que intervenirlas sería un desconocimiento de su libre autodeterminación. Estas consideraciones ponen en tela de juicio la conveniencia de la anticipada toma de decisiones sobre aspectos tan importantes en la vida de un ser humano y abren la puerta al cuestionamiento ético a la sociedad que estigmatiza a personas que sufren este padecimiento físico.

B. Edad del menor. El segundo elemento que sirve de guía para determinar la legitimidad del consentimiento informado es la edad del paciente, concretamente, que este haya sido tomado cuando él tiene conciencia de su identidad sexual. Según la medicina y la teoría Money la mejor etapa para practicar procedimientos de reasignación de sexo es la de los dos años, pero la jurisprudencia nacional ha precisado que adicionalmente a las características cromosómicas, fenotípicas y gonadales de la persona hay que considerar y evaluar la “condición genérica”, es decir, el aspecto psicosexual, su deseo de crecer como hombre o como mujer, de acuerdo con los parámetros culturales. Este último aspecto (la definición de género) se adquiere, según la ciencia, entre los 2 y los 4 años, independientemente del desarrollo físico de la persona²¹.

El precedente jurisprudencial referido al problema jurídico de la ambigüedad genital se manifiesta en las sentencias T-551 de 1999, T-692 de 1999, SU-337 de 1999, T-1390 de 2000, T-1221 de 2003, T-912 de 2008 y T-622 de 2014. En todas ellas la posición es uniforme respecto a los requisitos del consentimiento informado sustituto y sobre la edad en que el menor puede manifestar su voluntad sobre su reasignación del sexo: cinco años. A continuación, se expondrá un resumen de cada uno de los fallos que ratifican este umbral.

Según la Sentencia T- 912 de 2008, el magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, dice quasi se trata de menores de cinco años es válido el consentimiento sustituto paterno siempre que sea informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y con la obligación de designar un equipo interdisciplinario de apoyo, tanto al niño como a los padres. Si es el caso de un niño que supera el umbral de los cinco años, le corresponde a este tomar la decisión sobre su identidad sexual, pero a partir de un consentimiento especial y cualificado que incluya: (i) consentimiento prestado

20 Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

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

por los padres coadyudado por la expresa voluntad del menor y, dada la naturaleza altamente invasiva de la intervención y del tratamiento médico para la asignación de sexo; y (ii) seguimiento profesional de un equipo interdisciplinario que brinde el apoyo psicoterapéutico a los padres y al niño en todo el proceso de la decisión.

La mencionada providencia aporta un elemento adicional al asunto que nos ocupa: al finalizar la parte motiva ordena que “en caso de que la decisión del menor no coincida con la de sus padres, o que la decisión del menor y sus padres no coincida con el concepto del equipo interdisciplinario, no podrá realizarse la asignación de sexo”²²; y debe postergarse, según el mismo fallo, hasta que vuelva a solicitarse “por haber coincidido en su voluntad, el niño y sus padres, y dicha voluntad coincida con el concepto emitido por el equipo interdisciplinario” Al formar parte de *laratio decidendi*, se considera que la unanimidad sería un requisito adicional en el consentimiento informado, cualificado y persistente.

Por su parte, en la Sentencia T-1390 de 2000 se aceptó que los padres de un menor afectado por genitales ambiguos con identificación genética del sexo femenino, pudieran firmar el consentimiento sustituto por cuanto el niño contaba con aproximadamente un año de edad al momento de decidir y según este pronunciamiento no había “superado el umbral a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto”. Además, la decisión tuvo en cuenta un aparente retardo mental según el cual se afectaría su posibilidad de consentir en la operación de asignación de sexo en años posteriores.

En la Sentencia SU-337 de 1999, se consideró que “en niños mayores” los riesgos de las operaciones eran excesivos y dado que no aparecía con claridad la utilidad de la misma, se negaba el amparo y debía aguardarse a que el propio paciente pudiera autorizarla. En este caso se indicó que el paciente, una niña de ocho años con pseudohermafroditismo masculino, ya gozaba de una importante autonomía que obligaba a tomar en cuenta su criterio, ya que, a partir de los cinco años, no es constitucionalmente admisible el consentimiento paterno sustituto para la remodelación de los genitales, por lo que no se autorizaron los tratamientos hormonales.

Ahora bien, aunque no es un asunto referido a intersexualidad, se trae a colación la sentencia T-477 de 1995, referente al caso especialmente dramático de un niño con órganos sexuales definidos quien a los seis meses de edad fue agredido por un perro que le quitó sus genitales. Ante la urgencia, los médicos readecuaron los órganos del niño con una apariencia femenina y con el consecuente cambio de nombre en el registro civil. A pesar de que la intervención se hizo aún antes de cumplirse la edad postulada por la Tesis de Money (2 años), el niño se reveló contra los resultados de la cirugía y se demostró por los siquiátras consultados, que, aún en edad temprana, la readecuación de sexo puede resultar arbitraria. Ante la grave evidencia de los hechos, la referida sentencia se centra en recomendar la mayor prudencia posible pero no refiere ningún rango de edad. Insiste en que “no es igual la situación de un recién nacido a la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad”²³, por lo que la readecuación de sexo o transformación de órganos sexuales, por ser invasiva e irreversible y relacionarse con

22 Sentencia T-912 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

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

el derecho a la identidad, no puede hacerse sin autorización personal del paciente. En todo caso, esta pieza de la jurisprudencia nacional constituye un planteamiento ético y un interrogante que debe considerar tanto el derecho como la medicina a la hora de decidir sobre casos futuros.

Volviendo al tema central, la Sentencia T-551 de 1999 resolvió la solicitud de amparo del padre de una niña con características genéticas femeninas, pero con genitales ambiguos por la presencia de micropene por hipertrofia del clítoris y vagina no muy bien definida, es decir, un pseudohermafroditismo femenino. Como no existía riesgo para la vida ni la salud de la menor, los médicos recomendaron aguardar para hacer la “remodelación genital” hasta que cumpliera dos años, que es precisamente el umbral del desarrollo físico de los órganos genitales, según la teoría Money.

Cerca de cumplir los dos años el padre solicitó la intervención a su EPS, pero fue negada por razones de presupuesto. En vista de lo anterior, el angustiado padre recurre a tutela, alegando que lo solicitado era simplemente una “remodelación genital” y no un cambio de sexo (readecuación de sexo), porque según los médicos la información genética era femenina. De acuerdo con lo anterior, los médicos procedieron a intervenir al infante y a suministrar el tratamiento hormonal que ayudaría a mantener su condición femenina en el futuro. El fallo de la Corte Constitucional no reparó en la edad de la menor, porque de todas maneras la intervención se hizo antes de los cinco años, así que se enfoca a estudiar la legalidad del consentimiento sustituto, es decir, a objetar la posición médica de que era innecesario atender la cualificación de la decisión paterna, porque era una intervención de mera remodelación genital. Al respecto, señala el precedente que de todas maneras se trata de una cirugía invasiva y peligrosa, que incluye tratamiento hormonal y por lo tanto compleja por lo que amerita el consentimiento informado sustituto cualificado y permanente.

En el mismo sentido, en la Sentencia T-692 de 1999, el magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz resolvió el caso de una madre que solicitaba al Instituto de Seguros Sociales la práctica de una cirugía a su hija de dos años, quien padecía de ambigüedad genital. Según el diagnóstico, al infante debía realizársele una operación de remodelación de sus genitales externos más una ureterocistoscopia. El juez tuteló los derechos fundamentales alegados y ordenó la cirugía en el término de 48 horas, ya que la niña no había superado el umbral, a partir del cual pierde validez constitucional el consentimiento paterno sustituto, es decir, los cinco años.

En contraste con lo anterior, la Sentencia T-1025 de 2002 decidió el caso de un niño de ocho años diagnosticado con pseudohermafroditismo femenino con virilización extrema, a quien el ISS le negó la cirugía de reasignación de sexo. El fallo insiste en la necesidad de respetar la autodeterminación del niño y la improcedencia del consentimiento de los titulares de la patria potestad, para la práctica de las intervenciones quirúrgicas. En su lugar, debía obtenerse el consentimiento del menor, con calidad de informado y persistente, de la mano de un equipo interdisciplinario y tomado “cuando este tenga el suficiente discernimiento para optar por una decisión vital de tal naturaleza”. Para la Corte, este grado de madurez arriba entre los 6 y 7 años, edad cuando se tiene “cierto grado de autonomía y de madurez que le permitiría emitir un principio de

consentimiento”. Adicionalmente, reafirma lo sostenido en el precedente: antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, después, sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor. No obstante, la sentencia advierte que el umbral de los 5 años de edad, no es absoluto, sino que es valoración relativa que deberá sopesarse en cada caso concreto, con la ayuda del equipo interdisciplinario compuesto por profesionales de la salud y trabajadores sociales.

Además, retoma la postura de la Sentencia T-912 de 2009, sobre la exigencia de la unanimidad en el concepto del equipo médico sobre la alternativa clínica adecuada para el menor y que la decisión de los padres y del menor, en ejercicio del consentimiento asistido, debe adecuarse a las recomendaciones médicas.

Por su parte, la Sentencia T-1021 de 2003 revisó la acción de tutela interpuesta por una madre de un niño de dos años diagnosticado con hermafroditismo verdadero, a quien se le negó la cirugía de readecuación del sexo por los jueces de instancia con el argumento de proteger los intereses del infante. La Corte Constitucional ordenó practicar el procedimiento estimando que los derechos del niño estaban a salvo, porque no había superado el umbral de los cinco años y porque se detectó que el consentimiento sustituto por los padres sí reunía los requisitos constitucionales, en tanto fue informado, cualificado y persistente.

Así mismo, en la Sentencia T-912 de 2008, el magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, resolvió el caso poco usual, de un hermafroditismo verdadero, presente en un niño de cinco años cumplidos. Los padres solicitaban practicar una cirugía que identificara a su hijo como un varón ya que contaba con aparato genital masculino, también tenía un ovario funcional y útero; sin embargo, los exámenes clínicos demostraron que genéticamente tenía marcada la persistencia al sexo femenino (XX), lo que llevó a los médicos a negar la intervención puesto que la edad máxima para la conformación del género (cinco años) ya se había cumplido. Lo curioso aquí es que el cuerpo médico consideró prudente aplazar la cirugía hasta que el paciente cumpliera los 18 años, edad que escapa a cualquier consideración jurisprudencial previa.

En este caso, la Corte Constitucional considera que al haber superado la edad crítica de identificación de género no era legítimo el consentimiento sustituto paterno “pues los riesgos son excesivos (y) no parece clara la utilidad de practicar esa cirugía antes de que el propio paciente pueda autorizarla”²⁴. Adicionalmente, el fallo llama la atención de los jueces de primera y segunda instancia porque no ordenaron la conformación del equipo interdisciplinario para acompañar al paciente y a la familia durante el proceso médico, lo cual es lamentable ya que “a este equipo le corresponde entonces establecer, a partir de la práctica de las pruebas pertinentes, el momento en el que el niño goza de la autonomía suficiente para prestar un consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si el paciente toma esa opción”²⁵.

Siguiendo con los casos de pacientes que han superado el umbral donde se les reconoce

²⁴ Sentencia T-912 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

²⁵ Sentencia T-912 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

autonomía, la sentencia T-622 de 2014, el magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, resuelve la situación de un niño de 12 años quien al nacer fue diagnosticado con genitales ambiguos por hiperplasia suprarrenal congénita y se nombró y registró como niña. Debido a que a los cinco años demostraba comportamientos masculinos, los padres recurren al registro civil para cambiar su nombre por uno de hombre. Dentro del expediente de tutela, consta que el niño recibió asistencia psicosocial en una Comisaría de Familia y que ante este organismo demostró su voluntad de definir su sexo como masculino. La Comisaría emite un auto como medida de urgencia y ordenó a la EPS realizar las intervenciones y tratamientos respectivos. Sin embargo, el centro médico se opuso a la orden, por lo que en la acción de tutela la madre solicitó que se le ordenara cumplir con lo señalado por el ente administrativo. El amparo se niega por el juez, porque se considera que la EPS obró oportunamente, prestó la asistencia al menor y porque, si bien el consentimiento expresado por el paciente ante la Comisaría de Familia es un elemento esencial, este debe ir acompañado de una valoración médica.

Así las cosas, la Corte Constitucional repara en que el consentimiento expresado por el niño, sumado a la edad y madurez que presenta (12 años), no es un factor suficiente para que el juez de tutela ordene a una EPS un procedimiento de readecuación o asignación de sexo, pues es necesario que se someta anteriormente a un proceso de evaluación y de observación por profesionales de la medicina para que se dé un diagnóstico preciso, así como alternativas terapéuticas conforme a la voluntad del menor. En otras palabras, a pesar de que existe una manifestación de voluntad del niño, este consentimiento dado ante una Comisaría de Familia no se adecua a los requisitos constitucionales porque para la Corte no es libre, informado, persistente y cualificado. Adicionalmente, recuerda que la asignación de sexo debe ajustarse al concepto de los médicos quienes son idóneos para emitir un diagnóstico y proponer un tratamiento sobre la salud reproductiva del paciente. Según lo visto hasta aquí, la edad de cinco años indica el momento de vida a partir del cual el niño puede definir sobre la readecuación de su sexo de manera libre, siempre y cuando cumpla con los requisitos del consentimiento informado y del asesoramiento del equipo interdisciplinario; después de esa edad, no precisa la jurisprudencia, cuál sería la edad indicada para que un niño exprese su voluntad, pero se entiende que puede ser cualquiera entre los cinco y los dieciocho años, desde que se cuente con la asistencia de un equipo interdisciplinario que asesore a la familia en la toma de decisiones.

De lo anterior se deduce que, en el particular asunto de los niños con ambigüedad genital, la jurisprudencia constitucional modifica el régimen de la capacidad humana del derecho civil; y anticipa en ellos capacidades para autodeterminarse y hacer valer su opinión respecto a su vida sexual.

Teniendo en cuenta lo anterior, la actuación intervencionista sobre la voluntad de padres y galenos es totalmente legítima, considerando que determinados tratamientos médicos invasivos pueden afectar de manera irreversible la salud y la integridad física de un menor de edad. El hijo “está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos” y citando la Convención de los Derechos del Niño, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, recuerda el alto tribunal que los Estados deben

garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente²⁶”.

C. Intensidad del impacto en el tratamiento del niño sobre su autonomía actual y futura. Según lo expuesto por la Corte Constitucional, para determinar la procedencia de la autorización parental en las intervenciones y tratamientos médicos de sus hijos menores es necesario distinguir entre las intervenciones médicas ordinarias que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente y las extraordinarias que se caracterizan por ser invasivas y seguidas de un tratamiento agobiante en el ámbito de la autonomía personal. En el primer caso, la autorización de los padres en el consentimiento informado tiene efectos de representación y vincula al hijo enfermo. No sucede lo mismo cuando se trata de intervenciones invasivas, donde el consentimiento informado debe ser cualificado por escrito, de modo que tanto los padres como el mismo paciente estén enterados y puedan autorizar el procedimiento en reconocimiento a su autonomía²⁷.

Como ya se expuso, en asuntos como la readecuación del sexo hay que actuar con cautela y cumplir con el deber de prudencia y respeto hacia la decisión del paciente, quien no puede permanecer sumiso frente a la decisión de sus padres o de los médicos. El sexo, como lo dijo la Corte en la sentencia T-477 de 1995, constituye un elemento inmodificable de la identidad de un sujeto y solo él, con pleno conocimiento y debidamente informado, puede consentir en una readecuación genital. No es una decisión de los padres ni de los médicos ni la idea que ellos tengan de aquello que sea mejor para el menor. El libre ejercicio de la personalidad amerita que en asuntos tan primordiales sólo el paciente pueda señalar con qué sexo se identifica, por consiguiente “la autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras”, por ello, recalca el tribunal constitucional, los padres no pueden permitir que los médicos decidan sobre la identidad sexual de su hijo, ni tampoco los galenos pueden basarse en la autorización paterna para hacer el tratamiento²⁸”.

3.2 Estado civil y derechos de la personalidad jurídica en sujetos con ambigüedad genital

El sexo, es decir, el aparato reproductor de los seres humanos, es la manifestación de la identidad del sujeto como “hombre” o como “mujer”. Suele confundirse el sexo con el “género”, pero este último es una construcción social sobre los roles que tanto hombres como mujeres asumen en la comunidad.

Según explica la profesora Milena Acevedo Prada (2014) por años se pensó que el sexo era un factor biológico concluyente en la construcción de la identidad, pero esa idea ha cambiado ya que si bien las diferencias anatómicas y físicas entre hombres y mujeres se derivan del sexo, otras preferencias del desarrollo individual dependen del ámbito social y no del sexual. Según esto, el género no está predeterminado por el sexo sino que se trata de una construcción individual.

Entonces puede afirmarse que tanto el sexo como el género forman parte de la identidad

26 Sentencia SU-337 de 1999

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

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

de la persona y son verdaderos atributos de la personalidad. En las sentencias analizadas la Corte Constitucional ha relacionado el sexo como un elemento de la individualidad o la identidad, inclusive lo cataloga como “uno de los aspectos más misteriosos, esenciales y profundos de la personalidad humana²⁹”; por lo tanto, la readecuación de los genitales de quien sufre de intersexualidad es un derecho relacionado con la libertad, la dignidad humana, la identidad personal y a la autonomía o el libre desarrollo de la personalidad.

3.3 Registro civil de niños intersexuales

El precedente jurisprudencial ha aclarado que “los estados intersexuales no tienen reconocimiento legal –registro civil- pues no encajan dentro de los sexos culturalmente vigentes, lo que tiene como consecuencia una situación de mayor vulnerabilidad³⁰”. El vacío legal se debe a que el sistema de registro colombiano es binario, es decir, solo concibe el sexo masculino o el femenino, sin que aparezca una categoría sexual “neutra” o claramente identificada como “intersexual”.

Esta ausencia de categorización provocó que en el año 2011 el médico que atendió el parto de un niño con genitales ambigüos no señalara el sexo del recién nacido en el correspondiente certificado, lo que llevó a pensar al funcionario del registro civil que no podía registrar la criatura, con la consecuente violación al derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica. Como era de esperarse el asunto desencadenó en una tutela, que fue precisamente la revisada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-450^a de 2013.

Los *amicus curiae* de la sentencia T-450^a de 2013 dejaron ver que existe un criterio mayoritario sobre la necesidad de ampliar el registro más allá del sexo femenino o masculino, porque, entre otras, una categoría indeterminada permitiría proteger la autonomía en la construcción de la identidad sexual; y porque serviría para reconocerlos como sujetos de derecho con capacidad para decidir y no como “seres raros y contra naturales”, a quienes se obliga a permanecer para siempre en una categoría arbitraria.

El fallo ordena al legislativo que se pronuncie sobre el procedimiento para recibir el registro de quienes padecen esta alteración e indica algunas pautas a seguir mientras se regula sobre la materia. Una de ellas es que “la indeterminación del sexo no puede ser obstáculo para el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica” por lo que en ningún caso podrá negarse el registro civil al niño con indeterminación de sexo. En cuanto al sexo en el registro de nacimiento dependerá de la asignación del equipo médico interdisciplinario de expertos, con las opciones: masculino, femenino o una anotación en un folio aparte bajo la que existirá absoluta reserva.

Es decir, la sentencia en cuestión no ordenó la creación de un tercer sexo como podría pensarse, sino que señaló una guía para resolver el vacío legal en aras a proteger los derechos del recién nacido.

29 Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

30 Sentencia T-622 de 2014, M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub

Mientras se sanciona la ley, la Registraduría Nacional del Estado Civil emitió la Circular 033 del 24 de febrero de 2015, según la cual cuando el certificado de nacimiento indique que se trata de “intersexual, ambigüedad genital, sexo por determinar, o alguna expresión equivalente”, se anotará en la casilla que indiquen los padres o representantes legales al momento de la inscripción, tomando la precaución de que dicha situación quede constancia en el folio de varios.

Como la Circular no ordena crear una casilla específica para el intersexual, y no podría hacerlo por ser una mera circular informativa de la Registraduría, el sexo que determinen los padres será masculino o femenino. Sin embargo, en aras de adecuar la situación a la Sentencia T-450^a de 2013, aquí se considera que los padres también podrían solicitar que las casillas tradicionales se dejen en blanco para que se tome el dato de la intersexualidad en “folio aparte”, que imaginamos que debe ser el folio de varios, sobre el que debe guardarse absoluta reserva.

Aclara la Registraduría Nacional del Estado Civil que la inscripción podrá afectarse en el futuro “cuando el inscrito alcance la madurez suficiente para tomar la decisión de realizar una corrección del sexo” y del nombre. La solicitud de reemplazo de sexo y cambio de nombre no requerirá de escritura pública ni mucho menos proceso judicial.

Obviamente, esta determinación posterior del sexo será el resultado de haber atendido la voluntad del interesado siguiendo lo indicado por el precedente jurisprudencial en lo referente a la readecuación sexual del paciente intersexual. Si ha existido intervención quirúrgica, el sexo será el que se readecuó, pero creemos que un cambio de nombre y sexo podría solicitarse antes de la operación o inclusive sin que esta exista, solamente para preservar los derechos fundamentales y honrar la expresión de la autonomía del niño mayor de cinco años o el consenso de los interesados: padres, hijo y equipo interdisciplinario; recogidos en el consentimiento informado, asistido y calificado.

En el evento concreto de un niño que se registró al nacer con un sexo diferente a aquel con el que se identifica, puede solicitarse el cambio en el registro civil, exista o no intervención quirúrgica de reasignación; y si fue el caso de un registro en “folio aparte”, sin afectar las casillas masculino o femenino, podría acudir a cualquiera de ellas por voluntad del niño, o inclusive, dejarse en blanco para el futuro si el paciente está conforme con mantener su estado de intersexual, mientras el legislativo regula sobre una eventual apertura de la concepción binaria del sexo de las personas.

3.4 Registro civil de personas transgénero

Se aclara que el transgenerismo es un asunto diferente a la intersexualidad. Mientras en el transgenerismo hay “cambio de sexo”, porque el sujeto no se identifica con el sexo con el que nació, en la intersexualidad existe “readecuación del sexo”, para definir la ambigüedad de acuerdo con la carga genética del sujeto. En este último caso, la intersexualidad, no ha existido jamás la necesidad de pedir permiso judicial para realizar la cirugía, mientras que para mutar de sexo voluntariamente sí se exigía.

Recientemente, la Sentencia T-063 de 2015 protegió los derechos a la autonomía, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libre expresión de la sexualidad y la dignidad humana de una mujer trans que solicitó ante una notaría del país el cambio de sexo y de número de cédula de ciudadanía de manera que coincidiera con la numeración femenina. La negativa del funcionario del registro civil se basó en que el cambio de sexo realizado con antelación no autorizaba a la mujer a pedir el cambio en su registro civil ya que era indispensable allegar el fallo de un juez de familia.

La mencionada sentencia se centró en la diferencia entre el sexo y el género, y en la “identidad de género” que es “la vivencia interna e individual (...) la manera como cada persona se siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. Esta disconformidad origina que algunas personas quieran pertenecer al sexo opuesto mediante una cirugía de transformación de sus órganos genitales. A raíz de la Sentencia T-063 de 2015 no se exige a la población trans demostrar ante un juez de familia el cambio de sexo, lo anterior en reconocimiento a los derechos fundamentales que les reconoce el Estado Social de Derecho.

En desarrollo de esta sentencia, el Ministerio de Justicia y del Derecho expidió el Decreto 1227 del 4 de junio de 2015, según el cual las personas transgénero que deseen corregir el componente sexo en el Registro Civil y adecuar su cédula de ciudadanía al Número Único de Identificación Personal (NUIP) pueden hacerlo mediante una declaración bajo la gravedad del juramento donde manifiestan su voluntad de corregir la casilla del componente sexo con que fueron registradas al nacer y anexar además, la copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía.

Esta declaración juramentada requiere la solemnidad de la escritura pública, según lo previsto en el Artículo 2.2.6.12.4.6 del Decreto 1227 de 2015³¹, pero no es necesario anexar el certificado médico sobre el cambio de sexo³² lo que indicaría que no es imperativo realizarse la intervención quirúrgica para acudir al cambio de sexo. Seguramente, esta posibilidad se refiere a personas que tienen disforia de género, una afección en la cual se presenta un conflicto entre el sexo físico de una persona y el sexo con el cual se identifica, pero a pesar de lo anterior, no han acudido al cambio de sexo por cirugía. Por ejemplo, una persona que es varón puede sentirse incómodo con el sexo biológico, porque se siente y actúa como una mujer, sin migrar de sexo. Esta situación debía probarse anteriormente ante el juez de familia mediante un certificado de un médico psiquiatra y de este modo habilitar la autorización para el cambio de sexo. Actualmente, y de acuerdo con la Sentencia T-063 de 2015 en ningún caso se exige a la población transgénero el proceso judicial para el cambio del sexo del registro civil como tampoco se requiere la presentación del certificado médico.

31 El artículo 2.2.6.12.4.6 regula los límites a la corrección del componente sexo en el Registro del Estado Civil y advierte que no podrá solicitarse una corrección “dentro de los diez (10) años siguientes a la expedición de la Escritura Pública por parte del Notario”. (subrayado fuera del texto). Por lo anterior, se deduce que es necesario protocolizar la declaración juramentada de la que habló el artículo anterior del Decreto 1227 de 2015.

32 Los únicos anexos exigidos por el Decreto 1227 artículo 2.2.6.12.4.5 son: la copia simple del registro civil de nacimiento y la copia simple de la cédula de ciudadanía.

Esta situación ha hecho que se prendan las alarmas de algún sector de la sociedad: se afirma que se abre la puerta para que el cambio de sexo así reglamentado, facilite el cobro de pensión de jubilación por el tiempo reconocido a las mujeres, o que inclusive permita el matrimonio o la adopción por parte de parejas donde uno de los miembros ha recurrido al cambio de sexo por vía legal.

Se recuerda que esta eventualidad ya existía en el pasado con el procedimiento judicial, y con las consecuencias legales de haber asumido un nuevo sexo. Lo único que hizo el Decreto, en palabras del Ministro de Justicia actual, doctor Yesid Reyes, es “acelerar el procedimiento” para la población transgénero quien ya no tiene que recurrir al proceso de jurisdicción voluntaria. Adicionalmente, los temores de la sociedad parecen infundados por las previsiones que tomó el Decreto 1227 de 2015 respecto a que una vez cambiado el sexo el interesado no puede recurrir a un nuevo cambio en los próximos diez años contados desde la fecha de expedición de la Escritura Pública y en todo caso, solo podrá corregirse el componente sexo hasta en dos ocasiones a lo largo de la vida de una persona³³.

Es necesario tener en cuenta que la situación de la población transgénero es diferente a la de la población homosexual, quien no puede celebrar matrimonio ni adoptar mientras no lo permita una ley del Congreso de la República precisamente por conformar parejas del mismo sexo. Sin embargo, quienes han migrado de sexo mediante intervención quirúrgica y luego han conformado uniones con personas de otro sexo estarían legitimados para ser titulares de todos los derechos que legalmente se derivan de su nuevo sexo, de acuerdo con la sentencia T-063 de 2015 y al Decreto 1227 de 2015.

4. CONCLUSIONES

Al finalizar la década de los años noventa del siglo pasado, la jurisprudencia constitucional colombiana empezó a delimitar el ejercicio de la representación parental en la firma del consentimiento asistido cualificado referente a intervenciones de definición de sexo de sus hijos intersexuales. En términos generales, el precedente ha sido uniforme en cuanto a la edad de los cinco años como límite para el ejercicio de tales derechos. Igualmente, lo ha sido en cuanto a los requisitos para asegurar la legitimidad del consentimiento informado, cualificado y sustituto, esto es: urgencia y necesidad de la intervención, que el consentimiento informado se firme respetando la autonomía que se deduce de la edad del niño y que se tengan en cuenta los efectos de la intervención según su impacto en el futuro del menor.

De acuerdo con lo anterior, los padres pueden ejercer libremente el ejercicio de la representación suscribiendo el consentimiento sustituto sólo en intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos que no sean invasivos y que sean beneficiosos para la salud de sus hijos. Contrario sensu, la representación parental está limitada en intervenciones que afecten profundamente la autonomía del niño, o que no sean urgentes o necesarias en términos de salud.

³³ Noticia en El Tiempo (10 de julio de 2015) “Decreto sobre cambio de sexo es para transexuales”: Minjusticia. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/minjusticia-explica-decreto-sobre-cambio-de-sexo/16072159>

En los casos de intervenciones de recién nacidos intersexuales donde exista grave e inminente riesgo para la vida del paciente, el cuerpo médico puede actuar de urgencia, sin tomar el consentimiento informado sustituto de los padres porque se trata de una situación extrema donde se impone el principio de beneficencia; sin embargo, si no existe tal peligro, como sucede en la mayoría de los casos relacionados, el principio de beneficencia cede ante el de la autonomía siendo necesario postergar la intervención cuando el paciente ha alcanzado la edad de los cinco años, periodo en que, según la ciencia, el niño puede manifestar su voluntad consciente sobre la readecuación del sexo. A pesar de lo anterior, no pueden plantearse criterios fijos o normas de conducta para los interesados en esta clase de problemática debido a que cada caso debe examinarse detenidamente y de manera responsable tanto por el cuerpo médico como por el equipo interdisciplinario que debe avalar la toma de la decisión y que, entre otras cosas, debe ser según los requerimientos jurisprudenciales, uniforme y consensuada entre el niño, sus padres, el equipo interdisciplinario y el cuerpo médico.

De todas maneras, a mayor edad del paciente, mayor protección del Estado, en honor al respeto a la autonomía del niño. En este sentido, es innegable que los rangos de edad sugeridos por el Código Civil Colombiano, como determinantes de la capacidad humana en la categoría de infantes, púberes e impúberes y los efectos jurídicos de sus actos, merecen una revisión en asuntos donde estén comprometidos los derechos fundamentales del sujeto.

En los casos de registro civil de menores con ambigüedad genital, la doctrina constitucional exige el registro en condiciones de igualdad con cualquier sujeto. Mientras el legislativo expide una norma que regule el procedimiento y eventualmente, la creación de una casilla para incluir a las personas que experimentan esta alteración, la sociedad debe seguir los parámetros indicados en la Sentencia T-450^a de 2013 y en la Circular 033 del 24 de febrero de 2015, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En los últimos fallos de la Corte Constitucional colombiana se advierte una tendencia al amparode los derechos fundamentales de personas afectadas por circunstancias meramente biológicas que afectan su identidad sexual, pero también en situaciones referidas al transgenerismo, como se observa en la eliminación del permiso judicial para cambio de sexo, ordenado por la Sentencia T-063 de 2015 y reglamentado en el Decreto 1227 de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

Acevedo Prada, M. (2014). Derecho a la identidad de género, desafío constitucional para el derecho privado en Colombia. Efetividad de dos direitos fundamentais. *Estudios de Direito Latino Americano*. Volumen (2), p.p 353 a 373

Becerra Fernández, Antonio. (2003). *La transexualidad “La búsqueda de la identidad”*. Madrid: Díaz de Santos.

Bernal Crespo, J. S. (2011). Estados intersexuales en menores de edad: los principios de autonomía y beneficencia. *Intersexual states of children: the principles of autonomy and charity*. *Revista Derecho* 36, 53-86. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972011000200005&lng=es&nrm=iso

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (1992). Sentencia T-476 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (1994). Sentencia T-504 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (1995). Sentencia T-477 de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (1999). Sentencia T-551 de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (2000). Sentencia T-1390 de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero (1999). Sentencia SU-337 de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz (1999). Sentencia T-692 de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño (2008). Sentencia T-912 de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo (2013). Sentencia T-450^a de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (2014). Sentencia T-622 de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente María Victoria Calle Correa (2015). Sentencia T-063 de 2015.

Himitian Evangelina, (2013). No hay en el país un protocolo para los bebés intersexuales. *La Nación*. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1612463-no-hay-en-el-pais-un-protocolo-para-los-bebes-intersexuales>.

Justicia. (2015). Decreto sobre cambio de sexo es para transexuales. *El Tiempo*, Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/minjusticia-explica-decreto-sobre-cambio-de-sexo/16072159>

KHALEELI, Homa (2014). Hijra: India's third gender claims its place in law. TheGuardian. Recuperado de: <http://www.theguardian.com/society/2014/apr/16/india-third-gender-claims-place-in-law>.

República de Colombia. Decreto 1260 de 1970.

Ministerio de Justicia de Colombia. Decreto 1227 de 2015.

Registraduría Nacional del Estado Civil. Colombia. Circular 033 del 24 de febrero de 2015.