

HERMAFRODITAS EN COLOMBIA: ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL¹

Octavio Augusto Caro Garzón²

SUMÁRIO: Introducción; 1. La construcción del hermafrodita moderno o *de cómo se construyen patologías estadísticamente*; 2. La línea jurisprudencial sobre hermafroditismo: *siete ovejas cuatro pastores*; 2.1 La oveja negra: explicación metodológica; 2.2 Sentencia T-477 de 1995: el antecedente. La identidad sexual hace parte del núcleo esencial de cada quien, inaccesible para los demás. Nadie puede consentir por otro una readecuación de sexo; 2.3 Sentencia SU-337 de 1999: *una menor hermafrodita³ de 8 años*; 2.4 El discurso médico: dos respuestas posibles frente a las intervenciones quirúrgicas y hormonales a menores hermafroditas -del paradigma médico dominante y sus críticos; 2.5 La subregla jurisprudencial de la Sentencia SU-337 de 1999: entre el consentimiento sustituto y el consentimiento autónomo; 2.6 Más desarrollos de la Corte: Las sentencias T-551 de 1999, T-692 de 1999 y T-1390 de 2000; 2.7 El rebaño en su conjunto; 2.8 No se trata de una oveja como las otras: la Sentencia T-1025 de 2002; 2.9 El animal extraño que no es oveja; 3. Sobre la naturaleza de la interpretación: o de cómo tres investigaciones (incluyendo ésta) pueden construir tres relatos diferentes sobre el mismo escenario decisonal; 4. Sobre la interpretación de los derechos fundamentales; 5. El hermafrodita condenado a la desaparición; Referências das fontes citadas.

¹ Este artículo es resultado de la investigación titulada *“El concepto biopolítico de la vida”*, adscrito al Grupo de estudios biojurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad CES en Medellín. En la investigación se estudiaron, en la obra de Michel Foucault, una serie de dispositivos de poder que, en Occidente, se han tejido sobre la sexualidad; no tanto con el objetivo de reprimirla, sino más bien con la intención de modelarla, orientarla y administrarla. La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre los casos de hermafroditismo constituye un claro ejemplo de intervención política sobre la sexualidad humana, en ella dos intervenciones se exhiben: el discurso médico y la doctrina de los derechos fundamentales. En este texto se hará un análisis minucioso de dicha línea jurisprudencial y se concluirá que, aun existiendo un sistema de precedente jurisprudencial, el ingrediente subjetivo en la decisión judicial es innegable.

² Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad CES. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana; especialista en Estudios Políticos de la misma Universidad; candidato a Magister en Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Profesor de Hermenéutica Jurídica y editor de la revista *“Facultad de Derecho y Ciencias Políticas”* de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: octaviocaroyahoo.com

³ En este artículo no se distingue entre las expresiones *“estado intersexual”*, *“hermafroditismo”* y *“ambigüedad genital”*, aunque se trata de fenómenos distintos, la jurisprudencia constitucional colombiana les da un trato equivalente. Para una diferenciación rigurosa de los mismos. VELÁSQUEZ ACEVEDO, C., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P. SARMIENTO ECHEVERRI I. Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia –el caso del hermafroditismo-. En: **Estudios de Derecho**. Medellín, No. 144, 2007. pp. 218.

RESUMEN

En esta investigación se estudian dos discursos que buscan intervenir el cuerpo del hermafrodita: el *paradigma médico dominante*, que desde la década de los cincuentas sostiene que el hermafrodita está enfermo y debe ser intervenido quirúrgicamente; y otro, más reciente: la *jurisprudencia* de la Corte Constitucional colombiana, que ha decidido sobre los problemas éticos, y por supuesto jurídicos, que implica intervenir a menores hermafroditas sin su consentimiento. Se hace un análisis detallado de todas las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, utilizando la metodología que se ha llamado "de la oveja negra". Y se llega a la conclusión de que en la decisión del juez, el componente subjetivo es determinante. Esta conclusión se puede explicar echando mano de una de las tesis centrales del Realismo Jurídico norteamericano: "de las muchas cosas que se han dicho sobre los misterios de la función judicial, la más destacable es que la decisión es tomada después de una experiencia emotiva en la que los principios y la lógica juegan un papel secundario"⁴.

PALABRAS-CLAVE: Hermafroditismo; Sentencia Judicial; Derecho Constitucional.

RESUMO

Nesta investigação estudam-se dois discursos que procuram intervir o corpo do hermafrodita: o paradigma médico dominante, que desde a década dos cinquenta da por certo que o hermafrodita está enfermo e deve ser intervindo cirurgicamente; e outro mais recente: a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, que tem decidido a cerca de os problemas éticos, e certamente jurídicos, que implicam intervir aos menores hermafroditos sem o consentimento deles. Faz-se uma análise detalhado de todas as sentencias proferidas por a Corte Constitucional utilizando a metodologia designada "de a ovelha preta" e chega-se à conclusão de que na decisão do juiz, o componente subjetivo é determinante. Esta conclusão pode-se explicar lançando mão de uma das teses centrais do Realismo Jurídico norte-americano: "das muitas coisas que se tem dito sobre os mistérios da função judicial, a mais destacável e que a decisão é tomada depois duma experiência emotiva na que os princípios e a lógica jogam um papel secundário"

PALAVRAS-CHAVE: Hermafroditismo; Sentença Judicial; Direito Constitucional.

⁴ FRANK, Jerome (1935). *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company. p. 149. Traducción libre al español.

INTRODUCCIÓN

Desde 1999, la Corte Constitucional colombiana ha proferido 7 sentencias⁵ en las que ha decidido sobre la posibilidad de intervenir a menores hermafroditas, quirúrgica y hormonalmente, sin su consentimiento. En una providencia anterior, la T-551 de 1995⁶, en el caso de un menor que había perdido accidentalmente sus genitales, la Corte había decidido que la *identidad sexual* sólo podría ser alterada mediante procedimientos quirúrgicos y hormonales, si existía una decisión exclusivamente individual. Ni los padres ni los médicos podrían decidir por el menor. Sin embargo, en la Sentencia SU-337 de 1999, la Corte analizó detalladamente el caso de una menor hermafrodita, de 8 años, cuya madre solicitaba que fuera operada para corregir su anatomía masculinizada y decidió, que tratándose de niños hermafroditas, los padres sí podrían consentir por ellos este tipo de intervenciones, siempre que los menores no tuvieran más de 5 años. Más adelante veremos las razones que expuso la Corte Constitucional para permitir el consentimiento paterno en estos casos y para definir la edad de los 5 años como el umbral que hace que los padres pierdan la capacidad de consentir por sus hijos. Después de esta providencia se han proferido seis más, siendo la última la T-912 de 2008.

Este conjunto de sentencias es digno de análisis, en primer lugar, porque demuestra cómo a los derechos fundamentales (*identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad, salud y autonomía*) la Corte no les asigna un contenido uniforme, ni siquiera en un mismo "escenario decisional"⁷ (el de los casos en que

⁵ SU-337 de 1999, T-692 de 1999, T-551 de 1999, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003 y T-912 de 2008.

⁶ Se trató del caso de un niño de 6 meses que perdió accidentalmente sus genitales y fue intervenido, sin su consentimiento, quirúrgica y hormonalmente por médicos del hospital San Vicente de Paul, en Medellín, quienes lo convirtieron en mujer para experimentar un novedoso tratamiento, aprovechando el escaso nivel educativo de los padres. Al llegar a la pubertad el menor, convertido en mujer, se seguía sintiendo hombre, por tanto solicitó la asistencia del personero de la ciudad para demandar en acción de tutela la restitución de su identidad sexual masculina, la Corte accedió.

⁷ López Medina utiliza la expresión "*escenario constitucional*" para referirse al conjunto de casos, con similitudes fácticas, que son decididos por la Corte Constitucional dando lugar a la aplicación de la misma subregla jurisprudencial; cfr. LÓPEZ MEDINA, D. E., El derecho de los jueces. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2006, pp. 147-155. En este artículo prefiero usar la expresión "*escenario decisional*" porque hace énfasis en que existe una *decisión judicial* de por medio y además, insinúa más directamente la idea de que el juez dispone de una importante *dosis de*

decide sobre la posibilidad de intervenir, o no, a los niños hermafroditas sin su consentimiento). En segundo lugar esta línea jurisprudencial permite estudiar cómo la Corte Constitucional utiliza el discurso médico, de manera más o menos flexible, para dar contenido a los derechos fundamentales en juego (*identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad, salud y autonomía*). Y en tercer lugar, sirve de termómetro para saber qué tan determinante es el componente subjetivo (lo que Enrique Haba llama, sin muchos tapujos, la cabeza del juez⁸) en la decisión judicial; o lo que es lo mismo, hasta qué punto un juez primero decide, en su cabeza, el fallo, y después echa mano de todo el material que tiene disponible para justificar esa decisión.

Este artículo se divide en dos partes: en la primera se hará una breve descripción del surgimiento del hermafrodita moderno (el hermafroditismo como condición patológica); en la segunda se hará una narración de la línea jurisprudencial elaborada por la Corte Constitucional desde 1999 hasta 2008.

Para lograr este último objetivo se diseñó la metodología de análisis que se denominó "*de la oveja negra*". Esta metodología estudia las variaciones que pretende introducir a la línea jurisprudencial, la sentencia más diferente del grupo, o en otras palabras, pretende responder a la pregunta: ¿Qué tanto varían, con esa sentencia, la *ratio decidendi*⁹, el *contenido de los derechos fundamentales discutidos*, y la *decisión final*? Al final se concluye que la Sentencia T-1025 de 2002, además de ser "*la oveja negra del rebaño*", utiliza una estrategia ilegítima para dar un giro jurisprudencial: la falta de

discrecionalidad para decidir. Para profundizar en el debate actual sobre la discrecionalidad judicial y el rol de los tribunales constitucionales en los sistemas jurídicos contemporáneos, cfr. GARCÍA AMADO, J. (2006) ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría*. 35. 151-172.

⁸ HABA Enrique. Del subjetivismo en la decisión judicial (la cabeza del juez). Realismo jurídico como opción frente a los ilusionismos normativistas. Trabajo presentado en el Ciclo Internacional *Administración de Justicia. Retos y perspectivas*. Instituto Nacional de Ciencias Penales – Poder Judicial del Estado de Puebla. Diciembre de 2003, México.

⁹ En el presente texto se entiende la *ratio decidendi* como el conjunto de argumentos y razones utilizados por el juez para decidir, los cuales están consignados en la parte motiva de la sentencia y guardan una estrecha relación con los hechos del caso. Para ver una interesante revisión de la evolución del concepto *ratio decidendi* en el mundo angloamericano y en Colombia Cfr. LÓPEZ MEDINA, D. E. Op. Cit. pp. 230-264.

transparencia¹⁰, o en otras palabras, hace una reconstrucción amañada del precedente vinculante: la Sentencia SU-337 de 1999, ya que, aunque afirma aplicarla, adscribe un contenido distinto a los derechos fundamentales discutidos (*identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad y autonomía*), crea nuevas nociones y replantea, sin sustento científico nuevo, el debate médico de fondo sobre las intervenciones quirúrgicas y hormonales a los menores hermafroditas.

Se estudian, finalmente, dos reconstrucciones, hechas recientemente en otras investigaciones¹¹, de esta misma línea jurisprudencial. Y se concluye que es necesario revisar los resultados de ambas, ya que no dan una idea adecuada del conjunto.

1. LA CONSTRUCCIÓN DEL HERMAFRODITA MODERNO O DE CÓMO SE CONSTRUYEN PATOLOGÍAS ESTADÍSTICAMENTE¹²

Ubiquémonos mentalmente en el año 1601, en la ciudad de Piedra, localizada en lo que hoy es Italia. En el cuartel del poblado un soldado da a luz a un niño. Lo curioso es que la madre no era un soldado-mujer, el regimiento no las aceptaba entre sus filas. Quien da a luz es el soldado *Daniel Burghammer*, bautizado como hombre y herrero del ejército por siete años.

El capitán del regimiento, asombrado, acude ante las autoridades eclesiásticas, quienes deciden bautizar a la niña y ponerle el nombre de Elizabeth. *Daniel* confesó que era mitad varón, mitad mujer y que el padre de la criatura era un soldado español. Tras destetar a la niña (*Daniel* la amamantó con sus pechos) varias ciudades italianas se pelearon por la adopción: *Daniel* no podría criarla

¹⁰ LOPEZ MEDINA enumera tres estrategias ilegítimas de interpretación de precedentes: “la negación”, “la ignorancia” y “la desobediencia”. En el presente texto incluyo una nueva categoría que comprende otro evento de interpretación ilegítima: la “*falta de transparencia*”, que consistiría en la reconstrucción amañada del precedente vinculante, el cual se dice respetar. Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2006. pp. 206-213.

¹¹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2006. pp. 112-115; y, VELÁSQUEZ ACEVEDO. C., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P. SARMIENTO ECHEVERRI. Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia –el caso del hermafroditismo-. En: *Estudios de Derecho*. Medellín, No. 144, 2007. pp. 218-233.

¹² Los orígenes del hermafroditismo como patología fueron consultados en: FAUSTO STERLING, Anne Cuerpos sexuados. Barcelona: Editorial Melusina, 2006.

como era debido, era “necesario” que Elizabeth creciera en el seno de una familia.

En otra parte de Europa, en exactamente el mismo año, un evento similar precipitaría otro tipo de reacciones. Se trató del caso de otro hermafrodita, *Marie*, quien había vivido por veintiún años como mujer en una provincia francesa y a esa edad decidió vestirse de hombre, ir al registro civil y casarse con una dama con la que tenía una relación íntima, hasta ese momento secreta. Con todo y sus atuendos masculinos, *Marie* fue arrestada y enjuiciada. Se le acusó de sodomía y travestismo y fue puesta en libertad con la condición de que vistiera como mujer hasta los veinticinco años; la condena fue relativamente laxa si se tiene en cuenta que la pena que se discutió en un principio era la muerte en la hoguera.

El caso de *Marie* y de *Daniel*, ocurridos en el mismo año, 1601, suscitaron reacciones distintas. La Iglesia intervino en defensa de la niña y de la institución del matrimonio en el caso italiano. La ley penal lo hizo en nombre del orden social y la moral pública en el caso francés. ¡Mucho está en juego! Al hermafrodita se le veía como fraudulento, o al menos proclive al engaño. Desafiaba un sistema social y político que se erigía con base en la separación de los roles de ambos sexos. Instituciones como el matrimonio y el derecho al voto se fundaron por mucho tiempo en esa diferenciación. El sistema social hacía imperativo que el hermafrodita escogiera; que se decidiera ser hombre o mujer. Una sola de las alternativas y que fuera definitiva. Quizá era una cuestión de la naturaleza su anatomía entremezclada, pero lo que no podía ser tolerado era que no respetara su escogencia primera y que intercambiara entre uno y otro rol caprichosamente¹³.

Sólo a finales del siglo XVIII y principios del XIX la biología reclamó la autoridad sobre los cuerpos ambiguos, tanto como para desplazar los otros dispositivos que intervenían. “Los científicos decimonónicos adquirieron una percepción clara de los aspectos estadísticos de la variación natural, pero este conocimiento trajo

¹³ FOUCAULT, Michelle. “El sexo verdadero”, prólogo de: Herculine Barbin, llamada Alexina B., Madrid: Ed. Revolución, 1985.

consigo la autoridad para declarar que ciertos cuerpos eran anormales y requerían una corrección”¹⁴. Se dejó de lado la idea de que los cuerpos ambiguos eran proclives al engaño y la ciencia dictaminó que se traba de anatomías enfermas y susceptibles de ser corregidas.

El biólogo Isidoro Geoffroy Saint-Hilaire fundó una nueva ciencia llamada teratología que se ocupó del estudio y la clasificación de los nacimientos inusuales y tomando sus datos estadísticos proclamó que los hermafroditas eran consecuencia de un desarrollo anormal. El hermafrodita moderno es sacado a la luz pública por la Ciencia. Y al tiempo se cataloga su condición como patológica. Se dictamina que se trata de un cuerpo enfermo, pero gracias a la medicina “curable”.

En la década de los cincuentas, en el siglo XX, con la ayuda de los nuevos avances en los procesos quirúrgicos y el desarrollo de la endocrinología se comenzaron a corregir los errores de la naturaleza; para que los niños se desarrollen “normalmente” un staff de expertos les asignan un sexo. El niño hermafrodita es identificado rápidamente y con la misma rapidez que es encontrada, su anatomía caprichosa es intervenida.

La comunidad médica mayoritaria ha concluido que la ambigüedad genital es una dolencia médica, que requiere de un tratamiento urgente: la intervención quirúrgica y hormonal, por razones sicosociales. Aunque más adelante veremos los argumentos que exponen quienes se oponen a este tipo de intervenciones, revisemos, antes que nada, los argumentos de quiénes están a favor de ellas:

“Muy esquemáticamente, las bases conceptuales de ese paradigma son las siguientes: en nuestras sociedades, basadas en la idea de que **biológicamente existen sólo dos sexos**, para los padres resulta traumático y frustrante tener un infante, al cual no puedan llamar ni niño, ni niña, lo cual puede provocar un rechazo parental al recién nacido, que es grave para su desarrollo psicológico y afectivo. De otro lado, para el propio menor, la indefinición en cuanto a su identidad sexual y de género, muy seguramente le provocará en el futuro

¹⁴ Ibidem.

problemas psicológicos graves de adaptación a su entorno. Además, la apariencia "extraña" de sus genitales puede generar al niño o al adolescente rechazos y burlas, a veces muy crueles, de parte de sus compañeros, lo cual tiene también efectos psicológicos traumáticos. Por ende, conforme a este razonamiento, resulta necesario asignar lo más rápidamente posible un sexo definido al menor, no sólo para tranquilizar a los padres, a fin de que éstos puedan brindar a su hijo el amor y el apoyo que le son necesarios, sino también para asegurar al infante una identidad de género sólida, que le permita desarrollarse psicológicamente en forma adecuada y saludable. Por ello, como lo señalan algunos autores, la ambigüedad genital es una urgencia médica, pero no debido a dolencias o a amenazas a la vida o a la salud física, sino por razones sicosociales"¹⁵.

Surgió así el hermafrodita moderno, blanco de intervenciones. El discurso médico y la posibilidad de remodelar tejidos humanos han dado herramientas a los profesionales de la medicina para embarcarse en la empresa de "ir en búsqueda del sexo verdadero" de los niños hermafroditas. Pasemos ahora al segundo ingrediente de esta mezcla.

2. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE HERMAFRODITISMO: SIETE OVEJAS CUATRO PASTORES

La Corte Constitucional ha proferido 7 sentencias en las que definió si era posible que los padres decidieran por sus hijos hermafroditas, o no, la realización de intervenciones quirúrgicas y hormonales de alteración de sexo. Antes de entrar a estudiar las peculiaridades de este rebaño de sentencias (más adelante explicaré por qué utilizo la expresión rebaño) algunas anotaciones:

La Corte Constitucional ha proferido 7 sentencias sobre el tema objeto de estudio. Hasta ahora se ha hablado indistintamente de "sentencias de la Corte Constitucional". Es el momento de empezar a plantear estas consideraciones no pensando en función de un organismo colegiado sino teniendo en mente a quiénes profirieron estas sentencias: jueces, personas de carne y hueso. No hacerlo nos llevaría a pensar en la Corte Constitucional como una institución con

¹⁵ Esta excelente explicación del paradigma médico dominante se encuentra en la Sentencia SU-337 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Párrafo 36. Negritas por fuera del texto original.

voluntad propia y ello es inapropiado e incorrecto: la Corte es una abstracción. Pensemos más bien en los magistrados ponentes que redactaron esas sentencias: Alejandro Martínez Caballero, Carlos Gaviria Díaz, Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

El magistrado Alejandro Martínez Caballero es el pastor de tres de ellas (SU-337 de 1999, T-551 de 1999 y T-1390 de 2000), el magistrado Carlos Gaviria Díaz de una (T-692 de 1999) el magistrado Rodrigo Escobar Gil también sólo de una (T-1025 de 2002) y el magistrado Jaime Córdoba Triviño de dos (T-1021 de 2003 y T-912 de 2008).

Se ha utilizado la metáfora de las ovejas como síntoma de obediencia, por eso se habla del conjunto como rebaño. En Colombia existe un sistema de precedente jurisprudencial relativo; si un magistrado de la Corte Constitucional va a fallar un caso x, debe revisar la jurisprudencia vigente para ese tipo de casos. De existir un precedente vinculante (por tratarse de un caso análogo), el magistrado tiene la obligación "*prima facie*" de respetarlo y decidir el caso que tiene en su despacho de la misma manera como fue decidido el anterior¹⁶.

Cada sentencia es una oveja que hace parte de un sistema de disciplina jurisprudencial. Se habla de ovejas porque son animales que son fácilmente orientables y que generalmente imitan lo que otras ovejas hacen (guiadas siempre por un pastor, por supuesto). Las sentencias de la Corte Constitucional formarían rebaños. Distintos rebaños, según la naturaleza de los casos decididos. No estamos hablando de gatos salvajes que andan solitarios por el monte; todo lo contrario, se trata de animales gregarios que obedecen órdenes humanas y que tienden a formar grupos. Existe una disciplina jurisprudencial, o al menos hay una fuerte tendencia a que exista.

¹⁶ Para comprender el valor que se ha asignado a la jurisprudencia en Colombia, recomiendo la lectura de la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional y el texto "El derecho de los Jueces" de LÓPEZ MEDINA, D. E. Op. Cit.

Hechas estas aclaraciones, estudiaremos el rebaño de sentencias que ha sido presentado en dos estudios anteriores como una línea jurisprudencial uniforme¹⁷. Ya tendremos tiempo de mirar qué tan uniforme es.

2.1 La oveja negra: explicación metodológica

López Medina creó una interesante metodología para el análisis de líneas jurisprudenciales¹⁸, dicha metodología constituye un gran esfuerzo por racionalizar el entendimiento del derecho jurisprudencial en Colombia, un país que tradicionalmente y hasta hace poco había tratado a la jurisprudencia como un criterio auxiliar de interpretación. Para utilizar la metodología de López el investigador tendría que tomar providencias que tuvieran una estrecha relación de semejanza en los hechos. Y tras hacerlo, formularía una pregunta, sólo posible de responder en términos bipolares¹⁹. Una vez analizadas las providencias se construiría un relato o una gráfica que daría cuenta de la respuesta que cada sentencia da a dicha pregunta. Así se tendría una muy buena imagen del conjunto.

La metodología de López Medina fue utilizada como la *metodología base* en esta investigación; todas las sentencias, seleccionadas para la elaboración de este artículo, decidieron si era posible que los padres consintieran, o no, en nombre de sus hijos, intervenciones quirúrgicas y hormonales que alterarían su condición de hermafroditas.

A continuación se hará un relato detallado de dicha línea jurisprudencial. Por el especial énfasis que se hará en el análisis de la sentencia más diferente del conjunto, he bautizado la metodología de reconstrucción jurisprudencial, utilizada

¹⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2006. pp. 112-115; y, VELÁSQUEZ ACEVEDO. C., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P. SARMIENTO ECHEVERRI I. Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia –el caso del hermafroditismo-. *En: Estudios de Derecho*. Medellín, No. 144, 2007. pp. 218-233.

¹⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Ibidem*. Capítulos 5 y 6.

¹⁹ Preguntas como las siguientes podrían ser formuladas: ¿Acepta la Corte Constitucional colombiana la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio? ¿Ordena la Corte la realización de tratamientos médicos, a personas enfermas, aunque estén por fuera del Plan Obligatorio de Salud? Ambas preguntas sólo podrían ser respondidas con un *sí* o un *no*.

en este artículo, como "*metodología de la oveja negra*". Más adelante el lector se dará cuenta de por qué sostengo que la Sentencia T-1025 de 2002 es, precisamente, la oveja negra del rebaño.

En desarrollo de esta metodología se pondrá un especial cuidado al sentido de la decisión, los argumentos que la soportan, y en especial, al contenido que las providencias asignan a los derechos fundamentales discutidos (*identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad, salud y autonomía*).

2.2 Sentencia T-477 de 1995: el antecedente. *La identidad sexual hace parte del núcleo esencial de cada quien, inaccesible para los demás. Nadie puede consentir por otro una readecuación de sexo*

En el año 1995 la Corte tuvo que conocer del caso de un niño de 6 meses de edad que sufrió una emasculación accidental (cercenamiento de pene y testículos). Sus padres, analfabetas, lo llevaron al Hospital San Vicente de Paúl en Medellín y los médicos que lo atendieron decidieron "transformarlo en mujer"²⁰.

Aunque sus genitales externos fueron remodelados y el niño (transformado en niña) fue puesto a vivir en un albergue de monjas con otras mujeres, la intervención falló, la medicina fue incapaz de escribir en su conciencia una identidad sexual de mujer: al niño le gustaba el fútbol, orinaba de pie y le atraían las mujeres. Ya siendo adolescente interpuso una acción de tutela para que su identidad sexual masculina le fuera devuelta.

En este caso, la Corte Constitucional fijó una subregla jurisprudencial, según la cual, sólo el propio individuo podría tomar la decisión de alterar su sexualidad a través de **un consentimiento informado autónomo** (ni padres ni médicos podrían decidir por él)²¹.

²⁰ La sentencia no se ocupa de un caso de ambigüedad genital o de hermafroditismo, sin embargo, se trata del primer evento en el que la Corte tuvo que pronunciarse sobre la posibilidad de que padres y médicos decidieran alterar la sexualidad de un menor. En la providencia SU-337 de 1999, primera que se refiere al debate ético y constitucional sobre el hermafroditismo, se cita este caso repetitivamente con el fin de redefinir los contornos y el alcance del "derecho a la identidad sexual".

²¹ Sostuvo el magistrado ponente, Alejandro Martínez Caballero: "En el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o

Podría pensarse que esta subregla jurisprudencial sería aplicada a las intervenciones quirúrgicas y hormonales sobre niños hermafroditas. Sin embargo, no fue así.

2.3 Sentencia SU-337 de 1999: una menor hermafrodita²² de 8 años

En una extensa sentencia, también con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, la Corte tuvo que decidir si era posible que la madre de una menor de ocho años consintiera, siguiendo las recomendaciones de un grupo de especialistas, una cirugía de readecuación de genitales a su hija. A la niña, en un examen pediátrico rutinario, se le diagnosticaron “genitales ambiguos”, su clítoris medía tres centímetros y los labios mayores tenían pliegues parecidos a los de un escroto. Tras hacerle una ecografía abdominal y revisar su conformación genética, se determinó que “padecía” de pseudo hermafroditismo masculino; la menor tenía sexo gonadal (testículos) y genético (cariotipo 46 XY) masculinos, pero sus genitales externos eran ambiguos y había sido educada como niña.

La Corte Constitucional, antes de decidir el caso concreto, se hizo una pregunta mucho más amplia: ¿Para proteger la salud de los menores, y en general sus intereses, los padres pueden tomar decisiones médicas, incluso en contra de su voluntad?

Esta pregunta, según la Corte, ha de resolverse, caso por caso, teniendo en cuenta tres criterios: (i) la urgencia e importancia misma del tratamiento (ii) los riesgos y la intensidad del impacto del mismo sobre la autonomía actual y futura del niño y (iii) la edad del paciente. Los tres constituirían criterios decisionales que son utilizados por la Corte sin definir, *a priori*, un valor relativo entre ellos.

esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la **identidad** de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo” Sentencia T-477 de 1995. Párrafo 13.1

²² En este artículo no se distingue entre las expresiones “estado intersexual”, “hermafroditismo” y “ambigüedad genital”, aunque se trata de fenómenos distintos, la jurisprudencia constitucional colombiana les da un trato equivalente. Para una diferenciación rigurosa de los mismos Cfr. VELÁSQUEZ ACEVEDO. C., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P. SARMIENTO ECHEVERRI I. Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia –el caso del hermafroditismo-. En: *Estudios de Derecho*. Medellín, No. 144, 2007. pp. 218.

Utilizando los tres criterios, en algunos casos se privilegiará el *consentimiento autónomo* del menor, en otros, el *consentimiento sustituto paterno*²³.

La Corte utilizó estos tres criterios para decidir el caso de la menor con ambigüedad genital. Lógicamente para saber sobre la urgencia, importancia, riesgos e impacto de las intervenciones médicas y hormonales, y así poderle dar contenido a los tres criterios, la Corte Constitucional tuvo que estudiar el discurso de los médicos especialistas y encontró el siguiente panorama:

2.4 El discurso médico: dos respuestas posibles frente a las intervenciones quirúrgicas y hormonales a menores hermafroditas -del paradigma médico dominante y sus críticos

Mediante auto del 21 de mayo de 1997 se le asignó a la sala séptima de revisión el examen de este caso. Es curioso que la sentencia SU-331 de 1999 haya sido proferida el 12 de mayo de 1999 ¡dos años después! Pero hay una razón: para emitir dicha providencia, el magistrado Martínez Caballero hizo un detallado estudio del debate médico que existe respecto de las intervenciones quirúrgicas y hormonales a los menores hermafroditas. Revisó la literatura reciente sobre el

²³ Por ejemplo, en la Sentencia T-474 de 1996, la Corte autorizó que el padre de un menor, al que le faltaban pocos meses para llegar a la mayoría de edad, lo obligara, en el marco de una quimioterapia, a recibir una transfusión de sangre a la que se resistía por convicciones religiosas. En este caso, la Corte dio un mayor peso a la urgencia e importancia del tratamiento para salvar la vida del joven que a la libertad de culto y la avanzada autonomía del menor que estaba próximo a cumplir los 18 años. Piénsese en el hecho de que los tres criterios podrían ser utilizados para tomar la decisión opuesta, que privilegie el consentimiento autónomo del menor; ¿si el magistrado ponente fuera Testigos de Jehová, qué hubiese decidido, utilizando exactamente los mismos tres criterios? Tal vez hubiera permitido, si sus dos compañeros de sala no se oponen, que el menor se negara a recibir la transfusión, aunque ello implicara su muerte.

Estos comentarios son hechos para resaltar lo determinante del componente subjetivo en la decisión de este tipo de casos. Un juez constitucional dispone de material normativo lo suficientemente vago como para justificar, en muchas ocasiones, la decisión que desee. Valores, principios y derechos fundamentales, además de otros criterios genéricos de creación jurisprudencial (como los enunciados para determinar cuándo los menores deben consentir una intervención, o cuando sus padres lo pueden hacer por ellos) permiten amplios márgenes de maniobrabilidad y de discrecionalidad judicial. De ahí que sea importante (aunque complicado) procurar la reconstrucción *del contexto de descubrimiento*, esto es, el procedimiento mediante el cual el juez llega a establecer una determinada premisa o conclusión (en él influyen móviles psicológicos, la ideología y el contexto social del juez, entre otros factores). Y también es útil estudiar el *contexto de justificación*, mediante el cual el juez se esfuerza por exponer razonablemente los argumentos que sustentan dicha premisa o conclusión. Para ver la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, cfr. ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. pp. 22-25.

tema, y también recibió el concepto de numerosos especialistas y académicos nacionales e internacionales²⁴.

Tras efectuar esa extensa revisión, la Corte²⁵ hizo el siguiente hallazgo: existe un *paradigma médico dominante*, que aunque continúa siendo masivamente aplicado, ha recibido fuertes críticas en los últimos años.

Para el paradigma médico dominante las intervenciones quirúrgicas y hormonales en los menores son necesarias y urgentes. El niño hermafrodita, una vez identificado, debe ser intervenido cuanto antes, de no hacerlo, es muy probable que sufra graves problemas psicológicos como consecuencia de su indefinición sexual. Además podría ser ridiculizado y hasta excluido del entorno social al que pertenece, compuesto exclusivamente por hombres y mujeres. Sus padres también podrían verse profundamente afectados y tal vez rechacen al menor. Por consideraciones psicosociales la intervención quirúrgica y hormonal es necesaria para que el niño desarrolle una conciencia de género sana. En

²⁴ Entre ellos, pidió su concepto al médico tratante de la menor, a la Academia Nacional de Medicina y a las facultades de medicina de las universidades Nacional, del Rosario y de la Javeriana, en Colombia. También a la Sociedad Colombiana de Psicología, a la Sociedad Colombiana de Psiquiatría, a la Sociedad Colombiana de Urología y a los departamentos de psicología de la Universidad Nacional, de la Universidad de los Andes y de la Universidad Javeriana. Obtuvo igualmente informes sobre los tratamientos médicos adelantados en Estados Unidos y Alemania, gracias a la información suministrada por el doctor Heino Meyer Bahlburg, profesor de psicología clínica del programa de desarrollo sicoendocrinológico de la Universidad de Columbia de los Estados Unidos, así como del doctor Firedemann Pfaffin de la Universidad de Ulm en Alemania. Al expediente se incorporaron documentos obtenidos gracias a la comunicación adelantada con una asociación llamada ISNA (Intersex Society of North America), la cual agrupa en Norteamérica a decenas de intersexuales o personas con ambigüedad sexual, que fueron objeto de los tratamientos recomendados por la comunidad científica y sienten que fueron mutiladas. Finalmente, se expusieron en la sentencia las posiciones de Cheryl Chase, directora de ISNA; Alice Dromurat Dreger profesora en ética e historia de la Universidad de Michigan; Justine Schoberg, pediatra uróloga del "Hamot Medical Center" en Pennsylvania, EU; Milton Diamond y Keith Sigmundon, doctores e investigadores de la Universidad de Hawaii; y, Garry Warne, director del Centro de Investigación Hormonal del "Royal Children's Hospital" de Australia.

²⁵ Me refiero a la "Corte", porque finalmente la Sentencia fue votada de manera unánime por los 9 magistrados que la componían. Aquí vale la pena hacer un pequeño comentario sobre el derecho colombiano. Las sentencias SU son utilizadas por la Corte Constitucional, generalmente, para decidir tutelas en las que desea unificar su jurisprudencia, por ejemplo, porque existen diferentes opiniones, sobre casos similares, entre las distintas salas que la componen; o, como ocurre en este caso, la Corte utiliza las sentencias SU, para fijar una posición unánime en un asunto sometido a su conocimiento por primera vez. Este tipo de sentencias tienen un valor adicional en el sistema de precedentes porque son votadas no por tres magistrados, como ocurre ordinariamente en las tutelas, sino por los nueve que integran el tribunal.

aplicación del principio de beneficencia²⁶ (y buscando la *salud* del menor), los padres podrían otorgar un consentimiento sustituto por su hijo. No tendría sentido esperar a que él decida por sí mismo, hacerlo implicaría condenarlo a no tener una identidad sexual, a ser discriminado y excluido.

Sin embargo, no existe un acuerdo unánime frente a este tipo de procedimientos. Según la misma Corte Constitucional, existen importantes cuestionamientos al paradigma médico dominante que invitan, por el contrario, a que sea el propio menor quien de un consentimiento informado autónomo²⁷:

En primer lugar, hay numerosos trabajos académicos y testimonios directos de hermafroditas, que evidencian que personas que no fueron sometidas a este tipo de tratamientos están satisfechas con su condición. Es más, sienten que escaparon de una mutilación genital²⁸.

En segundo lugar, no existen evidencias convincentes que demuestren los beneficios a largo plazo de esos tratamientos. Y tampoco hay evidencia sistemática de la recuperación de los tejidos intervenidos y la conservación de la sensibilidad genital. La falta de necesidad comprobada de esas intervenciones invita a pensar que se encuentran en "fase experimental".

En tercer lugar, muchos de los manejos de los estados intersexuales se basan en la teoría de Money, que sostiene que los seres humanos son neutros psicosexualmente hasta los 18 meses y por tanto una asignación de género temprana sería exitosa. Esta teoría ha sido profundamente revaluada; "así, empíricamente, la refutación más contundente parece provenir del que había

²⁶ "Desde el juramento de Hipócrates, los médicos orientan su práctica por el llamado *principio de beneficencia* (sic), en su doble dimensión: es deber de estos profesionales contribuir positivamente al bienestar del paciente (principio de benevolencia), o al menos abstenerse de causarle cualquier daño físico o síquico (principio de no maleficencia o *primum non nocere*)". Sentencia SU-337 de 1999. Párrafo 7..

²⁷ Las críticas al paradigma médico dominante se encuentran en la sentencia SU-337 de 1999. Párrafos 45-56.

²⁸ Recomiendo visitar el sitio oficial de la "Sociedad de Intersexuales de Norteamérica" -*Intersex Society of North America*- fundado por la activista de los hermafroditas: Cheryl Chase. Allí se encuentra muchísimo material académico y testimonios de intersexuales no intervenidos que tienen una vida afectiva envidiable. <http://www.isna.org/>

sido considerado el mayor éxito para Money y su teoría: el caso "John Joan", " Un niño, que al sufrir una emasculación (cercenamiento de pene y testículos), es convertido en niña por el equipo de Money. "En efecto, Milton Diamond y Keith Sigmund contactaron a ese paciente y mostraron que éste nunca estuvo realmente satisfecho con la asignación del género femenino, y que en particular, al inicio de la pubertad, se negó a recibir las hormonas femeninas que le harían crecer los senos; igualmente rechazó cualquier intervención quirúrgica destinada a crearle una vagina. Posteriormente, después del examen anual en 1978 por el equipo de Money en el hospital John Hopkins, el paciente amenazó a sus padres con suicidarse si le obligaban nuevamente a retornar a ese centro médico, y manifestó que él era en realidad un hombre. Joan decidió entonces que quería ser John, frente a lo cual, sus padres, siguiendo el consejo de un siquiatra que atendía al adolescente, optaron por contarle todo lo que había sucedido. Para John, esta información equivalió a una verdadera revelación, pues comenzó a entender qué era lo que le había estado sucediendo. Decidió entonces recibir andrógenos y que le practicasen una operación para modelar masculinamente sus genitales y su apariencia. Actualmente John vive como hombre, se ha casado y es padre de un niño adoptado"²⁹.

Sostienen los críticos, en cuarto lugar, que las cirugías son irreversibles y en muchos casos han tenido un impacto negativo a nivel reproductivo y sensitivo, además del carácter agobiante de los procedimientos -numerosas inspecciones genitales por equipos médicos, que en el mejor de los casos generan sentimientos de vergüenza-.

Finalmente se critica el ambiente de secreto que rodea este tipo de intervenciones que puede llegar a ser muy traumático para los niños.

Quienes critican el paradigma médico dominante proponen un protocolo alternativo para tratar a los menores hermafroditas. Lógicamente, la sociedad occidental se ha estructurado sobre la base de la diferencia de sexos, al niño le debe ser asignado uno, el que más probablemente adoptará al llegar a la pubertad; adicionalmente, a los padres se les debe dar información precisa sobre

²⁹ Sentencia SU 337 de 1999. Párrafo 48.

la condición del menor y brindarles apoyo psicológico inmediato; cualquier tipo de intervención cosmética, esto es, que no sea necesaria para proteger la salud física o la vida del menor debe ser postergada hasta la pubertad, a fin de que el menor pueda consentirla; por otra parte, los padres deben estar conscientes de que se trata de un niño especial que puede desarrollar tendencias sexuales distintas a las de otros niños; en la medida en que el niño crezca también se le debe ir “revelando” toda la información sobre su estado; y, finalmente, es recomendable, tanto para los padres como para el menor, ponerse en contacto con redes de hermafroditas o padres de éstos para que puedan compartir experiencias.

¿Ante tal estado del debate médico, y dando aplicación a los tres criterios, qué decidió la Corte; procedería el consentimiento paterno sustituto para adelantar este tipo de intervenciones, o debe darse el consentimiento autónomo del menor?

2.5 La subregla jurisprudencial de la Sentencia SU-337 de 1999: entre el consentimiento sustituto y el consentimiento autónomo

En la sentencia SU-337 de 1999, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, se decidió que, en el caso concreto, debía preferirse el consentimiento autónomo de la menor de 8 años. Un grupo interdisciplinario debería crearse para determinar cuándo la niña había desarrollado la autonomía suficiente para decidir, por sí misma, sobre su condición (sin necesidad de esperar que cumpliera la mayoría de edad, por supuesto).

Según la Corte había tres razones de peso, para ello: en primer lugar, la *urgencia* y la *necesidad* misma del tratamiento se ven cuestionadas, en este caso. Para el paradigma médico dominante las intervenciones quirúrgicas y hormonales deben hacerse antes de que el niño adquiera una conciencia de su cuerpo (la cual se forma aproximadamente a los 5 años), para que el sexo asignado concuerde con la percepción que el niño desarrollará de sí mismo. Para la fecha de la providencia la menor ya había cumplido los 8 años³⁰, por ello era

³⁰ Debe tenerse en cuenta que la vida de la menor no estaba comprometida. Hay algunas formas de hermafroditismo que sí ponen en riesgo la integridad física y hasta probablemente la vida de los menores. Por ejemplo, algunos casos de hiperplasia suprarrenal congénita pueden ocasionar

mejor esperar que al llegar a la pubertad la menor decidiera autónomamente (ya con una mayor conciencia de género y de su propio deseo) si quería ser hombre, mujer o continuar siendo hermafrodita. En segundo lugar, una cirugía de este tipo, si no es adecuadamente explicada, puede ser percibida por el infante como una agresión, un maltrato o un castigo; a los 8 años el tratamiento no podría “beneficiarse” de la etapa amnésica infantil, y por el contrario, existe el *riesgo* de que la menor se convenza de que algo en sí misma anda mal. Y finalmente, a esta *edad* el niño ya ha desarrollado un nivel de autonomía tal que hace que el consentimiento paterno sustituto pierda legitimidad, en cambio, se debe potencializar al máximo la autonomía del menor; lo mejor es esperar a que sea lo suficientemente consciente de sí para decidir sobre su propio cuerpo.

En el caso de los niños mayores de 5 años³¹ la urgencia del tratamiento se pone seriamente en duda, y además, la avanzada edad de los menores invita más bien a potencializar su autonomía.

¿Y qué ocurriría en el evento de que se tratara de un niño de menos de 5 años? Según el magistrado, ordenar que en ningún caso se adelantara la intervención implicaría someter a las familias a una suerte de experimentación social con efectos totalmente imprevistos. Teniendo en cuenta el estado actual del debate, el Magistrado ponente utiliza un principio que denomina “*in dubio pro familia*”, es decir, cuando frente a un tratamiento médico, como éste, existen diversos cursos

deshidrataciones severas. En estos eventos no tiene ningún sentido posponer las intervenciones quirúrgicas y hormonales que permitan eliminar los riesgos. La urgencia invita a actuar inmediatamente. El debate médico de fondo se da es en los casos en los que ni la integridad física ni la vida de los menores está comprometida.

³¹ Aquí hay que hacer un par de anotaciones: en la Sentencia SU-337 de 1999 se dijo lo siguiente: “88- Una obvia pregunta surge: ¿a qué edad se puede presumir que han ocurrido los cambios psicológicos que invalidan el consentimiento sustituto paterno en caso de ambigüedad genital de la menor XX? No existe una respuesta clara a ese interrogante, por cuanto las diferentes personas se desarrollan en distinta forma, y existen a veces agudas controversias entre las diversas escuelas psicológicas sobre la manera como los seres humanos evolucionan, desde el nacimiento hasta la madurez. Como es obvio, no corresponde a esta Corporación dirimir esa difíciles polémicas”. Más adelante, en la misma sentencia, la Corte se refiere a la edad de cinco años, como una edad en la que generalmente los menores ya han desarrollado una conciencia de género y de sus propios cuerpos. Sin embargo, en las sentencias posteriores; T-551 de 1999, T-692 de 1999 y T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003 y T-912 de 2008 la Corte, al citar el precedente vinculante (SU-337 de 1999), sostiene que en dicha providencia se fijó la edad de los cinco años como un parámetro objetivo que permite saber desde cuándo es necesario contar con el consentimiento del menor. ¡Voilà! Aun cuando la Sentencia SU-337 de 1999 no fija dicha edad como un parámetro objetivo, las sentencias posteriores sí hacen. ¡Como por arte de magia!

de acción posibles, y todos representan algún tipo de riesgo, lo mejor es permitir que sean padres los que tomen la decisión.

Afirma Martínez Caballero que la Corte se enfrenta a una realidad científica dividida. Por ello, si el menor tiene menos de 5 años, y por tanto no ha desarrollado una conciencia de su propio cuerpo (conciencia que, según el paradigma médico dominantes, es alterable), lo mejor es que sus padres decidan si consienten una intervención quirúrgica y hormonal, o no. Es decir, tratándose de niños menores de 5 años operaría el consentimiento sustituto.

Sin embargo, el consentimiento dado por los padres debe tener unas características especiales, debe ser: informado, cualificado, persistente y escrito³². Y es muy importante que así lo sea, de lo contrario, los médicos podrían ver comprometida su responsabilidad ética y jurídica, y por ende hasta su patrimonio.

Finalmente, en dicha providencia, la Corte también afirmó que frente al hermafroditismo la sociedad estaba viviendo un periodo de transformación que sin duda, con el tiempo, abriría espacios de respeto y tolerancia para los hermafroditas³³.

³² En una sentencia posterior, del mismo magistrado, se dijo: “En tales circunstancias, es perfectamente humano que las decisiones inmediatas de los padres tiendan más a basarse en sus propios temores y prejuicios, que en las necesidades reales del menor. En cierta medida, los padres hacen parte de la mayorías sociales, que tienen una sexualidad biológica definida, y que ven entonces en los hermafroditas unos seres extraños que ojalá pudieran ser “normalizados” lo más rápidamente posible. Los hijos corren entonces el riesgo de ser discriminados por sus propios padres. Además, tampoco parece probable que en las actuales circunstancias los padres y las familias desarrollen opciones distintas a las ofrecidas por el actual paradigma de tratamiento, no sólo porque los equipos médicos plantean las cirugías tempranas como la única alternativa que ofrece la medicina, sino además, porque esa opción disminuye los temores de los progenitores, ya que les permite creer que su hijo ha sido normalizado gracias a la intervención quirúrgica. Ahora bien, la Corte recuerda que una de las funciones esenciales de los jueces constitucionales es precisamente proteger a las minorías silenciadas y marginadas. Esta Corporación debe entonces “asumir la vocería de las minorías olvidadas”, como sin lugar a dudas son los hermafroditas. Además, los derechos de los niños son prevalentes (CP art. 44), por lo cual, debe esta Corte privilegiar la protección de los intereses de estos menores sobre los deseos inmediatos de los padres, pero sin llegar a afectar desproporcionadamente la privacidad familiar, ni someter coactivamente a estas familias a inciertas experimentaciones sociales”. Por estas razones la Corte Constitucional exigió un consentimiento informado, cualificado, persistente y por escrito, para propiciar en los padres una mejor comprensión de la condición de sus hijos antes de tomar la decisión de intervenirlos, o de no. Sentencia T-551 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Párrafo 20.

³³ “la Corte Constitucional de Colombia reconoce que en relación con el hermafroditismo, la sociedad contemporánea está viviendo un período de transición normativa y cultural. Por consiguiente, en el futuro próximo serán necesarios e inevitables ciertos ajustes normativos para regular, en la mejor forma posible, los desafíos que plantean a nuestras sociedades pluralistas los estados

2.6 Más desarrollos de la Corte: Las sentencias T-551 de 1999, T-692 de 1999 y T-1390 de 2000

En la Sentencia SU-337 de 1999 no se hicieron mayores consideraciones sobre el consentimiento paterno sustituto que procede cuando los niños hermafroditas tienen menos de 5 años (tal vez porque el caso involucraba a una niña de 8 años). En las sentencias T-551 de 1999, T-692 de 1999 y T-1390 de 2000, la Corte confirmó la subregla jurisprudencial definida en la Sentencia SU-337 de 1999 y explicó detalladamente las características que el consentimiento de los padres debe tener, para ser válido: debe tratarse de un consentimiento (i) informado, cualificado³⁴, (ii) persistente³⁵ y constar por escrito.

intersexuales. Esto tiene consecuencias importantes tanto sobre el alcance de la presente decisión como sobre la responsabilidad de los distintos órganos estatales y de la propia sociedad colombiana en este campo. Así, de un lado, esta Corporación considera que los criterios establecidos en la presente sentencia son los que mejor preservan los derechos fundamentales y los valores constitucionales, en el actual momento histórico. Adicionalmente, la Corte reconoce que en el presente caso, la decisión e investigación tuvo que limitarse al caso concreto; sin embargo, la Corte reitera que la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas. Los estados intersexuales interpelan entonces nuestra capacidad de tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia. Las autoridades públicas, la comunidad médica y los ciudadanos en general tenemos pues el deber de abrir un espacio a estas personas, hasta ahora silenciadas. Por ello, parafraseando las palabras anteriormente citadas del profesor William Reiner, a todos nosotros nos corresponde escuchar a estas personas y aprender no sólo a convivir con ellas sino aprender de ellas". Sentencia SU-337 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Aclaración final. p. 74

³⁴ "los padres sólo pueden tomar la decisión después de haber comprendido las posibilidades, límites y riesgos de los actuales tratamientos, lo cual implica el correspondiente deber médico de procurarles una información depurada sobre el actual debate suscitado por esas intervenciones. Por ejemplo, todo indica que **los equipos médicos deben indicar a los padres la diferencia entre la asignación temprana de un sexo masculino o femenino al recién nacido** -que en nuestras sociedades parece ser inevitable- y las cirugías destinadas a reconstruir la apariencia de los genitales, lo cual permitirá que los padres comprendan que es posible asignar rápidamente al menor un sexo -según consenso del equipo interdisciplinario- sin necesidad de adelantar inmediatamente las cirugías. De esa manera, los padres pueden además entender que las intervenciones quirúrgicas y hormonales para modelar los genitales son una de las posibilidades que ofrece la medicina para enfrentar los problemas psicológicos y sociales que puede generar a un menor un estado intersexual, pero que se han ofrecido formas diversas de manejo. Igualmente, en la medida en que los padres deben poder evaluar la necesidad y los riesgos de estas cirugías, **es razonable que se les informe que los actuales tratamientos no constituyen una terapia probada y rutinaria sino que son intervenciones que suscitan debates crecientes en la propia comunidad médica**, ya que no existen pruebas convincentes de que los menores intersexuales se benefician claramente de una cirugía a temprana edad, y existen quejas importantes sobre los daños psicológicos y físicos que ocasionan esas cirugías y tratamientos hormonales, por lo cual numerosas personas con ambigüedad genital, y que fueron operadas, consideran que fueron mutiladas sexualmente" *Ibidem*. Párrafo 21.

³⁵ "Es obvio que los protocolos deben prever que no basta que la autorización sea dada en un sola ocasión sino que se requiere que el **permiso sea reiterado**, a fin de que los padres tengan el tiempo

Estas sentencias pueden clasificarse como sentencias confirmadoras de línea (utilizando la metodología de López Medina), porque aplican, decantan y detallan la subregla jurisprudencial definida en la sentencia SU-337 de 1999 y ninguna de ellas pretende dar un giro jurisprudencial.

2.7 El rebaño en su conjunto

Todas las sentencias de esta línea jurisprudencial reconocen y afirman aplicar el precedente vinculante. Lo dicen de manera insistente. Los cuatro pastores (Alejandro Martínez Caballero, Carlos Gaviria Díaz, Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño) afirman que sus ovejas hacen parte de un mismo rebaño en el que todas son clones de la primera, la SU-337 de 1999. Sin embargo, una cosa es decir, otra distinta es hacer. Como bien lo decía K. Llewellyn: “el derecho es lo que hacen quienes están encargados de su aplicación; **no lo que ellos dicen que hacen**, ni lo que los libros dicen que se debe hacer”³⁶.

Una sentencia, la única proferida por Rodrigo Escobar Gil en 2002, es particularmente diferente de las demás. El pastor se esfuerza por presentarla como una oveja similar al resto, que tan sólo introduce un criterio novedoso pero que respeta las bases fijadas en la Sentencia SU-337 de 1999. Una oveja respetuosa de las características del rebaño; una sentencia que aplica al caso los elementos de juicio definidos en las sentencias anteriores. Pero no es así; de hecho, esta oveja es bastante peculiar.

Se sostendrá que se trata de una sentencia que acepta totalmente el paradigma médico dominante, profundamente cuestionado en 1999 por la misma Corte

y la posibilidad de meditar sobre cuál es la mejor opción para su hijo.” (...) “El choque emocional por el que atraviesan los padres sugiere que el permiso para la cirugía sea postergado por un tiempo largo, a fin de que los progenitores superen su sentimiento de duelo antes de decidir”. (...) “Los padres suelen pasar por una etapa de duelo cuando saben que su hijo es hermafrodita, es necesario que transcurra un tiempo razonable entre el diagnóstico y el perfeccionamiento del consentimiento paterno, a fin de que durante ese lapso, y con el debido apoyo psicológico, los padres puedan recrear un vínculo afectivo con el infante, antes de tomar una decisión, que tiene efectos irreversibles para el menor” *Ibidem*.

³⁶ Esta frase aparece bajo el título del artículo de Enrique P. Haba titulado “Del subjetivismo en la decisión judicial (la cabeza del juez). Realismo jurídico como opción frente a los ilusionismos normativistas”, citado más arriba. Negrillas por fuera del texto original.

Constitucional, y aunque afirma que aplica la doctrina jurisprudencial vigente en la sentencia SU-337 de 1999, de hecho utiliza una estrategia ilegítima para dar un giro jurisprudencial: la falta de transparencia, o en otras palabras, una reconstrucción amañada del precedente vinculante.

Ya veremos el por qué de esta afirmación.

2.8 No se trata de una oveja como las otras: la Sentencia T-1025 de 2002

En este aparte nos encargaremos de reconstruir la *ratio decidendi* de la sentencia que en 2002 profirió el magistrado Rodrigo Escobar Gil. El magistrado insistió repetitivamente en que no se alejaba de la realidad científica y jurídica reconocida por la Corte en la sentencia SU-377 de 1999, (votada de manera unánime por la Corte Constitucional en pleno) y desarrollada en tres sentencias más (T-551 de 1999, T-692 de 1999 y T-1390 de 2000).

Se advierte que la hipótesis es que esta sentencia hace una lectura distinta del debate médico de fondo y de los derechos constitucionales debatidos (*identidad sexual, libre desarrollo de la personalidad, salud y autonomía*), porque diferente es el magistrado que la profiere. La lectura del texto de la constitución y la toma de posición frente al debate médico y ético relevante, en el caso de esta sentencia, no se desligó de la particular visión del mundo del magistrado que la redactó.

El siguiente fue el caso decidido por Rodrigo Escobar Gil en 2002: el niño NN nació en enero de 1994; las ecografías indicaban que sería una niña, sin embargo, no fue así, nació un niño. De resto, nada extraordinario había ocurrido con el nacimiento. Lo inesperado comenzó a los pocos meses de vida del menor: empezó a salirle vello púbico y su pene se alargó. En octubre de 1996 al menor se le diagnosticó pubertad precoz y se verificó que en su escroto extrañamente no había testículos. Entre retardos y dilaciones del Seguro Social, en enero de 2000 se le diagnosticó hiperplasia suprarrenal congénita con virilización extrema; una forma de hermafroditismo femenino. "Realmente" era una niña, con cariotipo XX y órganos internos femeninos –ovarios y útero–, pero por un déficit enzimático, su glándula suprarrenal había producido cantidades importantes de

testosterona (hormona sexual masculina por excelencia), la cual, durante la vida embrionaria y fetal, había afectado los genitales externos dándoles un aspecto masculino³⁷.

Los médicos tratantes recomendaron la intervención quirúrgica y hormonal para fijar en el niño (genética y gonadalmente niña) una identidad masculina. La recomendación del cuerpo médico obedecía a que esa parecía ser la inclinación del menor, además era reconocido familiar y socialmente así. Sin embargo, los mismos médicos que recomendaron la intervención se negaron a practicarla, con fundamento, según ellos, en una sentencia de la Corte Constitucional³⁸.

Para la fecha el niño tenía 8 años. Aunque los médicos no dicen a qué providencia se refieren, se trata de la sentencia SU-337 de 1999; la subregla jurisprudencial definida en esa sentencia impedía que los padres consintieran, por un niño mayor de 5 años, una readecuación de sexo. Los padres, inconformes, iniciaron una acción de tutela en contra del Seguro Social, y el juez de instancia, apoyado en dicho precedente, decidió negarla³⁹.

³⁷ Sentencia T-1025 de 2002. Párrafo 33

³⁸ Así se afirma en la parte final del numeral 3: hechos relevante. Sentencia T-1025 de 2002.

³⁹ "Este despacho después de analizar las pruebas aportadas y teniendo en cuenta los criterios de la H. Corte Constitucional concluye que, como no existe un evidente riesgo de que se comprometa el derecho a la vida del menor si no se práctica la operación, no es posible que los padres autoricen la intervención y los tratamientos hormonales para su hijo, que ya tiene más de siete años, por lo que considera que esas intervenciones sólo podrán ser **adelantadas con el consentimiento informado del [menor...]**, por ello la tutela no debe ser concedida, acogiendo la solicitud concreta de los padres que pretenden que el juez de tutela autorice los procedimientos. Sin embargo, es necesario que se tomen las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales del menor. Por ello este Despacho **protegerá el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de los peticionarios** y ordenará a la E.P.S. Seguro Social que tomen las medidas necesarias para que este niño y su grupo familiar reciban el apoyo psicoterapéutico e interdisciplinario que requieran, para que puedan comprender adecuadamente la situación que enfrentan, para lo cual deberá conformarse un equipo interdisciplinario, que debe incluir no sólo profesionales de la medicina sino también psicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar al menor NN y a su familia en todo este proceso. **A este equipo corresponderá establecer cuando el menor goza de la autonomía suficiente para prestar su consentimiento para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si el paciente así lo elige...**" Sentencia T-1025 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Aparte II. Decisión Judicial que se revisa. Literal d.

El magistrado Rodrigo Escobar Gil revisó esta decisión y contrario a lo fallado por el juez de instancia, sostuvo que no era necesario esperar hasta que el menor desarrollara una autonomía plena para que tomara una decisión por sí mismo. Escobar Gil se sirvió de lo que llamó **“consentimiento asistido”**. Una manera de volver a dejar en manos de los padres y los médicos la decisión de llevar a cabo la intervención en el niño hermafrodita incluso después de que cumpla los 5 años. Ya veremos cómo fue definida esta institución por Escobar Gil.

Aunque el magistrado se dice respetuoso de la realidad jurídica y científica definida en la sentencia SU-337 de 1999, de hecho la desconoce. Esa sentencia es la oveja negra.

2.9 El animal extraño que no es oveja

El consentimiento asistido consiste exactamente, según Escobar Gil, en lo siguiente: en los casos en los que un niño hermafrodita tiene más de 5 años, es viable intervenirlos si los médicos y los padres están de acuerdo en el sexo que le van a asignar al menor y él *no se opone* (resulta difícil pensar en un niño de cinco años alegando frente a los médicos y sus padres que quiere conservar su cuerpo tal y como está, sobre todo, después de haber escuchado que está enfermo).

Tal vez, al llegar a la pubertad habría una mayor posibilidad de que el menor tomara, por sí mismo, una decisión afortunada. A esa edad tendría una conciencia de género y de su propio deseo mucho más clara. Sin embargo, con la institución del consentimiento asistido, se aniquila la posibilidad de esperar hasta la pubertad. ¿Qué hace la sentencia del magistrado Escobar Gil? Crea una institución que elimina la posibilidad de que el menor decida, autónomamente, sobre sí.

Se afirmó en párrafos anteriores que la Sentencia T-1025 de 2002, aunque se presenta como una providencia que en sus presupuestos básicos respeta la subregla jurisprudencial definida en las sentencias precedentes, realmente valora el ingrediente médico de una manera diferente, les da un nuevo contenido a los derechos fundamentales discutidos (*la identidad sexual, el libre desarrollo de la*

personalidad, la salud y la autonomía) y con ello, dinamita la subregla jurisprudencial que había sido definida en la Sentencia SU-337 de 1999.

Con el antecedente jurisprudencial (Sentencia SU-337 de 1999 y posteriores) ya era difícil que a los 5 años un niño hermafrodita no hubiese sido intervenido sin su consentimiento, ya que los padres cuentan con la posibilidad de tomar la decisión por él. Ahora, con la sentencia del magistrado Escobar Gil se extiende más el margen de la intervención no consentida; si padres y médicos están de acuerdo en el sexo que quieren asignar al menor, sin importar que ya haya sobrepasado los 5 años. Es decir, con esta sentencia, el umbral de los 5 años ya no hace que los padres pierdan la capacidad de tomar la decisión por su hijo.

Estudiemos con cuidado el siguiente aparte de la providencia que condensa la idea que sobre el hermafroditismo tiene el magistrado Escobar Gil⁴⁰:

Por otra parte, la evolución histórica occidental de la humanidad ha enfocado rutinariamente el problema de la sexualidad a través de la definición categórica de dos vertientes sexuales: el sexo masculino y el sexo femenino. Así las cosas, se impone, en aras de preservar la eficacia de las **garantías fundamentales a la vida digna, a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, el deber de asignar a todas las personas un determinado sexo**, ya sea al momento de su nacimiento o cuando la patología clínica no lo permita, en la mayor brevedad posible. Por ello, se justifican las cirugías de asignación de sexo en tratándose de estados 'intersexuales', cuya realización, en principio, debe llevarse a cabo en los primeros 18 meses de vida en consideración a la neutralidad sicosocial del infante (Teoría Money)⁴¹.

¡Hay que curarlo! Esta sentencia es totalmente funcional al paradigma médico dominante que ordena intervenir la anatomía caprichosa del niño hermafrodita.

El magistrado revistió la intervención médica con otro discurso no menos poderoso: el de los derechos fundamentales. Este discurso fue utilizado por el magistrado Escobar Gil para reducir la posibilidad de que exista un niño

⁴⁰ Aquí quisiera hacer una aclaración: he hablado de la sentencia T-1025 de 2002, como "la sentencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil". Lo he hecho porque él fue el magistrado ponente, o en otras palabras el que redactó el proyecto de fallo que después sería votado por la sala quinta de revisión de tutelas, integrada por tres magistrados: Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Montealegre Lynett.

⁴¹ Sentencia T-1025 de 2002. Párrafo 13.

hermafrodita. ¡El niño hermafrodita *tiene derecho* a ser hombre o mujer! De la misma manera como la expresión “patológico” nos remite a un estado indeseable, negativo, la expresión derechos fundamentales (o derechos humanos) nos transporta a un escenario positivo, deseable. Cualquier argumento que se exprese como desarrollo de un derecho fundamental tiene la ventaja de la primera impresión. Pero nótese que la autonomía del infante no se respeta.

Según Escobar Gil, uno de los elementos centrales de la construcción de sí y por ende de cualquier plan de vida es la definición de una identidad sexual. Ésta tiene dos manifestaciones: “la estática”, constituida por los caracteres anatómicos y fisiológicos de la persona y, la dinámica, que esta dada por el género de esta –y allí se incluyen, lógicamente, sus inclinaciones sexuales-. La decisión, dice Escobar Gil, sobre la propia orientación sexual (identidad sexual dinámica) es un asunto totalmente autónomo que le compete sólo al individuo. Pero cuando existe un estado de ambigüedad genital (que comprometería la identidad sexual estática), quien lo sufre, *“tiene el derecho”* de ser intervenido. La definición quirúrgica de la identidad sexual sería un auténtico derecho.

Para el magistrado Escobar Gil, mediante las cirugías de asignación de sexo y los tratamientos hormonales se logra que el menor supere un estado de indefinición afirmando los rasgos su “sexo verdadero”. Solo así podría acceder a una identidad sexual (estática, en palabras de Escobar Gil).

La intervención médica en tratándose de estados 'intersexuales' o 'hermafroditismo' no sólo pretende aliviar o curar una determinada patología, sino que persigue el logro de un objetivo Superior (sic), consistente en concretar un aspecto determinante de la naturaleza humana, esto es, la identidad sexual de la persona⁴².

Repárese en la forma como Escobar Gil estructura el derecho a la identidad sexual en relación a dos estados excluyentes: ser hombre o ser mujer. El magistrado asume o presupone que una subjetividad intermedia no puede existir. Y aún más grave: el magistrado concluye que no puede desarrollarse un proyecto de vida valioso si no se es hombre o mujer. El derecho al libre

⁴² T-1025 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Par 24.

desarrollo de la personalidad queda limitado por la estrecha visión del magistrado. El hermafrodita es condenado a la desaparición.

¿Y qué ocurrió con el periodo de transición normativo y cultural que frente al hermafroditismo las sentencias anteriores reconocieron? ¿Y qué del respeto a la condición hermafrodita? La sentencia SU-337 de 1999 sostuvo que los hermafroditas hacen parte de una minoría silenciada que apenas comienza a reclamar visibilidad.

¿Será que el magistrado Escobar Gil no quedó muy convencido de los argumentos de la Sentencia SU-337 de 1999 respecto de la naturaleza invasiva y muy cuestionada de este tipo de tratamientos? Si esta es la respuesta, entonces debió presentar nuevos argumentos médicos que permitieran emitir juicios de hecho distintos respecto de la urgencia, necesidad y riesgos de las intervenciones quirúrgicas y hormonales sobre niños hermafroditas. Recuérdese que la Sentencia SU-337 de 1999 fue tomada por la Corte Constitucional en pleno después de dos años de estudiar el debate médico de fondo y se concluyó que este tipo de tratamientos eran, en el mejor de los casos, experimentales.

La sentencia T-1025 de 2002 cita a Jhon Money como una autoridad en la materia y su fórmula apremiante de intervenir a los niños con ambigüedad genital en los primeros 18 meses de vida⁴³ (ya vimos como la supuesta neutralidad sexual de los niños hasta los 18 meses de edad no resultó tan cierta en el caso Jhon/Joan ni en los hechos de la sentencia T-477 de 1995, en ambos eventos, niños intervenidos a edades tempranas se terminan revelando contra la identidad que les fue impuesta por la medicina); de resto, no aporta material científico novedoso sobre la conveniencia, urgencia y utilidad de los procedimientos.

En la cabeza del magistrado Rodrigo Escobar Gil no hay sólo derecho constitucional (como en la cabeza de ningún otro juez hay sólo conocimiento jurídico). En su cabeza hay un software peculiar que, a través de sus vivencias, le permite percibir e incidir el mundo. Pensar que al momento de decidir un caso

⁴³ T-1025 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Par. 12. Pie pág. XXVI

cualquiera un juez va a utilizar sólo ese sector de su cabeza que sabe de derecho –como un todo, preconstruido- y va a neutralizar el resto de prejuicios, asunciones, ideales e ideologías que transitan allí sería ridículo⁴⁴. En la cabeza de un juez, como en la de cualquier otro mortal hay más contenidos que sólo recuerdos de textos normativos. La visión peculiar de la sexualidad humana que tiene el magistrado Escobar Gil se respira en la sentencia y lo hizo redefinir el contenido de los derechos fundamentales debatidos.

López Medina enumera tres estrategias ilegítimas de interpretación de precedentes jurisprudenciales⁴⁵ “la negación”, “la ignorancia” y “la desobediencia”⁴⁶. Mediante *la negación*, un juez afirmaría que no existe un sistema de precedente vinculante en Colombia, y que, por esta razón, ningún fallo anterior de la Corte Constitucional lo obliga, lo que es particularmente falso en el sistema jurídico colombiano⁴⁷; *la ignorancia* implicaría el desconocimiento de un juez de la existencia de un precedente judicial aplicable y *la desobediencia* consistiría en una inaplicación del precedente sin decir cuáles son las razones que lo justifican. En el presente texto incluyo una nueva categoría que comprende otro evento de interpretación ilegítima: la “*falta de transparencia*”, que consiste en la reconstrucción amañada del precedente vinculante.

Tras estudiar la sentencia T-1025 de 2002 se debe indicar que una sentencia puede afirmarse respetuosa de la subregla jurisprudencial definida antes, y, sin embargo, estar realmente redefiniéndola por completo. Los costos políticos y

⁴⁴ Escribe Enrique Haba sobre la decisión judicial: “Las verdaderas razones de fondo (...) son las provenientes de regiones del pensamiento del juez que pertenecen más bien al “mar” de dentro de ese pensamiento, no a la “isla” técnico jurídica que estaría impenetrablemente fortificada contra las invasiones de su “corazonsito”. HABA Enrique. Del subjetivismo en la decisión judicial (la cabeza del juez). Realismo jurídico como opción frente a los ilusionismos normativistas. Trabajo presentado en el Ciclo Internacional *Administración de Justicia. Retos y perspectivas*. Instituto Nacional de Ciencias Penales – Poder Judicial del Estado de Puebla. Diciembre de 2003, México. p. 7

⁴⁵ O en otras palabras: estrategias ilegítimas que no podrían utilizar los jueces para interpretar fallos anteriores que decidieron sobre casos análogos.

⁴⁶ Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2006. pp. 206-213

⁴⁷ La Corte Constitucional ha afirmado que en Colombia sí existe un sistema de precedente jurisprudencial, porque además de dar seguridad jurídica a los particulares, el respeto a los fallos anteriores es un desarrollo del derecho a la igualdad. Para profundizar en este punto sugiero la lectura de la sentencia C-037 de 1996.

personales de un cambio jurisprudencial pueden hacer, que en ocasiones, los magistrados se esfuercen por presentar sus sentencias como simples desarrollos de líneas jurisprudenciales ya estatuidas. Develar este tipo de ejercicios y exigir un proceso argumentativo más transparente pretende depurar la disciplina del precedente judicial, manipulable, sin lugar a dudas.

3. SOBRE LA NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN: O DE CÓMO TRES INVESTIGACIONES (INCLUYENDO ÉSTA) PUEDEN CONSTRUIR TRES RELATOS DIFERENTES SOBRE EL MISMO ESCENARIO DECISIONAL

Dos investigaciones, publicadas en los últimos años, se han referido a la subregla jurisprudencial que en este artículo hemos descrito.

La primera de ellas no es una investigación dedicada a estudiar el debate respecto de las intervenciones quirúrgicas y hormonales a menores hermafroditas. Me Refiero al libro *“El derecho de los Jueces”*, de Diego Eduardo López Medina⁴⁸, que tal vez hace uno de los análisis más serios, publicados recientemente, sobre los cambios que han experimentado las fuentes formales del derecho en Colombia, como consecuencia de la expedición de la Constitución de 1991.

En el libro, López Medina utiliza las sentencias sobre hermafroditismo para describir una línea jurisprudencial corta y de patrones fácticos muy similares. Según López es una línea jurisprudencial que sirve de ejemplo de la utilización de la analogía estricta. Hasta ahí estoy de acuerdo con el autor; es una línea jurisprudencial integrada por pocas sentencias, en las que la Corte decide sobre casos casi idénticos.

Sin embargo, López Medina sostiene, que en dicha línea jurisprudencial, las sentencias, en su conjunto, buscan consolidar la siguiente subregla jurisprudencial:

- La tensión que se presenta entre el principio de beneficencia y el principio de autonomía en estos casos de ambigüedad genital

⁴⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2006. pp. 112-115.

en menores de edad y la prevalencia *prima facie* del principio de autonomía.

- El consentimiento informado en tratamientos invasivos como los de adecuación de genitales en casos de hermafroditismo.
- Y, finalmente, la validez del consentimiento sustituto de los padres en los casos de menores de 5 años o de grave riesgo a la salud del menor⁴⁹.

Pues bien, a partir de los elementos que han sido expuestos en este artículo, a continuación, le serán formulados los siguientes reparos a la subregla jurisprudencial que identifica López Medina:

1) Contrario a lo sostenido por López, el principio que prevalece *prima facie*, en esta línea jurisprudencial, no es el de autonomía, es el de beneficencia (con base en el cual los padres pueden consentir las intervenciones sobre los menores). Hay que recordar que los padres pueden tomar la decisión de intervenir a los niños hermafroditas durante sus primeros cinco años de vida –utilizando el **consentimiento sustituto**⁵⁰-. Sólo excepcionalmente, cuando el menor ya superó el umbral de los cinco años de edad, la opinión del niño entra, en alguna medida, a tenerse en cuenta.

2) Adicionalmente, López Medina parece no advertir que entre este rebaño de sentencias hay una oveja negra que buscó alterar la subregla jurisprudencia: la Sentencia T-1025 de 2002. Antes de que se prohiriera esta providencia, los padres perdían la capacidad de decidir respecto de las intervenciones sobre sus hijos cuando ellos cumplieran cinco años de edad. Después de esta providencia, si el niño ya cumplió los cinco años cabe la posibilidad de intervenir utilizando la institución del **consentimiento asistido**. ¿Prima el principio autonomista? Desde la sentencia SU-337 de 1999 no ha sido así. Y tras la sentencia T-1025 de 2002, la subregla jurisprudencial se distanció, aún más, de él.

Es más, aquí vale la pena hacer una explicación adicional: en la Sentencia T-1021 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño, se reiteró la posibilidad de que los

⁴⁹ *Ibidem*. pp. 114.

⁵⁰ Recordemos que este consentimiento debe ser *informado, calificado, persistente y escrito*, so pena de comprometer la responsabilidad ética, jurídica y patrimonial del médico tratante.

padres emitan un *consentimiento asistido*⁵¹. E, igualmente, en la Sentencia T-0912 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, aunque no se hace mención expresa de la institución del consentimiento asistido, en el numeral 1.5 se sostiene lo siguiente: “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 que comporta: (i) el *consentimiento prestado por los padres* coadyuvado por (ii) la expresa voluntad del menor y, dada la naturaleza altamente invasiva de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo, (iii), el seguimiento profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, y que debe incluir, no sólo profesionales de la medicina sino también un psicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar al niño y a sus padres en todo el proceso de la decisión”. En pocas palabras, incluso después de cumplir cinco años, tras la sentencia de Rodrigo Escobar Gil, los padres intervienen siempre en la decisión sobre la sexualidad del menor.

La segunda investigación que se refiere al escenario decisional de los menores hermafroditas fue publicada en diciembre de 2007 en la revista Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia⁵².

En dicho artículo se describe de la siguiente manera la subregla contenida en la línea jurisprudencial:

1. Cuando el menor se encuentre con un estado intersexual y es menor de cinco años, la Corte supone que éste no tiene capacidad de prestar su consentimiento informado para la intervención, por tanto, la decisión será tomada de forma exclusiva por los padres, previo acompañamiento de un grupo interdisciplinario.
2. Cuando el menor se encuentre con un estado intersexual y es mayor de cinco años, la Corte supone que posee la capacidad de prestar su consentimiento de forma asistida y la decisión será tomada de forma exclusiva por el menor con la colaboración de sus padres, y el grupo interdisciplinario⁵³.

⁵¹ Cfr., pie de página 22 de la providencia.

⁵² VELÁSQUEZ ACEVEDO. C., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P. SARMIENTO ECHEVERRI I. Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia –el caso del hermafroditismo-. En: *Estudios de Derecho*. Medellín, No. 144, 2007. pp. 218-233.

⁵³ *Ibidem*. pp. 227-228.

A esta descripción de la subregla jurisprudencial le cabe un importante reparo: los investigadores de la Universidad de Antioquia ubican el consentimiento del menor como el ingrediente más importante (en el evento de que éste ya haya cumplido los 5 años) y describen la intervención de los padres como una ayuda.

Después de la Sentencia T-1025 de 2002 la voluntad de los padres ha entrado a jugar un papel determinante, tratándose de intervenciones sobre niños hermafroditas con más de 5 años. Mientras que en la Sentencia SU-337 de 1999 se ordenó que se conformara un equipo interdisciplinario que determinara cuándo la menor, de 8 años, habría desarrollado la autonomía suficiente para prestar su consentimiento informado, en la Sentencia T-1025 de 2002, (con ponencia de Rodrigo Escobar Gil) sólo se exige la aquiescencia del menor (que el niño no se oponga, en pocas palabras), y en la Sentencia más reciente, la T-912 de 2008, se ordena realizar la intervención quirúrgica sólo si los padres y el menor –de 5 años- coinciden en el tratamiento a realizar, es decir, el aval de los padres sería necesario en la decisión del sexo del niño⁵⁴.

En conclusión, tras la sentencia T-1025 de 2002, se abre la posibilidad de una mayor intervención médica y paterna sobre la sexualidad del menor hermafrodita. Poco a poco la jurisprudencia de la Corte Constitucional, casi de manera imperceptible, ha ido redefiniendo la subregla jurisprudencial distanciándola de la solución autonomista.

4. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el presente texto nos referimos a decisiones en las que magistrados de la Corte Constitucional interpretaron los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. La operación de interpretar, adelantada por los magistrados, al menos en este escenario decisonal, parece consistir más en atribuir sentido a unos textos normativos (las disposiciones constitucionales), que en descubrir en tales textos una significación que ya está dada. Atribuir, no encontrar. Los magistrados de la Corte, en este caso, no descubrieron el contenido de los

⁵⁴ Sentencia T-0912 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Parte resolutive, punto cuarto.

derechos a la identidad sexual, salud, autonomía y libre desarrollo de la personalidad en las profundidades de la Constitución, le crearon un contenido, incluso variable, en este escenario decisional.

En eso se parecen más a quien formula una política pública que al juez, paradigma de la tradición jurídica francesa del siglo XIX, que se suponía tenía la mítica habilidad de conocer el sentido de los textos normativos y aplicarlo sin emitir un solo juicio de valor.

Al menos para comprender este escenario decisional, nos adherimos a la teoría escéptica de la interpretación. “La teoría escéptica de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión. Esta teoría se funda sobre la opinión de que no existe algo así como el significado “propio” de las palabras, ya que toda palabra puede tener, o el significado que le ha incorporado el emisor, o el que le incorpora el que la usa, y la coincidencia entre uno y otro no está garantizada. Todo texto, según esta teoría puede ser entendido en una pluralidad de modos diversos y las diversas interpretaciones dependen de las diversas posturas valorativas de los intérpretes”⁵⁵.

5. EL HERMAFRODITA CONDENADO A LA DESAPARICIÓN

Es llamativo como respecto del sexo, occidente ha construido toda una serie de dispositivos que pretenden intensamente modelar a los sujetos. El caso de los hermafroditas es paradigmático y trágico: se modelan sus cuerpos para convertirlos en hombres o mujeres, aunque lo trágico no es la modelación, es que se trata de una modelación no consentida, riesgosa, y de unos efectos más o menos impredecibles.

El deseo intenso de encontrar el sexo verdadero hace pagar un precio muy alto a los menores hermafroditas.

⁵⁵ GUASTINI, Ricardo. La interpretación, objetos, conceptos y teorías. Rodolfo Vázquez, compilador. Interpretación jurídica y decisión judicial. México D.F: Fontamara, 1998. Pp. 19-38.

En esta investigación se describieron dos dispositivos que intervienen los cuerpos ambiguos: (i) el discurso médico, que se despliega con el argumento de estar asegurando la salud mental de los menores y de sus familias (ii) y los derechos fundamentales (o derechos humanos), utilizados por la Corte Constitucional, con toda la credibilidad y prestigio que tienen a comienzos del Siglo XXI.

Debe concluirse, también, que la decisión judicial no es inmune a múltiples elementos que exceden, incluso, la lectura de los textos normativos. El componente subjetivo en la decisión judicial se hizo evidente en esta investigación. Tal vez tenían razón los realistas cuando afirmaron que el juez primero decidía y después buscaba los argumentos jurídicos para soportar su decisión⁵⁶. La Sentencia T-1025 de 2002, además de utilizar una estrategia ilegítima de interpretación del precedente vinculante, la falta de transparencia, exhibió una carga subjetiva innegable. Una reducida visión de la sexualidad humana se respira en esa sentencia⁵⁷.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

FAUSTO STERLING, A. **Cuerpos sexuados**. Barcelona: Editorial Melusina, 2006.

FOUCAULT, Michelle. **El sexo verdadero**. Prólogo de: Herculine Barbin, llamada Alexina B., Madrid: Ed. Revolución, 1985.

⁵⁶ Recomiendo especialmente la lectura del capítulo titulado: *The judging process and the judge's personality*, del texto de Jerome Frank (1935). *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company. pp. 100-117. Y una versión más actualizada de la tesis de que el juez primero decide y después busca, de entre el material jurídico disponible, los argumentos para soportar su fallo se encuentra en: KENNEDY, D. (1986) *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del hombre editores.

⁵⁷ No quiero terminar de redactar este artículo sin recomendar la lectura de un excelente texto de Carlos Iván García Suárez: *Bisexualidad. De la terciaria a la ruptura de las dicotomías*. En: *Saberes, culturas y derechos sexuales en Colombia*. Bogotá. Ediciones Tercer Mundo. pp. 275 – 294. En él, el autor realiza una interesante descripción de la lógica binaria que ha utilizado occidente para entender, modelar y regular algo que en esencia escapa al entendimiento, la modelación y la regulación: el sexo.

CARO GARZÓN, Octavio Augusto. Hermafroditas en Colombia: estudio de la jurisprudencia constitucional. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

GARCÍA AMADO, J. **¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?** *Isegoría*.v. 35. p. 151-172, 2006.

GARCÍA SUÁREZ, CARLOS IVÁN. Bisexualidad. De la tercería a la ruptura de las dicotomías. En: **Saberes, culturas y derechos sexuales en Colombia**. Bogotá. Ediciones Tercer Mundo.

GUASTINI, Ricardo. La interpretación, objetos, conceptos y teorías. Rodolfo Vásquez, compilador. **Interpretación jurídica y decisión judicial**. México D.F: Fontamara, 1998.

HABA E. Del subjetivismo en la decisión judicial (la cabeza del juez). Realismo jurídico como opción frente a los ilusionismos normativistas. Trabajo presentado en el **Ciclo Internacional Administración de Justicia. Retos y perspectivas**. Instituto Nacional de Ciencias Penales – Poder Judicial del Estado de Puebla. Diciembre, México, 2003.

KENNEDY, D. **Libertad y restricción en la decisión judicial**. Bogotá: Siglo del hombre editores, 1986.

LÓPEZ MEDINA, D. E. **El derecho de los jueces**. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2006.

SOCIEDAD DE INTERSEXUALES DE NORTEAMÉRICA. **Intersex Society of North America**. Disponible em: <http://www.isna.org/>

VELÁSQUEZ ACEVEDO. C., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, P. SARMIENTO ECHEVERRI I. Principios y derechos involucrados en el análisis jurídico de los estados intersexuales en pacientes menores de edad en Colombia –el caso del hermafroditismo-. En: **Estudios de Derecho**. No. 144., 2007. 218-233.

Corte Constitucional:

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

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

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

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

Sentencia. T-1390 de 2000. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia. T-1021 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

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